

RESPONSABILIDADE PENAL POR OMISSÃO DOS DIRIGENTES EMPRESARIAIS NOS CRIMES AMBIENTAIS

CRIMINAL LIABILITY FOR OMISSION OF BUSINESS LEADERS IN ENVIRONMENTAL CRIMES

Ana Julia Pozzi Arruda¹

Resumo: o presente artigo visa analisar a responsabilidade penal dos dirigentes empresariais nos crimes ambientais, tendo em vista as dificuldades inerentes a este processo, em razão das estruturas hierarquizadas e compartimentalizadas que, com frequência, estão presentes no contexto empresarial. Dessa forma, para que a responsabilidade penal alcance o alto escalão da empresarial, ganha relevância a imputação do resultado pela omissão imprópria, uma vez que os órgãos diretivos possuem deveres de supervisão, gestão e vigilância, e, portanto, raramente violam a norma proibitiva de mão própria. Todavia, é necessário que se esclareçam os contornos dogmáticos que permitem esta construção, de modo a evitar arbitrariedades por parte do poder punitivo estatal. O trabalho foi realizado sob o método de revisão bibliográfico para evidenciar as principais problemáticas apontadas pela doutrina e confrontá-las com os princípios e institutos fundamentais da teoria do delito.

Palavras chave: Responsabilidade penal. Dogmática penal. Lei 9.605/98. Crimes Ambientais. Direito Penal.

Abstract: this article aims to analyze the criminal responsibility of business leaders in environmental crimes, in light of the difficulties inherent in this process, due to the hierarchical and compartmentalized structures that are often present in the business context. Thus, for criminal liability to reach the high level of businessmen, the imputation of the result by improper omission becomes relevant, since the governing bodies have duties of supervision, management and surveillance, and therefore, rarely violate the prohibitive norm of by their own. However, it is necessary to clarify the dogmatic boundaries that allow this construction, in order to avoid arbitrariness by the state punitive power. The work was carried out under the method of bibliographic review to highlight the main problems pointed out by the doctrine and confront them with the principles and fundamental institutes of the theory of crime.

Keywords: criminal liability; criminal dogmatic; Law n. 9.605/98; environmental crimes; criminal law.

1 INTRODUÇÃO

O trabalho insere-se em um contexto em que se torna uma necessidade de preservação da espécie humana reconhecer o meio ambiente enquanto instância que merece proteção estatal, sendo preocupação inclusive externadas por agências e instituições internacionais. Assim, além de Convenções e Tratados que visam a proteção do meio ambiente, no âmbito nacional são desenvolvidos instrumentos normativos para dar maior efetividade a esta preservação, tanto pela via cível e administrativa, quanto pela via jurídico-penal.

¹ Bolsista CAPES. Doutoranda e mestre em Direito pela Faculdade de Ciências Humanas e Sociais - Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho". Email: ana.arruda@unesp.br / ajpa.arruda@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3666240341174232>

Na verdade, sendo o Direito produto das condições sociais, econômicas, culturais e históricas, não poderia ser diferente. É possível identificar intersecções entre as demandas sociais e o desenvolvimento de institutos jurídicos para oferecer resposta a tais questões. É louvável, portanto, a finalidade que se busca de compatibilizar as normas com a realidade social contemporânea, mas nem sempre os meios eleitos para tanto são devidamente adequados, na medida em que é possível identificar um fundamento pragmático – ou uma aposta na função simbólica do Direito Penal – para lidar com os diferentes problemas sociais que se apresentam.

Diante deste contexto, o presente artigo evidencia algumas questões problemáticas em tema de Direito Penal Ambiental. Primeiro, parte-se de uma abordagem introdutória sobre os desenvolvimentos responsáveis por constituir o meio ambiente um bem jurídico digno de tutela penal, bem como as principais controvérsias apontadas neste processo. No Direito brasileiro, admite-se a responsabilidade penal dos entes coletivos em face de crimes ambientais, o que também não deixa de ser alvo de grandes problemáticas com relação a este processo de adequação e compatibilização normativa.

Ao final, ressalta-se as problemáticas com relação à responsabilidade penal dos dirigentes empresariais, tendo em vista que contribuem para a prática criminosa, ainda que, muitas vezes, não realizem a conduta de mão própria. Assim, ainda que se argumente sobre a complexidade do contexto empresarial no que tange à identificação de autoria e participação, a questão a responsabilidade penal individual apenas pode ser resolvida mediante aplicação dos institutos dogmáticos presentes na Teoria do Delito. Todavia, na realidade brasileira, são inúmeros os casos em que não se verifica a adequada fundamentação dogmática pelas instâncias do Poder Judiciário, estimulando a arbitrariedade do poder punitivo estatal.

Assim, em que pese ser necessário que as normas jurídico-penais estejam adequadas à realidade contemporânea, este processo de atualização dogmática e jurisprudencial deve perpassar reflexões que contribuam para manter a racionalidade do sistema jurídico-penal e a garantia de direitos fundamentais, sobretudo diante de casos complexos e de grande comoção social.

2 SOCIEDADE DO RISCO E O MEIO AMBIENTE ENQUANTO BEM JURÍDICO

O acelerado desenvolvimento tecnológico e científico pelo qual passou a sociedade nos últimos cinquenta anos impôs um novo paradigma de organização social, denominado por Ulrich Beck (2011) de “sociedade do risco”. Para o autor, tal cenário é reflexo dos avanços da modernidade, a qual produziu uma série de perigos e ameaças que parecem não serem possíveis de prever ou controlar – daí, inclusive, deriva o termo “modernidade reflexiva”.

