

A RESPONSABILIZAÇÃO PENAL INDIVIDUAL NOS DELITOS ECONÔMICOS EMPRESARIAIS: UMA ANÁLISE SOBRE O 'CASO SAMARCO'

INDIVIDUAL CRIMINAL LIABILITY IN ECONOMIC BUSINESS CRIMES: AN ANALYSIS OF THE 'SAMARCO CASE'

André Cavalcanti de Oliveira

Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Especialista em Ciências Penais pela Universidade Anhanguera. Especialista em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Especialista em Prevenção e Repressão à Corrupção em curso promovido pela Universidade Estácio de Sá. Promotor de Justiça do Estado do Pará.

andreoliveira@mppa.mp.br

Como citar este artigo:

OLIVEIRA, André C. de. A responsabilização penal individual nos delitos econômicos empresariais: uma análise sobre o "caso Samarco". **Revista do CNMP**. Brasília, 10ª ed., 2022, p. 73 - 102.

Enviado em: 28/6/2022 | Aprovado em: 5/9/2022

Resumo: O artigo apresenta discussões da dogmática penal nacional e estrangeira acerca dos critérios de imputação da responsabilidade penal individual nos delitos econômicos empresariais, notadamente os conceitos de posição de garante e omissão penalmente relevante. Em seguida, propõe um estudo de caso prático mediante a análise da ação penal promovida pelo Ministério Público Federal no crime ambiental ocorrido em 2015 na cidade de Mariana/MG, popularmente chamado "Caso Samarco", resultando na morte de diversas pessoas. O uso de conceitos jurídicos de outros ramos do direito possibilita pontuar os deveres legais nos vários níveis de um contexto empresarial complexo, concluindo-se pela adequação da ação penal proposta no caso concreto.

Palavras-chaves: Responsabilidade penal individual; Posição de garante; Omissão penalmente relevante; “Caso Samarco”.

Abstract: *The article presents discussions of Brazilian and comparative law legal systems about the criteria for establishing individual criminal responsibility in business economic crimes, notably by means of the concepts of “guarantor position” (posição de garante) and “criminally relevant omission” (omissão penalmente relevante). Then, it proposes a practical case study through the analysis of the criminal proceedings brought by the Brazilian Federal Public Prosecutor’s Office as a consequence of the environmental crime which occurred in 2015 in the city of Mariana, State of Minas Gerais, popularly known as the Samarco case, which led to the death of several people. The use of legal concepts from other branches of law lead to establish the legal duties at the various levels of a complex business context, which concludes for the legitimacy of the criminal proceedings brought up in the specific case.*

Keywords: *Individual criminal liability, Guarantor position, Criminally relevant omission, “Samarco case”.*

Sumário: Introdução; 1. Critérios para imputação da responsabilidade penal individual; 1.1. Conceitos gerais; 1.2. Da posição do garantidor; 1.3. A omissão penalmente relevante; 2. O Caso Samarco; 2.1. Considerações iniciais; 2.2. A responsabilização dos membros do Conselho de Administração; 2.3. A responsabilidade penal dos representantes dos Comitês de Operação e de Desempenho Operacional; 2.4. A responsabilidade dos Diretores Executivos; 2.5. A Responsabilidade dos gerentes e engenheiros; Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

Um problema recorrente nos delitos econômicos cometidos no âmbito empresarial versa sobre os critérios de imputação da autoria delitiva, cuja repercussão permeia toda a persecução penal: desde a fase investigativa, passando pela peça acusatória no momento da individualização das condutas, assim como no exercício da defesa, até o momento da sentença, esta última permeada pelo princípio da pessoalidade das penas. Com efeito, como no Brasil a responsabilização penal da pessoa jurídica restou restrita para os crimes ambientais, ante a carência expressa de outras normas de criminalização, surge a necessidade de responsabilização penal individual dos membros dos órgãos dirigentes da pessoa jurídica envolvida na prática de delitos econômicos.

O emprego rígido da dogmática penal tradicional para a identificação da responsabilidade penal de pessoas físicas que ocupam cargos dispersos nas complexas estruturas empresariais contemporâneas é um desafio intenso, colocando em risco a efetividade das normas de direito penal econômico. Nesse âmbito, revisitam-se os conceitos tradicionais de autoria e da participação por omissão, da infração de dever, do princípio da responsabilidade pessoalidade (responsabilidade pelo fato próprio), pela conformidade ou desconformidade às normas jurídicas das ações precedentes perigosas (incremento de risco), a natureza do risco permitido, da relação entre o dever de cuidado e o dever de garantia na empresa, da responsabilidade do representante e a delegação de competências.

Nas pequenas empresas, cuja atividade de administração incumbe geralmente a um único agente, a persecução penal é facilitada, pois a pessoa jurídica serve de fachada ou como mera representação e instrumento para os atos ilícitos perpetrados pela pessoa física dirigente. O grande problema para a persecução nos delitos econômicos surge nas estruturas empresariais complexas, ou dentro da estrutura da própria Administração Pública, cuja tomada de decisões é de tal forma organizada e estruturada na própria natureza da entidade, que a imputação de uma conduta ilícita a um único agente, empregando as regras tradicionais de imputação, mostra-se insuficiente ou inadequada.

Essa contextualização preliminar é necessária, dado o panorama da criação de normas de imputação no marco do Direito Econômico. O presente trabalho estudará os critérios de imputação da responsabilidade penal individual em delitos cometidos no âmbito das empresas, com ênfase na questão da posição de garante e na omissão penalmente relevante.

Finalmente, propomos um estudo de caso concreto, apontando como esses critérios de imputação estabelecidos pela dogmática penal nacional e estrangeira foram empregados na acusação penal oferecida pelo Ministério Público Federal no “Caso Samarco”, um dos maiores crimes ambientais da história, e a eventual adequação da individualização de condutas típicas para fins de responsabilização

de diversas pessoas físicas no âmbito organizacional das diversas empresas envolvidas.