Alguns acidentes, a exemplo do caso de Chernobyl – utilizado como importante paradigma por Beck para entender a condição do risco –, deixam evidente a imprevisibilidade de tais perigos, bem como o potencial absolutamente destrutivo que externalizam. Consequentemente, vindo da sociedade, surge uma demanda por maior segurança que deságua, fundamentalmente, em novas tendências de política criminal, de modo que “a segurança se converte em uma pretensão social à qual se supõe que o Estado e, em particular, o Direito Penal, devem oferecer uma resposta” (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 40).

O recurso ao arsenal jurídico-penal se dá, de um lado, pela magnitude dos danos que podem ser evidenciados e, de outro, em razão de ser este o instrumento de maior austeridade à disposição do Estado para lidar com tais violações e evitar

perigos e resultados indesejáveis. E, de fato, não seria diferente, especialmente tendo em vista a relação recíproca entre sociedade e direito penal, entendendo ambos os polos como instâncias dinâmicas e mutuamente referentes, conforme afirma Fernando A. Fernandes:

Portanto, o sentido da relação existente entre modelo de estado, institucionalização de uma determinada organização social, e respectivo modelo de Direito Penal é de interferência recíproca. No que se refere à forma do relacionamento, é evidente que somente poderá ser um relacionamento dinâmico, como provam as mudanças que um modelo determina no outro, antes referidas (FERNANDES, 2003, p. 58).

Estas novas tendências político-criminais manifestam-se na dogmática penal a partir da proliferação dos crimes omissivos impróprios ou comissivos por omissão, da tipificação pela via dos crimes de perigo abstrato, da proteção a bens jurídicos supraindividuais, da atribuição de responsabilidade penal a entes coletivos, dentre outras manifestações que marcam uma ampliação da intervenção jurídico-penal, em comparação com a base iluminista sobre a qual se desenvolveu o Direito Penal. No mesmo sentido, Marta Rodríguez de Assis Machado explica este conflito:

Esse processo de inovação tem como característica a relativização de algumas barreiras que, erigidas sob as exigências do paradigma do direito penal clássico, parecem dificultar a persecução de certos fins político-criminais. Em outras palavras, aqueles princípios que muitas vezes servem de contenção à intervenção penal – tais como: estrita legalidade, proporcionalidade, causalidade, subsidiariedade, intervenção mínima, fragmentariedade, lesividade, etc. – e que são frequentemente apontados como obstáculos à adequação eficiente do direito penal às necessidades preventivas e de proteção da sociedade do risco passam a ser confrontados, reinterpretados, entendidos de forma flexível e adaptados às novas necessidades. (MACHADO, 2005, p. 155)

Por óbvio, não se trata de deslegitimar por completo tais construções dogmáticas em razão do distanciamento do paradigma clássico liberal de Direito Penal, mas sim ressaltar a importância de se pensar os problemas surgidos na sociedade contemporânea (que são, fundamentalmente, diferentes daqueles do Século XVIII) a partir das respectivas particularidades sem, contudo, afastar-se do horizonte axiológico garantista do Estado Social e Democrático de Direito. Recorrer ao Direito Penal em resposta a uma demanda social por segurança deixando de lado algumas reflexões dogmáticas, bem como sem maiores ponderações acerca das consequências que isto pode acarretar, coloca em evidência a opção por uma política criminal de base pragmática, prejudicando a racionalidade interna do sistema.

Isto fica ainda mais evidente justamente nos setores que são mais sensíveis ao risco, como é o caso do meio ambiente. A relação da sociedade com a natureza sempre foi pautada na exploração e extrativismo, sendo que as ideias de desenvolvimento sustentável, de preservação da fauna e da flora apenas ganham expressividade e relevância política nos últimos, talvez, cinquenta anos. Ao se identificar de forma clara a essencialidade do meio ambiente para a preservação da espécie humana, este passa a contar com uma maior proteção jurídica, inclusive na perspectiva constitucional.

A introdução do conjunto de bens e valores compreendidos no conceito de meio ambiente no rol dos bens jurídicos merecedores de proteção penal deu-se, inicialmente, por influxo da sua incorporação às finalidades do Estado. Isto é, sobretudo a partir da década de 70, verificou-se um amplo movimento de constitucionalização do meio ambiente; em decorrência, as constituições mais modernas passaram a exprimir em seus textos, de maneira taxativa, a necessidade de tutela desse bem (MACHADO, 2005, p. 119)

Na Constituição Federal Brasileira, destaca-se a previsão do artigo 225, segundo o qual: “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações” (BRASIL, 1988). Pela própria redação do dispositivo, é possível identificar que se trata de um direito difuso e, portanto, transcende a perspectiva individual, representando interesse de e para toda a coletividade. Por isso, também, a afirmação de que é um direito indivisível e de titularidade indeterminada, pois as presentes e futuras gerações possuem direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Estes dois fatores – preocupação social com a sustentabilidade e a previsão constitucional – possibilitaram que o meio ambiente fosse traduzido em um bem jurídico digno de tutela penal. A legitimidade desta construção se dá pela própria função do Direito Penal, qual seja a tutela subsidiária de bens jurídicos essenciais para a vida em sociedade. Parte-se, portanto, da concepção teleológico-funcional e racional do bem jurídico, delineada por Jorge de Figueiredo Dias, segundo a qual:

Logo por aqui se deve concluir que um bem jurídico político-criminalmente vinculante existe ali – e só ali – onde se encontre refletido num valor jurídico-constitucionalmente reconhecido em nome do sistema social total e que, deste modo, se pode afirmar que ‘preexiste’ ao ordenamento jurídico-penal. O que por sua vez significa que entre a ordem axiológica jurídico-constitucional e a ordem legal – jurídico-penal – dos bens jurídicos tem por força de se verificar uma qualquer relação de mútua referência (DIAS, 1999, p. 67)

Em outras palavras, apenas ganha *status* de bem jurídico aquilo que for interesse fundamental da sociedade e esteja garantido na respectiva Constituição, a qual se reporta ao “sistema social total”. Ana Elisa Liberatore Silva Bechara (2014), em posição bastante similar, propõe que o conteúdo do bem jurídico deve ser preenchido a partir de dois filtros: primeiro, busca-se na realidade social o fundamento dinâmico do interesse a ser tutelado e, em seguida, verifica-se nos valores constitucionais os critérios para determinar a necessidade de sua proteção penal.

O parágrafo terceiro do artigo 225 da Constituição Federal é, propriamente, o mandamento constitucional da criminalização de condutas lesivas ao meio ambiente, constituindo-o em bem jurídico penalmente tutelado: “as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados” (BRASIL, 1988). Dessa forma, em 12 de fevereiro de 1998 foi sancionada a Lei 9.605, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente e dá outras providências.

Entretanto, há que se reconhecer que tal processo distancia-se das bases antropocêntricas de concepção do bem jurídico, pois permite que a categoria abarque também interesses difusos, processo este denominado de *desmaterialização do bem jurídico*. Neste caso, surgem dificuldades em termos de operacionalização das normas jurídico-penais, pois, sendo o Direito Penal orientado também pelo princípio da lesividade, a afetação do bem jurídico supraindividual não pode ser medida em perspectiva concreta e determinável. Assim, Marta Rodriguez de Assis Machado aponta que:

Exige-se, portanto, um distanciamento da realização efetiva da agressão, em favor da criminalização formal de condutas supostamente lesivas ou perigosas. Com isso, nas áreas influenciadas pelo aparecimento de novos riscos, renuncia-se ao modelo estruturado em torno da punição de ações que

se orientam imediatamente ao ataque de um bem, para voltar o aparato penal à incriminação de feitos que frequentemente não passam de mera transgressão a uma norma organizativa, sem qualquer resultado concreto (MACHADO, 2005, p. 107)

Nota-se que uma das consequências deste fenômeno é a expansão do Direito Penal, de modo a antecipar o âmbito da tutela penal e, assim, revelar uma lógica de prevenção frente aos perigos da sociedade contemporânea. Consequentemente, nestes cenários, o direito penal opera sob fundamento conservador de um patamar de segurança, dando relevância para os delitos de infração de dever e tipos penais abertos.

Importa fazer a devida ressalva de que, tendo em vista os novos contornos da sociedade contemporânea, tais transformações são admissíveis e, talvez, até necessárias para abarcar a complexidade das situações que se apresentam. A problemática, entretanto, se dá na expansão desmedida destas formas de incriminação, de modo que se comprometa toda racionalidade dogmática do Sistema Jurídico-Penal, conforme ressalta Fernando A. Fernandes:

Ou seja, se nos é lícito reconhecer que, em certa medida, o Direito Penal é chamado a atuar na vida em sociedade, no limite do mínimo necessário para a proteção e segurança jurídicas por meio das normas, indevida e desborda a sua capacidade, é a atribuição às normas jurídico-penais da missão de dirigismo social, como meio de uma qualquer engenharia ou tecnologia social (FERNANDES, 2003, p. 55)

De toda forma, em que pese a proteção penal do meio ambiente ser legítima, há que se ter um cuidado, especialmente com a forma através da qual se externaliza esta tutela jurídico-penal. Ademais, reconhecendo-se também que a afetação ao meio ambiente frequentemente ocorre em razão da exploração econômica ou da realização de uma atividade de risco que pode produzir impactos ambientais, o ordenamento brasileiro admite, nestes casos, que a responsabilidade penal seja atribuída ao ente coletivo quando se beneficiar e contribuir decisivamente para a deflagração do resultado típico.

3 RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA

As discussões referentes à responsabilidade corporativa surgem em um contexto em que empresas ganham importância no cenário econômico, político e social, sendo que as práticas empresariais afetam de modo marcante o funcionamento do sistema social (SHECAIRA, 2013). Nesse sentido, surge a discussão referente à política criminal que pode ser aplicada ao âmbito corporativo, tendo em vista as intersecções da atividade empresarial com o meio social, a exemplo da esfera ambiental, da esfera tributária, consumerista, trabalhista, dentre outras.

Certamente não é pacífica na doutrina a responsabilidade penal dos entes coletivos. Autores de grande relevância no cenário nacional e internacional colocam-se como contrários a esta construção dogmática, pelos mais diversos fundamentos, sendo que o mais recorrente diz respeito à falta de capacidade de agir da empresa, tendo em vista que seus atos sempre são, ao fim e ao cabo, realizados por indivíduos. Nesse sentido, Schünemann reconhece os impactos que isto pode produzir em termos de culpabilidade, tendo em vista a tradicional teoria do delito sobre a qual se estrutura a dogmática penal:

(...) o direito penal protege bens jurídicos mediante normas de proibição, que regulam exclusivamente o comportamento humano, dirigem-se tais normas penais ao comportamento humano evitável, não podendo as pessoas jurídicas delas serem destinatárias, razão pela qual pretender assentar a culpabilidade na (falta de) organização é simplesmente descrever um estado,

mas não a infração a uma norma, e, como falta de organização se remete a atos incorretos de sujeitos individuais, a proposta acaba incidindo em círculo vicioso (SCHÜNEMANN apud ESTELLITA, 2017, p. 63-64)

Por outro lado, Silva Sánchez (2016) aponta que são três os principais argumentos utilizados pelos doutrinadores que se colocam a favor da responsabilidade penal dos entes coletivos: a) nem sempre é possível sancionar a pessoa física pelos delitos cometidos na atividade da empresa, pela própria complexidade da organização corporativa (irresponsabilidade organizada); b) a sanção exclusivamente individual seria, portanto, insuficiente para responder à criminalidade econômica, especialmente a criminalidade organizada (insuficiência preventiva da responsabilidade penal individual); e c) as alternativas que se tem para responsabilizar as empresas a margem do processo penal não seriam adequadas para as formas de criminalidade que se manifestam na empresa (insuficiência preventiva das formas de responsabilidade coletiva não penais).