1. CRITÉRIOS PARA IMPUTAÇÃO DA RESPONSABILIDADE PENAL INDIVIDUAL

1.1. Conceitos gerais

A dinâmica empresarial e seus contextos organizacionais, em constante mudança, dado os fatos econômicos envolvidos, afastam-se cada vez mais da clássica linearidade própria da gestão centralizada. Caracterizando-se por uma descentralização funcional-operativa, em que se priorizam diversos níveis de autonomia e especialização de departamentos, não consegue ser acompanhada pelo inerente processo legislativo de criminalização de condutas.

Nesse sentido, leciona Feijó Sanchez¹:

Nas grandes empresas e sociedades potencialmente perigosas para bens jurídicos fundamentais assiste-se a uma atomização ou fragmentação de movimentos corpóreos, decisões de política geral, conhecimento sobre riscos e recolha de informações pelas empresas sobre o seu impacto no ambiente circundante, de tal modo que a partir de um certo grau de complexidade já não é possível encontrar uma pessoa na qual coincidam criação ou participação no risco, com representação desse mesmo risco, ou que disponha de informação global sobre a actividade empresarial. Os gerentes e administradores têm uma visão demasiado global e aqueles que conhecem directamente os efeitos da actividade empresarial não têm a visão de conjunto necessária para compreender a perigosidade que encerram certas actividades industriais ou empresariais. Na grande empresa não concorrem nas mesmas pessoas informações e conhecimentos técnicos e a capacidade para tomar e executar decisões. Há um desmembramento entre a actividade de direcção, a disponibilidade de informação e o poder de decisão, o que representa um problema central para a determinação da responsabilidade.

¹ FELJOÓ SANCHEZ, Bernardo. Autoria e participação em Organizações Empresariais Complexas. **Revista Liberdades**: Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, n. 9, p. 26-57, abr. 2012, p. 28.

A segmentação do fluxo de informações e tomadas de decisões é, portanto, algo inerente à própria natureza da atividade empresarial, não podendo ser compreendida, a princípio, como uma ação deliberada dos indivíduos envolvidos para dificultar ou impossibilitar sua responsabilização sob o escudo da empresa. Como já destacava há muitos anos, Tiedemann² cada vez mais constata a premente necessidade dos operadores do direito de fazer uso de conceitos e instrumentos de outros ramos da ciência jurídica, assim como de outras ciências humanas (notadamente da Ciências Econômicas) para releitura dos institutos jurídicos penais tradicionais quando da análise do Direito Penal Econômico.

O operador do direito deverá então aprofundar-se, por exemplo, no estudo do Direito Empresarial para compreender as diversas formas jurídicas de empresa e como isso influencia no processo decisório, os mecanismos de controle, a complexidade da organização e os custos de agência. Assim, por exemplo, a organização do processo decisório, que, por essência, pertence à ciência econômica, passa a ser de interesse do Direito Penal Econômico para fins de imputação delitiva.

Numa persecução criminal de delito econômico, os investigadores podem adotar por balizamento, para identificação da autoria delitiva, por exemplo, as quatro etapas do processo de decisão empresarial, assim descritas por Mackaay e Rousseau³:

1. Iniciativa: apresentação de propostas concernentes à utilização dos recursos;
2. Ratificação: a escolha das propostas apresentadas;
3. Implementação: a execução das propostas ratificadas;
4. Fiscalização e incentivos: avaliação dos resultados dos agentes e das decisões de recompensa e punição.

Se, no Direito Penal Econômico, há uma preocupação na distribuição da informação específica no âmbito da empresa para a tomada de decisão, para fins de definição da autoria delitiva, por outro lado a ciência econômica preocupa-se com os arranjos contratuais

² TIEDEMANN, Klaus. **Poder Económico y Delito**: introducción al derecho penal económico y de la empresa. Barcelona: Ariel S. A., 1985, p. 09.

³ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2020. Tradução de Rachel Sztajn, p. 534.

adequados para a redução dos custos de agência, estabelecendo parâmetros de função de decisão e função de controle que serão reunidos ou separados em diversos órgãos ou agentes de acordo com a complexidade empresarial.

Por isso, na empresa individual ou nas sociedades de pequeno porte, cuja administração e organização toca a uma só pessoa, esse indivíduo acumula as funções de decisão, controle e assunção dos riscos. Aqui, como já mencionado anteriormente, a persecução penal volta-se para esse agente, pois ele centraliza a tomada de decisões, recaindo sobre si a responsabilização criminal.

Todavia, nas sociedades ou organizações econômicas complexas, o centro de decisão, por muitas vezes, é difuso, podendo ocorrer a descentralização e diferenciação de tarefas de tipos horizontais, verticais, seletiva e paralela, aplicável conforme o tipo de realidade organizacional que se analise.

Nos modelos de gestão centralizada, com a concentração da tomada de decisões num único ponto da organização, embora favoreça a coordenação e a rapidez nas decisões, no âmbito organizacional há uma crescente sobrecarga de informações que se concentram sobre a cúpula da direção. Contudo o mundo contemporâneo, marcado por uma globalização interativa dos mercados, à disposição de informação em tempo real graças a internet, exige um modelo de gestão ágil e flexível, que impõe uma descentralização progressiva das decisões e a prevalência de uma especialização e racionalização do trabalho, e uma subordinação hierárquica. Somente nesses sistemas descentralizados se procedem verdadeiras delegações de competência e de execução de funções. Assim, novamente, servindo-se das lições da análise econômica do direito de Mackaay e Rousseau⁴:

Em organização complexa, a informação necessária para a tomada de decisão é partilhada por numerosos agentes. Sendo custoso comunicar a informação entre pessoas, é mais eficaz delegar a função decisória a pessoas que detêm a informação. Entretanto, a delegação de poder decisório implica a criação de relação de agência que

4 MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2020. Tradução de Rachel Sztajn, p. 535.

pode ensejar abusos. Por esses motivos é necessário atribuir a função de controle a outros agentes a fim de reduzir o risco de oportunismo. Em organização complexa, a função de controle deverá, da mesma forma, ser descentralizada, sendo que a repartição da informação é necessária para tal fim.