Em todos os casos, independentemente da posição que se adote, certo é que uma política criminal coerente busca suas bases nos dispositivos constitucionais, de modo que não se admitem construções dogmáticas para atender interesses que não estejam plasmados na Constituição. Com relação à responsabilidade penal da pessoa jurídica, de um lado, os autores entendem ser incompatível com a Constituição Brasileira em razão do princípio da culpabilidade, pois dolo e culpa apenas podem ser atribuídos às pessoas físicas. Retoma-se, aqui, o princípio *societas delinquere non potest*, segundo o qual a pessoa jurídica não pode praticar crimes por não possuir capacidade de ação nem de culpabilidade. É o que afirma Alexandre Wunderlich:

O fato é que penso conservadoramente que no nosso direito a responsabilidade penal só pode ser atribuída – e exclusivamente – às pessoas físicas, posto que a conduta criminosa é eminentemente conduta humana e a imputabilidade, uma qualidade inerente ao ser, o que justifica a conformação dos juízos de tipicidade e culpabilidade. Só o ser humano é *doli capax*. O direito é criminal essencialmente a ciência de valores, sempre adotando como base o sujeito real (WUNDERLICH, 2015, p. 210)

Em contrapartida, alguns autores entendem haver expressa possibilidade desta forma de responsabilização prevista no artigo 175, §5º: “a lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular” (BRASIL, 1988).

Com relação aos crimes ambientais, todavia, como já destacado supra, há expressa determinação do legislador constitucional no sentido de previsão da responsabilidade penal do ente corporativo, o que foi feito pelo artigo 3º da Lei 9.605/98 ao dispor o que se segue: “as pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade” (BRASIL, 1998). Deve-se reconhecer que, para fins de responsabilização da pessoa jurídica, a legislação exige substrato de conduta humana, especialmente quando determina que a infração deve ser cometida por decisão de seu representante legal ou contratual ou do órgão colegiado.

Em termos de punição ao ente coletivo, o artigo 21 da Lei 9.605 admite a pena de multa, a pena restritiva de direitos e a prestação de serviços à comunidade. As penas restritivas de direitos, previstas no artigo 22, dizem respeito à suspensão parcial ou total das atividades, interdição temporária do estabelecimento e proibição de contratar com o Poder Público, bem como dele obter subsídios, subvenções ou

doações. A prestação de serviços à comunidade, por sua vez prevista no artigo 23, consiste em custeio de programas e de projetos ambientais; execução de obras de recuperação de áreas degradadas; manutenção de espaços públicos e contribuições a entidades ambientais ou culturais públicas.

É inevitável a correspondência de tais formas de sanção ao risco que representa a atividade, não apenas na perspectiva repressiva: com relação às penas restritivas de direitos, nota-se que são aptas a reduzir o risco da atividade empresarial; com relação à prestação de serviços à comunidade, estas penas destinam-se, sobretudo, a restaurar e recuperar a degradação ambiental sobre a qual incidiu o risco, ainda que de forma indireta. Confrontando esta perspectiva com a sanção individual, quase sempre marcada pela restrição à liberdade, fica evidente uma ressignificação da punição, especialmente com relação aos bens jurídicos difusos.

Ademais, a responsabilidade penal dos entes coletivos também deve ser entendida em um contexto de grande dificuldade para imputação penal individual na esfera da empresa, ou qualquer estrutura organizacional descentralizada, dividida e hierarquizada. Ou seja, em que pese ser de comum conhecimento que as estruturas empresariais não podem realizar condutas por si só, havendo sempre a dependência de uma ação humana para tais atos, a complexidade pela qual estas se organizam torna difícil a identificação e individualização de todas as ações que eventualmente contribuíram para a deflagração do resultado lesivo. Consoante expõe Marta Rodriguez Machado:

Em tal estrutura organizacional, um resultado lesivo ao bem jurídico geralmente é provocado pela ação conjunta de muitos sujeitos, de diversas posições hierárquicas e com um grau diferenciado de informação, sendo muito difícil identificar todos os participantes da ação e delimitar a contribuição de cada um para o evento. Em outras palavras, o ato punível aparece como resultado de uma soma de atos parciais e fragmentários, os quais, avaliados individualmente, costumam apresentar-se atípicos. Verifica-se, na prática, uma cisão dos elementos do tipo (MACHADO, 2005, p. 147).

Esta questão torna-se ainda mais complexa conforme se tenta identificar os pressupostos de autoria na cadeia hierárquica empresarial, especialmente para que seja possível identificar o foco de onde partiu a decisão que levou à conduta criminal e, conseqüentemente, responsabilizar todos que contribuíram para o resultado, seja mediante condutas comissivas ou omissivas. Trata-se da tradicionalmente denominada abordagem *bottom-up*, na qual se tenta identificar o sujeito que realizou, de fato, a conduta e, a partir dele, buscar os demais que contribuíram para o fato tendo em vista as divisões de funções e a hierarquia empresarial. Heloísa Estellita explica que:

(...) o agente mais próximo do fato é também aquele cuja ação deu causa direta ao resultado, podendo-se, a partir dele, apurar contribuições de outros agentes, tanto no mesmo nível, como em níveis superiores, o que provocará a análise dos pressupostos da coautoria, autoria mediata e participação (ESTELLITA, 2017, p. 52)

Isto se torna ainda mais importante, tendo em vista o parágrafo único do artigo 3º da Lei de Crimes Ambientais, que prevê “a responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato” (BRASIL, 1998). Assim, este cenário, como um todo, representa um novo paradigma com o qual o Direito Penal está a lidar e, inevitavelmente, enfrenta percalços para abarcar as novas realidades sociais. Ao mesmo tempo, não pode abrir mão do rigor dogmático para simplesmente fazer a punição alcançar os sujeitos do alto escalão empresarial, tendo em vista o abuso de poder punitivo estatal que isto representaria, deslegitimando-o por completo. Portanto, cumpre identificar as vias pelas quais é

dogmaticamente acertada a imputação de eventual fato criminoso aos dirigentes empresariais.