A lição da análise econômica do direito, aproveitável ao Direito Penal, cinge-se que a própria pessoa jurídica, em sua constituição, deverá definir órgãos de direção e órgão de fiscalização, com deveres de controle e vigilância, respectivamente, que assumem o compromisso de conter riscos que venham a surgir da empresa para os bens jurídicos alheios. Assim, ao mesmo tempo que a atividade econômica se desenvolve e se incrementa, novos riscos, inerentes à própria atividade, vão se constituindo. Os órgãos diretivos passam a ter o dever de procurar os conhecimentos necessários acerca dos perigos típicos da atividade empresarial, estabelecendo mecanismos organizativos adequados para evitar sua existência ou reduzi-lo, assim como para prover adequada estrutura organizativa, em especial, para os fluxos de informação adequados. Como observa Planas⁵, “o fundamento desta responsabilidade reside em que a organização da empresa em diversos níveis de pessoas não exonera ao órgão diretivo da obrigação de evitar que tais níveis surjam perigos para os demais”.

Por óbvio, ante a impossibilidade material do domínio de todas as informações da empresa, não se pode exigir à cúpula da empresa o controle ou domínio completo e total de todos os riscos originários da empresa, especialmente aqueles riscos decorrentes da atuação dos subordinados, sob pena de validar-se uma intolerável responsabilidade penal objetiva.

1.2. Da posição do garantidor

A dogmática penal sugere a criação de um liame exigível ao corpo diretivo, para fins de imputação delitiva, consistente na adequada organização da vigilância com vistas a evitar a realização de riscos

5 PLANAS, Ricardo Robes. Estudo de Dogmática Jurídico Penal: fundamentos, teoria do delito e direito penal econômico. **Coleção Ciência Criminal Contemporânea** - Vol. 6 - Coordenação: Cláudio Brandão. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 250

tipicamente empresariais nos diversos níveis da empresa, implicando a correta organização dos processos internos, mecanismos de segurança e implementação de sistemas de vigilância e controle das próprias atividades empresariais. Como anota Planas⁶:

O cumprimento deste dever de garante se produz mediante a adoção de mecanismos de vigilância sobre os cursos ou processos próprios da atividade empresarial que podem implicar perigos para terceiros, incluindo aqueles provocados pelos subordinados. Tal dever incumbe primariamente à direção da empresa – órgão de administração -, ao passo que ao assumir a direção e o controle da empresa se assume também a evitação dos perigos que dela surjam.

Assim, já empregando conceitos da dogmática penal tradicional, observa-se que o corpo diretivo assume a função de garantidor, mediante a imposição de dever de evitar resultado, sob pena de responsabilização criminal.

A empresa tem uma posição de garante originária que é assumida por dirigentes e administradores que vão gerando, em cadeia, uma delegação de poderes parciais, os chamados custos de agência. Para Bacigalupo⁷, a posição de garantia pode ser assim definida:

A posição de garante caracteriza-se na moderna teoria funcional de acordo com a função defensiva ou protetora do omitente com relação ao bem jurídico. Por um lado, o omitente deve ocupar uma posição de proteção a um bem jurídico contra todos os ataques que venha a sofrer, qualquer que seja a origem dos mesmos (função de proteção de um bem jurídico). De outro lado, a posição de garante pode consistir na vigilância de uma determinada fonte de perigo em relação a qualquer bem jurídico que possa ser ameaçado por elas (função de vigilância de uma fonte de perigo).

A responsabilização de quem se encontra no vértice da organização empresarial mostra-se mais coerente, até mesmo por critério de justiça. Com efeito, por vezes aquele empregado que se encontra na base da

6 PLANAS, Ricardo Robes. Estudo de Dogmática Jurídico Penal: fundamentos, teoria do delito e direito penal econômico. **Coleção Ciência Criminal Contemporânea** - Vol. 6 - Coordenação: Cláudio Brandão. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 251.

7 BACIGALUPO, Enrique. **Direito Penal**: parte geral. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. Tradução de André Estefam. Revisão, prólogo e notas de Edilson Mougenot Bonfim, p. 497.

pirâmide e executa suas atividades normais, sabendo ou não do fim ilícito de sua ação, não passa de mero instrumento para consecução das atividades ilícitas cujo beneficiário será a empresa e seus dirigentes.

O funcionário na base hierárquica do organismo empresarial é passível de simples substituição, caso não execute a tarefa determinada, às vezes assumindo o papel de bode expiatório para grandes escândalos em delitos econômicos. Isto porque, por vezes, mesmo após sua substituição, as atividades ilícitas persistem. Lado outro, os membros de órgãos diretivos costumam ser premiados com bonificações por produção e desempenho. Ora, se a atividade ilícita desenvolvida atingiu bem jurídico alheio, visando maximizar os rendimentos e lucratividade daquele organismo empresarial, qualquer membro de órgão diretivo remunerado financeiramente por aquela conduta pode ser por ela responsabilizado.

Contudo os ocupantes de cargos intermediários, dado muitas vezes ao alto grau de especialização da atividade desenvolvida, podem desempenhar atividades relevantes, com grandes poderes decisórios, como é o caso de pessoas altamente qualificadas. Às vezes essa pessoa detém controle de informações que nem mesmo o seu superior hierárquico possui, podendo ser ela responsabilizada criminalmente sozinha. A responsabilização dos diretores e administradores nas estruturas organizacionais complexas passará, portanto, pela imposição de novos deveres consistentes na estruturação organizacional cuidadosa, evitando defeitos de comunicação na circulação de informações e na coordenação da divisão de tarefas, o que se convencionou chamar de “perigos de desorganização” ou “perigos organizativos”.

Nesse aspecto, avalia-se se foi desenvolvida uma cultura empresarial de cumprimento normativo na extinção ou redução de riscos da atividade. Assim, descarta-se uma responsabilização objetiva, ante a impossibilidade material de os dirigentes e administradores terem conhecimento detalhado de cada processo no âmbito da estrutura empresarial. O ponto fulcral será, portanto, identificar quem atribuiu ou a quem foi atribuída a fiscalização para que um certo risco não se realizasse e até que ponto sua falta de controle foi negligente

em detectar sua gravidade. Dentro das regras de imputação objetiva deverá ser verificado não somente o resultado da conduta delitiva, mas também se a conduta foi inadequada, ao incrementar demasiadamente os riscos permitidos, possibilitando o resultado delitivo.

Em estruturas empresariais complexas, a responsabilidade penal poderá estender-se ou transmitir-se para representantes ou delegatários, dado a teoria das fontes materiais da posição de garante, numa estrutura da teoria da imputação objetiva do delito. Em termos conclusivos, expõe Lascuráin Sánchez⁸:

Desde tal luz debería afirmarse que el administrador responde por lo que ha hecho, pero que originariamente ha hecho su empresa, porque la empresa es suya -o le identificamos con tal titularidad-: es una fuente de riesgos en su ámbito de organización. Si este es el fundamento, la administración de hecho debería restringirse a las personas con una posición general dominante en las mismas, opción que parece también sabia para interpretar el concepto cuando se utiliza directamente para describir el sujeto activo en un tipo penal (“el administrador de hecho o de Derecho”). Lo que pasa es que las posiciones de garantía se pueden adquirir también por delegación y eso creo que es a lo que se refiere otra vía de extensión, que es la actuación ‘en nombre de outro’, que sería la que acogería las tesis más expansivas relativas a la responsabilidad del representante. En tal sentido cabría pensar que cualquier delegado, cualquier sucesivo delegado, puede responder penalmente.

A repartição de responsabilidades penais, em regime de coautoria ou participação, dentro de uma estrutura organizacional complexa será examinada mais adiante ao tratar-se do “Caso Samarco”.

8 LASCURÁIN SÁNCHEZ, Juan Antonio. La responsabilidad penal individual en los Delitos de Empresa. In: MARTIN, Adan Nieto et al. **Derecho Penal Económico y de la empresa**. Madrid: Dykinson, 2018. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=715283>>. Acesso em: 17 fev. 2021, pág. 99. “A partir deste prisma, pode-se afirmar que o administrador responde pelo que fez, pelo que tenha cometido originalmente sua empresa, porque a empresa é dele – ou nós o identificamos com tal propriedade: é uma fonte de risco em sua esfera organizacional. Se este for o motivo, a gestão deveria de fato se restringir às pessoas com uma posição geral predominante nelas, uma opção em que também parece sensato interpretar o conceito quando ele é usado diretamente para descrever o sujeito ativo em um tipo de crime (“o administrador de fato ou lei”). O que acontece é que a posição de garante também pode ser adquirida por delegação, e creio que é a isso que se refere, por meio de extensão, a ação “em nome de outrem”, que seria o acolher com agrado as teses mais amplas sobre a responsabilidade do representante. Nesse sentido, pode-se pensar que qualquer delegado, qualquer sucessivo delegado, pode responder criminalmente”. (tradução nossa)

1.3. A omissão penalmente relevante

O legislador tipifica como gravemente lesivas não somente condutas ativas (comissivas), como também condutas passivas (omissivas), consequência natural da imposição de um dever de contenção de riscos a resultados delitivos. O Código Penal Brasileiro, no art. 13, §2º, adotou a teoria normativa da omissão considerando que a esta somente terá relevância causal quando presente o dever jurídico de agir. Assim, ainda que não tenha dado causa ao resultado, o omitente será responsabilizado por ele sempre que, no caso concreto, estiver presente o dever jurídico de agir. Na lição de Bonfim e Capez⁹:

Os tipos comissivos por omissão, a seu turno, configuram hipótese híbrida, conjugando dois fatores: ausência de ação efetiva (omissão) + expectativa e exigência de atuação (dever de ação). Dessa soma resulta uma terceira espécie de conduta, nem totalmente comissiva, nem totalmente omissiva, na qual o dever jurídico funciona como elemento normativo integrante do tipo penal. Esse elemento normativo deve ser estatuído na Parte Geral do Código Penal, como exigência do princípio da reserva legal, preferindo o legislador brasileiro a enumeração exaustiva da lei ao arbítrio do julgador na avaliação de caso concreto.

A legislação confere a uma pessoa o dever especial de contenção dos riscos, consistindo no já mencionado dever de garante. Agora, a legislação conferirá um desvalor da omissão (evitar o resultado) equivalente ao da ação geradora do mesmo resultado. Como bem adverte Cervini¹⁰, no âmbito de uma organização, não é possível construir imputações subjetivas fundadas na mera posição corporativa-institucional da pessoa. Deve-se verificar critérios de imputação do tipo objetivo no âmbito organizativo que permitam sustentar que o dirigente tenha contribuído por ação ou omissão e de maneira culpável ao curso causal delitivo cometido por seus subordinados.