4 RESPONSABILIDADE PENAL POR OMISSÃO DO DIRIGENTE EMPRESARIAL

A função dos dirigentes empresariais na hierarquia empresarial frequentemente é associada a práticas de gestão, de controle e supervisão dos demais setores corporativos. Nesse sentido, quando se verifica a prática de um crime por meio da empresa, raramente a realização da conduta comissiva pode ser atribuída ao sujeito do alto escalão administrativo, pois dificilmente realiza tais atos de mão própria. Todavia, isto não quer dizer que tais indivíduos não tenham contribuído de forma decisiva para a materialização do resultado típico. Inclusive, os estudos realizados no âmbito da criminologia corporativa demonstram que, na realidade, a estrutura empresarial – organizada, por sua vez, pelos dirigentes – possui enorme relevância no sentido de influenciar o comportamento dos empregados na maior ou menor naturalização do comportamento de natureza criminal.

Pela divisão hierárquica da estrutura empresarial, em decorrência da abordagem *bottom-up*, os crimes comissivos por omissão ganham relevância quando se adentra na esfera de responsabilidade dos dirigentes, para verificar se e como contribuíram com a realização do delito. Isto não quer dizer que ser sócio ou dirigente de uma empresa automaticamente implique em responsabilidade por determinado crime ambiental, mas sim que há espaço para tal imputação quando se verificar que, mediante dolo ou culpa, os diretores corporativos contribuíram para a prática delitiva, ainda que por meio de uma omissão.

Juarez Tavares (2020) esclarece os critérios dogmáticos da Teoria do Delito para a imputação penal por omissão, partindo-se do entendimento de que a conduta omissiva é um ato perlocucionário, ou seja, visa comunicar um ato que deve ser realizado pelo sujeito a quem se dirige a norma. Ademais, tal ato deve ser apto a evitar, antecipadamente, a deflagração da situação típica que afete o bem jurídico em pauta. Em linhas gerais, a estrutura típica da omissão depende de uma inação (que corresponde a uma infração à norma de comando), da evidência do resultado de dano ou perigo para o bem jurídico e a real possibilidade de agir para evitar tal resultado (TAVARES, 2020).

Especificamente com relação ao crime comissivo por omissão, a estrutura típica é preenchida a partir da identificação cumulativa dos seguintes elementos: a) conduta comissiva prevista no tipo penal; b) a posição de garantidor; c) o dever determinado de impedir o resultado; d) a omissão de uma ação impeditiva do resultado; e) a causalidade e; f) a equivalência da omissão à ação (TAVARES, 2020). A ausência de qualquer destes elementos desconfigura a omissão imprópria, não havendo como se proceder à imputação objetiva e, conseqüentemente, à atribuição de responsabilidade ao agente.

Há que se destacar algumas considerações dogmáticas importantes para adequação deste procedimento e, primeiramente, menciona-se a necessidade de que o dirigente esteja constituído na posição de garante para que a omissão seja penalmente relevante. O garantidor tem o dever de agir para evitar o resultado e, conforme artigo 13, §2º do Código Penal, somente ostenta tal encargo quem: “a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado” (BRASIL, 1940).

No que tange ao dirigente empresarial, via de regra, o fundamento da posição de garantidor deriva da alínea “b”, pois é pelo contrato escrito que o agente assume a responsabilidade de gerir a empresa, devendo zelar pela concretização do objeto social e pela manutenção das atividades a nível de risco permitido (TAVARES, 2020). Todavia, com relação aos crimes ambientais, o artigo 2º da Lei 9.605/98² estabelece a obrigação de cuidado e vigilância também dos dirigentes, o que significa que a posição de garantidor é atribuída em razão de previsão legal e, portanto, remete-se à alínea “a” do artigo 13.

Há duas principais espécies de garantidores: garantidores de proteção e garantidores de vigilância, sendo que os primeiros devem proteger o bem jurídico dos riscos advindos do mundo externo (a exemplo dos pais com relação aos filhos), e os segundos, por sua vez, devem vigiar os perigos oriundos de uma fonte de perigo, de modo a garantir que o risco esteja contido aos limites legais (ESTELLITA, 2017). No caso dos dirigentes empresariais, a responsabilidade se funda justamente no controle que exerce sobre a empresa enquanto fonte de risco permitida, o que produz implicações com relação ao dever determinado de intervir para impedir o resultado.

Nesse sentido, os programas de *compliance*³ têm ganhado relevância enquanto formas de prevenção de risco, inclusive em termos de responsabilidade jurídico-penal, pois são importantes para delimitar a competência de cada setor ou indivíduo, bem como os respectivos deveres. Assim, estabelecem uma espécie de autorregulação regulada em que o poder público estabelece preceitos ou estruturas de incentivo para a autorregulação, e a empresa, por sua vez, tem liberdade para se auto organizar conforme tais princípios, visando as particularidades da respectiva atividade econômica desempenhada (SIEBER, 2013)⁴.