9 BONFIM, Edilson Mougenot; CAPEZ, Fernando. **Direito Penal**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 329.

10 CERVINI, Raúl. Derecho Penal Económico. Ámbitos Complejos de Imputación. Responsabilidad penal en el marco de la gestión organizacional Flexible (Fom). In: PEDROSO, Fernando Gentil Gizzi de Almeida; HERNANDES, Luiz Eduardo Camargo Outeiro (org.). **Direito Penal Económico**: temas essenciais para a compreensão da macrocriminalidade atual. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 365.

A contribuição do garante para o curso causal da ação delitiva e a sua comprovação decorrem de novos standards probatórios e valoração da conduta delitiva, tais como o conhecimento prévio e o comportamento posterior ao fato típico; exteriorizações (declarações explícitas e atos concludentes); dedução; relevância das características pessoais do sujeito analisado e seu papel estatutário dentro da organização empresarial. Segundo Rodrigues¹¹, a vontade formadora da intenção para a prática de um crime ou da representação da sua realização como possível se relaciona ou pode ligar-se ao cumprimento de deveres normativos. Para tanto, será exigível sempre a prova de que a omissão de cumprimento de deveres revele indiferença pelo bem jurídico protegido pelo tipo de ilícito:

Indicadores da vontade do agente procuram ser identificados pela doutrina a partir de dados externamente comprováveis, de acordo com indícios que expressam uma intencionalidade interna do agente. Do nosso ponto de vista, entretanto, impõe-se sublinhar que, como se referiu, o dolo do tipo é uma intencionalidade expressa mediante uma omissão – o agente «decide-se» pelo risco contido na violação do dever ou no seu cumprimento defeituoso –, expressando, com esta omissão, a sua total indiferença («decisão contrária ao») pelo bem jurídico protegido. Assim, está em causa, na prova desta intenção de lesar o bem jurídico por um agente concreto – que, não se esconde, não é isenta de dificuldades –, aferir dos seus conhecimentos e competências adquiridos com a aplicação efetiva do programa de compliance e, nessa base, identificar a sua intenção de lesar o bem jurídico protegido pela norma penal.

A análise do dolo da conduta observa, portanto, a realidade social em que o agente se encontra inserido, ou seja, se dentro daquela realidade o agente possuía conhecimentos mínimos, dos quais um sujeito normal (o homem médio) não pode desconhecer. Tal critério de imputação por si só não é suficiente. Será necessário, também, valorar se existiu transmissão prévia de conhecimentos dos fatos delitivos em curso ou de fatos que permitiriam suspeitar de um curso causal delitivo.

¹¹ RODRIGUES, Anabela Miranda. **Direito Penal Econômico**: Uma Política Criminal na Era de Compliance. 2ª Edição. Coimbra: Almedina. 2020. Edição do Kindle, posição 2240 de 5269.

A posição de garante pode resultar, portanto, de um comportamento anterior contrário ao dever que põe em perigo um bem jurídico. Aqui a fundamentação da responsabilidade consiste na infração do dever. É evidente, de acordo com os parâmetros dogmáticos agora predominantes, não basta a mera desaprovação legal do resultado de perigo, mas exige-se um comportamento injusto. O autor da conduta deve criar um risco não permitido.

Surge, portanto, uma responsabilidade decorrente de infração de deveres de cuidado especial, solidária e institucionalmente assegurada, com relação a um bem. Haverá, independentemente do fato, um vínculo entre o agente o bem, decorrente de um *status* vinculado a contexto de regulamentação. Nos crimes omissivos impróprios, o omitente, ao lado dos demais pressupostos cumulativos, é garantidor da evitação de um resultado, mesmo quando o agente não atua mais de modo causal, sem qualquer conduta efetiva, mas sua esfera organizatória ainda tem efeitos externos. Para Jakobs¹²:

Todos os crimes omissivos impróprios nos quais exista uma posição de garantidor em virtude de responsabilidade institucional são crimes de infração de dever, do mesmo modo que todos os crimes comissivos cometidos por pessoas que, ao mesmo tempo, são garantidoras em virtude de responsabilidade institucional.

No mesmo sentido, Crespo¹³, analisando a posição de garante como consequência de um dever de vigilância, fundado num comportamento anterior do dirigente, cita o precedente do caso *Lederspray*, julgado pelo Tribunal de Justiça Federal da Alemanha (Bundesgerichtshof – BGH), em que uma empresa introduziu no mercado um *spray* para tratamento de peças de couro que produziu edemas pulmonares nos consumidores, destacando os critérios limitativos ao atuar precedente que fundamenta o dever de garantia:

12 JAKOBS, Günther. **Tratado de Direito Penal**: teoria do injusto penal e culpabilidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. (Coleção Del Rey Internacional). Apresentador: Eugênio Pacelli de Oliveira, p. 318.

13 CRESPO, Eduardo Demetrio. Responsabilidad Penal por omisión de los deirectivos de las empresas. Cap. 5, p. 191-230, p. 199. In: PUERTO, Ricardo Preda del (org.). **Apuntes de Derecho Penal Económico III**. Assunção/Paraguai: Iced, 2013. Disponível em: <https://www.academia.edu/40639658/Apuntes_de_Derecho_Penal_Economico_III_pdf>. Acesso em: 31 mar. 2021.

El Tribunal acepta en esta sentencia las limitaciones a la idea de la injerencia desarrolladas por la doctrina: a) el actuar precedente debe haber ocasionado un peligro próximo de aparición de daños (adecuación); b) se exige además una relación de infracción del deber entre la vulneración de la norma y el resultado, en el sentido de que la infracción del deber debe consistir en la lesión de una norma que esté dirigida justamente a la protección del concreto bien jurídico afectado; c) finalmente el comportamiento previo debe ser ciertamente contrario al deber, por lo que un comportamiento anterior ajustado a derecho no fundamenta en principio una posición de garante.¹⁴

Uma ponderação importante é que o agente deve ter conhecimento acerca da sua posição de garante, no momento do fato, ainda que não seja necessário que o autor tenha representado intelectualmente o resultado. O erro sobre os pressupostos exteriores da posição de garante se considera um erro de tipo, assim como um erro sobre o dever jurídico com pleno conhecimento das circunstâncias as quais este constitui um erro de proibição. A observação de Roxin¹⁵ é nesse sentido, vejamos:

Si el autor no conoce los presupuestos de la posición de garante, no estaremos en presencia de un error de tipo común, que dejaría abierta la consideración de la punibilidad por el delito culposos, sino que faltará un presupuesto del deber de evitar el resultado. El autor quedará absuelto¹⁶

Não podemos deixar anotar algumas críticas doutrinárias. Com efeito, fala-se que nem todos os tipos de omissão imprópria encontram-se expressos na lei, já que seria impossível tipificar legalmente todas as hipóteses em que o agente na posição de garante haja com sua conduta

14 “O Tribunal aceita neste julgamento as limitações à ideia de interferência desenvolvida pela doutrina: a) o ato precedente deve ter causado um perigo imediato de dano (adequação); b) uma relação ofensiva também é necessária de dever entre a violação da norma e o resultado, no sentido de que a violação do dever deve consistir na lesão de uma norma que se dirige justamente à proteção do ativo legal específico afetado; c) finalmente o comportamento anterior deve certamente ser contrário ao dever, então um comportamento anterior de acordo com a lei não fundamenta, em princípio, uma posição de garante.” (tradução nossa)

15 ROXIN, Claus. **Teoría del Tipo Penal**: tipos abiertos y elementos del deber jurídico. Buenos Aires: Editorial B de F, 2019. (Colección: Maestros del Derecho Penal, n° 42). Tradução Prof. Enrique Bacigalupo, p. 54.

16 “Se o autor não conhece os pressupostos da posição de garante, não estaremos na presença de um erro de tipo comum, que deixaria em aberto a consideração da punibilidade pelo delito culposos, senão que faltará um pressuposto do dever de evitar o resultado. O autor será absolvido.” (tradução nossa)

distinta da devida equivalente à causação do resultado típico. Por todos, Zaffaroni e Pierangeli¹⁷ condensam eventuais problemas relacionados à omissão imprópria:

Trata-se-ia de um caso similar à culpa, e, portanto, não restaria outro recurso senão considerar que praticamente detrás de todos os tipos ativos há uma espécie de ‘falsete’, que é o tipo omissivo equivalente não escrito, que funciona como um tipo aberto e que o juiz tem que fechar, em cada caso, com a norma que coloca o autor na posição de garante.

Cria-se, com isso, uma questão extremamente séria porque, por um lado, é verdade que é praticamente impossível prever todas as hipóteses em que o autor se encontre numa posição jurídica tal que a realização de uma conduta causadora do resultado típico; mas, por outro lado, também é verdade que a segurança jurídica sofre um sério menosprezo com a admissão dos tipos omissivos não expressos. Tem-se a impressão de que o princípio da legalidade passa a sofrer uma importante exceção, embora, de outra parte, também se tenha a impressão de que a admissão dos tipos omissivos impróprios não expressos não faz mais do que esgotar o conteúdo proibitivo do tipo ativo, que de modo algum quis deixar certas condutas fora da proibição.

Traçadas os conceitos, limites e parâmetros pela dogmática penal para responsabilização individual em delitos econômico-empresariais, vejamos o tratamento dado pelo Ministério Público no “Caso Samarco”, referido no início deste trabalho.

2. O CASO SAMARCO

2.1. Considerações Iniciais

Passemos agora a tecer algumas considerações a respeito da denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal (MPF) contra diversas pessoas físicas em razão do desastre ambiental de Mariana e a poluição do Rio Doce nos estados de Minas Gerais e Espírito Santo, denominado “Caso Samarco”, dada a gravidade e a extensão

¹⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 543.

dos danos produzidos, cujos efeitos foram sentidos por milhares de pessoas em diversos municípios dos estados de Minas Gerais e Espírito Santo, resultando em mortes e lesões de diversas pessoas, residências destruídas, comunidades inteiras desabrigadas, população desassistida de água potável, assim como a eventual perpetuação de atividades igualmente arriscadas pelas empresas envolvidas.

De maneira geral, o parâmetro empregado pelo órgão de acusação consistiu na tradicional omissão penalmente relevante e na posição de garantia estabelecida no art. 13, §2º, do Código Penal Brasileiro. A presente exposição irá assinalar como foram estruturadas as imputações para as pessoas físicas, destacando o nexos causal entre o resultado naturalístico e o dever jurídico de agir próprio das condutas omissivas impróprias, observando os contornos e os limites do princípio da confiança e do nexos causal (relevância causal) e a proibição de regresso. Ademais, será indicado o dever jurídico apontado pelo MPF para fins de responsabilização penal individual dos agentes, indicando se há previsão normativa (lei) e/ou atos constitutivos da pessoa jurídica para criação de dever de atuar.