É, fundamentalmente, o aspecto dos programas de cumprimento normativo que diz respeito à individualização de deveres, competências e funções, que repercute também na configuração da responsabilidade penal dos administradores empresariais, principalmente com relação à identificação da posição de garantidor e do dever que lhe seria exigido para impedir o resultado. No mesmo sentido, Alexandre Wunderlich afirma que:

O que quero deixar claro é que estes programas de cumprimento têm como substância a prevenção de riscos e danos que, também, em matéria de responsabilidade penal ambientais, podem ser utilizados para delimitar a *posição de garantidor*, que ocorre a partir das imposições legais específicas a partir do artigo 13, §2º do Código Penal, com a criação de *deveres jurídicos* de ação, que incumbem a que se obrigou a impedir o resultado (WUNDERLICH, 2015, p. 215, destaque original)

A posição de garante, portanto, para além dos deveres de vigilância também deve abarcar o dever de intervir para evitar a materialização dos resultados típicos.

² Art. 2º, Lei 9.605/98. 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 (BRASIL, 1998).

³ Os programas de *compliance* podem ser definidos como “(...) prática empresarial que pretende colocar padrões internos de acordo e em cumprimento de dados normativos. (...) em termos amplos, refere-se à observância de parâmetros não só legais, mas também de caráter ético e de política empresarial, enquanto em sentido estrito faria referência exclusiva à normativa legal pertinente” (SILVEIRA, 2015, p. 65).

⁴ O tema é de grande complexidade e densidade doutrinária, razão pela qual se optou por apenas destacar a influência que possuem em termos de atribuição da responsabilidade penal aos dirigentes empresariais, sem adentrar nas problematizações quanto à legitimidade e à legalidade destas construções, bem como o caráter pragmático que subjaz o fundamento dos programas de *compliance*.

Assim, os terceiro e quarto requisitos dogmáticos para a imputação – dever determinado de impedir o resultado e omissão deste dever específico – devem ser interpretados à luz dos deveres de vigilância no tocante à fonte de risco “empresa”, especialmente nos casos em que se realizam atividades essencialmente perigosas, como é o caso daquelas que repercutem sobre o meio ambiente.

Diante das particularidades da esfera econômica e das inúmeras atividades empresariais que podem ser desenvolvidas, os níveis de risco precisam ser determinados de acordo com características próprias de cada setor específico, o que implica também na definição e determinação dos deveres ao alto escalão da empresa. Invariavelmente, surge aqui uma esfera de interdisciplinaridade com outras áreas do Direito, uma vez que as normas de Direito Societário, Civil e as normativas setoriais são importantes para organizar a atividade empresarial, bem como determinar o alcance e o conteúdo do dever de agir dos dirigentes. Consequentemente, é possível identificar uma semelhança entre os deveres do garantidor de vigilância e o dever diligência dos dirigentes, como afirma Heloísa Estellita:

Não é de admirar que possa haver, em alguma medida, uma coincidência, ainda que parcial, entre os deveres do garantidor de vigilância e os deveres que são considerados manifestações do dever societário de diligência: dever de se informar, dever de vigiar, dever de intervir, dever de fiscalizar, falando-se até, no contexto mais atual, em um dever de constituição de estruturas adequadas de controle, especialmente para órgãos de supervisão que não tenham capacidade de vigilância ativa, como é o caso do Conselho de Administração, especialmente em companhias a partir de um certo porte (ESTELLITA, 2017, p. 143-144)

No caso das empresas com hierarquias funcionais horizontal e verticalmente divididas, o Estatuto Social pode ser a normativa responsável por delimitar o âmbito de competência e vigilância de cada dirigente, de modo que auxilia na individualização e identificação da esfera em que houve a violação do dever. É, portanto, um substrato de interpretação dogmática restritiva aos sujeitos que normativamente e empiricamente tinham condições de impedir o resultado. Isto contribui para se evitar a expansão desmedida da posição de garantidor, bem como os deveres a que estão vinculados, visto que configuraria uma ampliação indevida da responsabilidade penal.

Contudo, chama-se atenção para o fato de que a simples violação de deveres extrapenais jamais poderá fundamentar a responsabilidade omissiva imprópria, esta interdisciplinaridade somente pode ser entendida no sentido de limitar a intervenção jurídico-penal à esfera do indivíduo que podia e devia intervir para impedir o resultado. Ou, ainda, contribuir para melhor delimitação dos riscos proibidos e permitidos em determinado setor. De toda forma, a responsabilidade penal somente se dará com fundamento na omissão quanto aos deveres de vigilância da posição de garantidor, que contribui para a deflagração do resultado típico. No mesmo sentido escreve Estellita:

Assim, a imputação do resultado típico não se faz porque o agente omitiu o cumprimento de um dever extrapenal (societário, por exemplo), mas porque descumpriu um dever penal especial atrelado à sua posição de garantidor, estabelecida exclusivamente pelo direito penal. Neste sentido é que se pode falar que o art. 13, § 2.º, CP, estabelece uma limitação para a acessoriedade ao vedar que o mero descumprimento de um dever de agir extrapenal constitua uma posição de garantidor (ESTELLITA, 2017, p. 142)

Ao se avaliar a responsabilidade penal do dirigente em termos práticos, é imprescindível que os deveres sejam claros e que o agente tenha pleno conhecimento acerca de suas atribuições, pois somente assim é possível afirmar que tinham o dever de impedir o resultado. Além disso, a ação juridicamente exigida do garantidor para evitar o resultado deve ser indicada com precisão, justamente para impossibilitar que

deveres abstratos possam fundamentar a responsabilidade penal. Estes limites são essenciais para a valoração objetiva da responsabilidade, evitando que esta seja atribuída unicamente em razão da posição ocupada pelo agente na hierarquia empresarial, sem a devida fundamentação e rigor dogmático exigidos pelo Direito Penal.

Há que se verificar também uma relação de causalidade entre o dever exigido e a ocorrência do resultado típico, de modo a constatar, nos limites da certeza, que a realização da ação omitida teria o condão de evitar a afetação ao bem jurídico. Para Zaffaroni et. al. (2010, p. 354), o nexos de causalidade deveria ser verificado como nexos de evitabilidade, de modo que “a ação não será típica sempre que, substituída hipoteticamente a conduta realizada pela devida, o resultado também se houvesse produzido”.

Analisando a causalidade sob o processo de exclusão hipotética, o procedimento dogmático é o inverso do verificado para os crimes comissivos, ou seja, ao invés de se retirar uma ação do curso causal para verificar se esta foi causa do resultado, no caso da omissão é preciso introduzir uma ação no curso causal e verificar se tal é apta para obstar a concretização do resultado. O conceito tradicional de causalidade refere-se ao vínculo entre conduta e resultado, todavia, quando se trata de estruturas empresariais, a verificação desta relação é mais complexa, porque a conduta é diluída em diversas instâncias e setores, de modo que dificulta a verificação empírica e direta do nexos causal.

Esta representa uma das principais dificuldades contemporâneas colocadas ante ao Direito Penal, tendo em vista ser este um instrumento normativo estruturado a partir do paradigma de autoria individual e causalidade direta. Isto retoma a importância de se determinar a conduta ser realizada para verificar a real capacidade desta ação específica e juridicamente exigida em obstar o resultado. Em que pese, de qualquer forma, não deixar de ser um juízo hipotético, contribui para a limitação da intervenção jurídico-penal apenas com relação às condutas relevantes no que tange à afetação do bem jurídico:

Nos crimes omissivos, há necessidade de um esforço prévio extra na determinação da ação juridicamente exigida, pois é ela que tem de ser apta a eliminar a ocorrência do resultado concreto quando incluída hipoteticamente no curso causal para que, então se possa afirmar o nexos de causalidade. Se várias eram as ações juridicamente esperadas do garantidor, cada uma delas deverá ser determinada com precisão, sem o que não se terá o ponto de apoio essencial para a formulação do juízo hipotético de exame do nexos de causalidade (ESTELLITA, 2017, p. 253)

Nos crimes comissivos por omissão, portanto, o desvalor da omissão deve ser equivalente ao da ação, visto que ambas condutas produzem o mesmo resultado. Juarez Tavares explica que deve se realizar uma equiparação entre a violação da norma determinativa (ou do dever estabelecido) e a infração da norma proibitiva (fundamento dos crimes comissivos), de modo que “é indispensável que a omissão tenha a qualidade de produzir os mesmos efeitos da ação” (TAVARES, 2021, p. 451). Assim, com relação à criminalidade ambiental, por exemplo, deve se verificar se a ação exigida do dirigente teria o condão de, nos limites da certeza, evitar a afetação do bem jurídico à que se refere a norma penal.

Esta correspondência é chamada por alguns autores de “cláusula de equivalência” (ZAFFARONI, et. al., 2010) e deve ser verificada, especialmente, no plano normativo, visto que na dimensão empírica causal o substrato de análise residiria unicamente em um juízo hipotético. Nesse sentido, Silva Sánchez (2016, p. 118) entende que para se verificar a responsabilidade do omitente é necessário buscar o “sentido do texto da lei” a partir do tipo penal específico. Assim, confere-se

um lastro valorativo integrativo à atribuição da responsabilidade, de modo que esta não depende unicamente da violação do dever ou da verificação empírica de causalidade, como explica o autor:

De este modo, la atribución de responsabilidad en comisión por omisión requerirá la constatación de una identidad estructural en el plano normativo entre ésta y la comisión activa, algo que depende, en todo caso, de la relación material que se establezca entre el sujeto e la precisa situación de riesgo para el bien jurídico concreto y no de la simple existencia de un deber, por especial que éste sea (SILVA SÁNCHEZ, 2016, p. 119)⁵

Esta tendência de normatização é marcante na dogmática contemporânea, justamente para superar as limitações do paradigma causalista, mas deve ser prudentemente interpretada de modo que não se incorra em hipernormativismos e se afaste em demasia da realidade empírica, constituindo a atribuição da responsabilidade penal em mera formalidade dogmática (SILVA SÁNCHEZ, 2016). Este delineamento é importante, sobretudo na realidade brasileira, em que há relevante expressividade de atividades econômicas cujo desempenho depende da exploração do meio ambiente, como a atividade mineradora, agrícola, agropecuária, dentre outras.

Nota-se que, em sede de crimes omissivos impróprios dos dirigentes empresariais, os requisitos e as limitações dogmáticas de imputação tornam este processo verdadeiramente mais complexo em comparação com os delitos comissivos, o que decorre justamente da maior complexidade das questões que o Direito Penal é chamado a resolver. Todavia, quando se observa a realidade do judiciário da *práxis forense*, Wunderlich (2015) aponta que algumas construções jurisprudenciais optam por certo pragmatismo, pois estão mais preocupadas em atender ao clamor punitivista advindo da sociedade do que, propriamente, resguardar a racionalidade do sistema jurídico-penal e manter intacto o sistema de garantias fundamentais⁶.

Os delineamentos da Teoria do Delito, assim, exercem a função de “instrumento controlador da jurisdição, justamente no sentido de impedir que as decisões judiciais se estruturem em atos de criação do direito e ultrapassem os limites expressos na Constituição” (TAVARES, 2021, p. 42). Exatamente por isso, ressalta-se a importância de se observar os marcos da dogmática jurídico-penal como forma de conter as arbitrariedades do poder punitivo e, conseqüentemente, oferecer segurança jurídica em demandas de grande complexidade.