De modo geral, foram denunciadas as pessoas que, atuando na condição de diretores, administradores, membros de conselhos e de órgãos técnicos, gerentes, empregados, prepostos, mandatários ou contratados da empresas VALE, da BHP e da SAMARCO, e tendo conhecimento dos diversos problemas, falhas ou “não conformidades” operacionais e do progressivo incremento da situação típica de risco, mesmo devendo e podendo agir para evitar o rompimento da barragem de Fundão e os resultados penalmente desvalorados, deixaram de impedi-los e de evitá-los. Para esses agentes, foram imputados os seguintes delitos: do art. 13, § 2º, alínea “a”, art. 18, I, e art. 70, do Código Penal c/c art. 2º da Lei nº 9.605/98, nas figuras típicas dos artigos 121, §2º, I, III e IV, art. 129 c/c §1º, incisos I e III, c/c §7º, art. 254 e art. 256, todos do Código Penal, e nos artigos 29, *caput*, §1º, incisos I e II, § 4º, incisos I, III, V e VI, art. 33, art. 38, art. 38-A, art. 40, *caput*, §2º, art. 49, art. 50, art. 53, incisos I e II, alíneas “c”, “d” e “e”, art. 54, § 2º, incisos I, III, IV e V c/c art. 58, inciso I, art. 62, inciso I, todos da Lei nº 9.605/98, e em concurso material (art. 69, CP) com

os crimes previstos nos arts. 68, 69 e 69-A da Lei nº 9.605/95, esses últimos na forma do art. 70, CP, entre si.

A responsabilidade penal das pessoas jurídicas envolvidas (VALE, da BHP e da SAMARCO) não será explorada, uma vez que fugiria do escopo proposto deste trabalho.

O ponto nevrálgico do “Caso Samarco” consiste na gestão dos rejeitos minerais e na ausência de um plano eficaz de contenção. Nesse ponto, destaca Fernanda Miquelussi da Silva¹⁸:

O fator que torna ainda mais complicada a situação das mineradoras é a ausência de um plano eficaz de contenção: com efeito, qualquer local onde se armazenam efluentes tóxicos deve instalar bacias de contenção para o caso de vazamentos e o que se viu foi a ausência de um sistema de segurança.

Igualmente, o MPF fez largo emprego dos dispositivos Estatutários das empresas envolvidas e da Lei da Sociedade por Ações (Lei nº 6.404/76), para melhor definir as diversas estruturas organizacionais das pessoas jurídicas envolvidas, suas competências e responsabilidades, vinculando tais dispositivos ao dever de agir e posição de garante da legislação penal. Essa estratégia de atuação, por assim dizer, encontra ressonância nas lições de Tiedemann¹⁹, ao ressaltar que a responsabilização do garante deve observar a teoria da imputação objetiva e o risco criado de forma ilícita:

Más importante es determinar quién ‘actúa’ como directivo, órgano o representante de la persona jurídica especialmente em los casos en que estas personas no realizan un comportamiento activo sino omissivo. Junto al problema dogmático de la posición de garante de estas personas existe el problema legislativo de reconocer y establecer un deber de vigilancia, deber

18 SILVA, Fernanda Miquelussi da. O Direito Penal e as Posições de garante: Tragédia Do Rio Doce. In: GUARAGNI, Fábio André; BACH, Marion (org.). **Direito penal econômico**: administrativização do direito penal, criminal compliance e outros temas contemporâneos. Londrina: Thoth, 2017. p. 101-118. Disponível em: <<https://editorathoth.com.br/produto/ebook/-direito-penal-economico/50>>. Acesso em: 17 fev. 2021, p. 113.

19 TIEDEMANN, Klaus. **Lecciones de Derecho Penal Económico**: comunitário, espanhol, alemán. Barcelona: Ppu S. A., 1993, p. 169. “Mais importante é determinar quem ‘atua’ como gestor, órgão ou representante da pessoa jurídica, especialmente nos casos em que essas pessoas não realizam um comportamento ativo, mas omissivo. Ao lado do problema dogmático da posição de fiador dessas pessoas, há o problema legislativo de reconhecer e estabelecer um dever de vigilância, dever que se distingue da participação por omissão pelo grau de conhecimento que o gestor tem do fato de que ele tem que prevenir.” (tradução nossa)

que se distingue de la participación por omisión por el grado de conocimiento que el directivo tenga del hecho que tiene que impedir.

A acusação contra diversos integrantes dos mais diversos níveis das estruturas das organizações empresariais mineradoras envolvidas na tragédia de Mariana, em contexto de coautoria, respeitando o princípio da divisão de trabalho e o princípio da confiança permitida em atividades de riscos, harmonizou-se com o princípio da autorresponsabilidade da intervenção penal em contexto de várias pessoas no mesmo fato. A esse respeito vaticina Díez²⁰:

A modo de síntesis, cabría indicar que la existencia de una organización estructurada fundamentalmente en el régimen de división de trabajo fundamenta la vinculación de las aportaciones de los distintos partícipes, debiendo atenderse a la unidad de sentido global que adquieren dichas aportaciones en virtud de la vinculación referida y del peso cuantitativo de cada una de ellas. En este sentido, la imputación objetiva se constituye en un criterio decisivo para determinar normativamente cuándo existe una vinculación comunicativamente relevante entre las distintas aportaciones.

Feitas essas considerações gerais, vejamos detalhadamente como foram atribuídas as responsabilizações aos agentes envolvidos.