5 CONCLUSÃO

O novo paradigma no qual está inserida a sociedade introduziu elementos na realidade contemporânea, como o risco, que repercutem nas mais diversas instâncias sociais, inclusive no Direito e, especificamente, no Direito Penal. Há, portanto, algumas demandas sociais que implicam em tendências de política criminal fundamentalmente distintas do Direito Penal de base iluminista, fundado em pressupostos de autoria individual, vítimas determinadas e nexos causal de simples constatação.

⁵ Desse modo, a atribuição de responsabilidade em comissão por omissão requererá a constatação de uma identidade estrutural no plano normativo entre esta e a comissão ativa, algo que depende, em todo caso, da relação material que se estabeleça entre o sujeito e a precisa situação de risco para o bem jurídico concreto e não da simples existência de um dever, por especial que este seja (tradução livre)

⁶ No mesmo sentido, mas em abordagem relacionada ao direito penal econômico, cf. ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho; COSTA, Helena Regina Lobo da. Compliance e o julgamento da APn 470. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 22, n. 106, p. 215-230, jan./fev.. 2014.

Isto é mais evidente nos setores mais sensíveis ao risco, como é o caso do meio ambiente. Esta preocupação social, em 1988, ganha proteção constitucional por meio do artigo 225 da Constituição Federal, o que, na concepção teleológico-funcional e racional do bem jurídico, permitiu que este fosse considerado digno de tutela penal. Assim, em termos de responsabilização, nota-se duas principais vias pelas quais percorre o Direito brasileiro: consagração da responsabilidade penal do ente coletivo no caso de crimes ambientais, com fundamento no artigo 3º da Lei 9.605/98; e a tradicional responsabilização da pessoa física.

Quanto à primeira, em que pese consagrada na legislação nacional, ainda há grandes controvérsias acerca da adequação ao sistema jurídico brasileiro, sobretudo em razão da impossibilidade de se identificar a culpabilidade de um ente jurídico que, por sua vez, é organizado e dirigido por seres humanos em primeira e última análise; no que tange à segunda, para a legitimidade da intervenção estatal, é imprescindível a observância estrita dos critérios dogmáticos que limitam e condicionam o exercício do poder punitivo.

Todavia, surge uma preocupação político-criminal de se reduzir a impunidade dos indivíduos do alto escalão empresarial, pois frequentemente contribuem com a prática delitiva, seja por meio de uma ação, mas, principalmente, por meio de uma omissão. Neste contexto, ganham relevância os delitos comissivos por omissão, cujos requisitos da estrutura típica são: a) conduta comissiva prevista no tipo penal; b) a posição de garantidor; c) o dever determinado de impedir o resultado; d) a omissão de uma ação impeditiva do resultado; e) a causalidade e; f) a equivalência da omissão à ação.

Por fim, destaca-se que os critérios dogmáticos da Teoria do Delito não podem ser interpretados como mera formalidade para imputação, mas são essenciais para estabelecer o conteúdo da conduta criminosa e, conseqüentemente, os parâmetros sobre os quais é legítima a intervenção estatal, sem ultrapassar os limites constitucionalmente estabelecidos. No contexto do Estado Social e Democrático de Direito é certo que as normas jurídicas devem ser adequadas à realidade e à compreensão dos problemas sociais, todavia, não é possível a acolhida de tendências político-criminais contemporâneas sob a forma de pragmatismos, certamente implicando na desconsideração de garantias fundamentais.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho; COSTA, Helena Regina Lobo da. Compliance e o julgamento da APn 470. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 22, n. 106, p. 215-230, jan./fev. 2014.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Bem jurídico-penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Tradução de Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 8 dez. 2021.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 21 dez. 2021.

BRASIL. Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. **Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm. Acesso em: 9 dez. 2021.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade de dirigentes de empresas por omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades por ações, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa**. Madri; Barcelona; Buenos Aires; São Paulo: Marcial Pons, 2017.

FERNANDES, Fernando Andrade. Brasil: Aspectos de criminal compliance en el Ordenamiento Jurídico brasileiro. In: Nicolás Rodríguez García (Dir.). Miguel Ontiveros Alonso; Omar Gabriel Orsi; Fernando Rodríguez López (Coord.). **Tratado angloiberoamericano sobre compliance penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 155-242, 2021.

FERNANDES, Fernando Andrade. Sobre uma opção jurídico-política e jurídico-metodológica de compreensão das ciências jurídico-criminais. In: **Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias**. Coimbra: Coimbra, 2003.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais**. São Paulo: IBCCRIM, 2005.

SAAD-DINIZ, Eduardo; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2015.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. Responsabilidade penal das pessoas jurídicas. OLIVEIRA, William Terra de. *et. al.* (org.) **Direito Penal Econômico: estudos em homenagem aos 75 anos do professor Klaus Tiedemann**. São Paulo: LiberArs, 2013.

SIEBER, Ulrich. Programas de *Compliance* no direito penal empresarial: um novo conceito para o controle da criminalidade econômica. In: OLIVEIRA, William Terra de. *et. al.* (org.) **Direito Penal Econômico: estudos em homenagem aos 75 anos do professor Klaus Tiedemann**. São Paulo: LiberArs, 2013.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A Expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Tradução Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. **Fundamentos del Derecho Penal de la Empresa**. Madrid: Edisofer, 2016.

TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. 3. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020.

WUNDERLICH, Alexandre. A responsabilidade penal por danos ambientais: do cenário atual à avaliação crítica ao modelo de imputação de entes coletivos e individuais trazidos pela Lei 9.608/95 no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 23, n. 114, p. 203-221, mai./jun. 2015

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; et. al. **Direito Penal Brasileiro**: teoria do delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade. 2 v. Rio de Janeiro: Revan, 2010.