2.2. A responsabilização penal dos membros do Conselho de Administração

O Conselho de Administração teria exercido, ao longo do tempo, o posto de alta administração da SAMARCO, integrado por representante da VALE e BHP, sendo o órgão responsável pela organização, coordenação e vigilância geral das atividades da empresa, atribuições não passíveis de delegação para outros órgãos empresariais. Para o MPF, o Conselho de Administração tomou conhecimento

²⁰ DÍEZ, Carlos Gómez-Jara. **Cuestiones fundamentales de Derecho penal económico**: parte general y especial. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012. Edição do Kindle. Posição 2124 de 6351. “A título de síntese, pode-se apontar que a existência de uma organização estruturada fundamentalmente no regime de divisão do trabalho estabelece a vinculação das contribuições dos diversos participantes, devendo atentar para a unidade de sentido global que tais contribuições adquirem em virtude da vinculação referida e o peso quantitativo de cada um deles. Nesse sentido, a imputação objetiva constitui um critério decisivo para determinar normativamente quando existe um vínculo comunicativamente relevante entre as diferentes contribuições.” (tradução nossa)

expressamente acerca dos riscos envolvendo a barragem do Fundão, demonstrando documentos técnicos levados à deliberação desse órgão diretivo. Assim, não havia o mero dever jurídico de agir, mas a possibilidade real e física de intervir e evitar o resultado. Vejamos:

O Conselho de Administração foi o grande responsável pela definição da temerária política empresarial de assunção consciente de riscos relacionados à implementação e à operação da barragem de Fundão, priorizando a expansão da produção e os resultados econômicos positivos para os acionistas, mesmo em um cenário econômico extremamente adverso, e à custa de realização de significativos cortes de gastos para atividades relacionadas à gestão dos rejeitos minerários.

Os problemas identificados na barragem de Fundão foram levados diversas vezes ao Conselho de Administração, seja por meio de relatórios específicos de eventos de problemas, falhas ou “não conformidades”, seja por meio de resultados das revisões técnicas realizadas pelo ITRB. Nesses casos, sabendo dos problemas, falhas ou “não conformidades”, os conselheiros deixaram de impedir a sua prática, quando podiam e deviam agir para evitar os resultados lesivos produzidos com o rompimento da barragem de Fundão. Omitiram-se, dessa forma, no seu dever de fiscalizar a gestão dos órgãos a eles subordinados, embora não o fizessem em relação à cobrança dos resultados financeiros da empresa.

E, mesmo nas hipóteses em que determinou a adoção de medidas específicas relacionadas à gestão dos rejeitos produzidos pela SAMARCO, o Conselho omitiu-se em exercer seu poder-dever de vigilância e suas competências organizativas, uma vez que se contentou em receber passivamente informações não condizentes com a crítica realidade operacional da barragem de Fundão transmitidas pelos diretores, K. T. e R. V., ou pelos representantes dos Comitês e Subcomitês de Assessoramento. (nomes próprios suprimidos)

Pela estrutura de imputação da denúncia, os membros do Conselho de Administração, figurando na condição de administradores da empresas mineradoras, teriam deixado de empregar o cuidado e a diligência que todo homem ativo e probo deveria empregar na administração dos seus próprios negócios (na esteira da previsão do

art. 145 c/c art. 153, ambos da Lei nº 6.404/76), nisso consistindo o dever de agir para evitar o rompimento da barragem de Fundão, uma vez que detinham obrigações de cuidado, proteção e vigilância, e teriam se omitido de exercer seus deveres de organização, coordenação e vigilância geral das atividades da empresa, deixando de impedir e de evitar os resultados penalmente desvalorados.

Dentro de uma perspectiva da teoria da imputação objetiva, pelo seu aspecto subjetivo, não mais se exige uma um plano do fato ou mesmo o conhecimento ou acerto entre todos os agentes, bastando, dentro de uma organização empresarial, o conhecimento sobre a repartição das obrigações e deveres. Os membros do Conselho de Administração exercem justamente a coordenação consciente de todas as partes da estrutura organizacional, por encontrar-se no ápice piramidal e concentrar as informações necessárias para a tomada de rumos da empresa. Em tese, considerando o princípio da confiança, entre os membros de um Conselho de Administração, não existiriam deveres de vigilância recíproca, pois haveria uma modulação de algum modo dos deveres de controles, especialmente em razão da divisão de tarefas.

Ademais, os membros do Conselho de Administração, dada a impossibilidade de concentração de todas as informações, em busca de uma gestão mais eficiente da atividade, designariam órgãos especializados para a prevenção dos riscos da atividade. Dessa forma, um conselheiro pode confiar que o outro, dentro do marco de suas atividades, não se comportará de forma delitiva, não exercendo deveres de vigilância. Todavia o conselheiro continuará a ser garante da atividade empresarial como um todo, de maneira que, tão logo tome conhecimento de comportamento delitivo de outro conselheiro no marco das atividades empresariais que deve proteger, ressurgirá sua posição de garante o dever de evitar o resultado criminoso.

No caso concreto examinado, os membros do Conselho de Administração denunciados pelo MPF participaram das reuniões e deliberações em que foram apresentadas, discutidas e apreciadas questões envolvendo os riscos do sistema de disposição de rejeitos, sem

emitir qualquer orientação concreta sobre a questão. Pelo contrário, teriam adotado uma política de contenção de custos visando aumentar os ganhos de produção. Como bem assevera Planas²¹, não é neutra a ação dos conselheiros que adquirem o conhecimento da atuação delitativa de outro ou outros conselheiros: ao fim e ao cabo são garantes.

Nesses termos, parece-nos que os contornos da responsabilização penal individual dos membros do Conselho de Administração das empresas mineradoras envolvidas encontram-se em consonância com a dogmática penal contemporânea.

2.3. A responsabilidade penal dos representantes dos Comitês de Operação e de Desempenho Operacional

De um modo geral, competia aos Comitês aprofundar análises em decisões/controles a serem encaminhadas para o Conselho de Administração; estabelecer disciplinas específicas e recomendações técnicas; assessorar os membros do Conselho no estabelecimento da orientação geral das atividades e nas decisões sobre questões estratégicas. O MPF considerou os seguintes fatores como deveres de atuação dos representantes dos Comitês da Samarco:

Ao Comitê de Desempenho Operacional (em algumas passagens chamado nos documentos internos da SAMARCO de Subcomitê de Gestão de Desempenho ou Subcomitê Performance Management) competia “definir plano de melhoria operacional” e “analisar e monitorar o desempenho operacional da companhia” (art. 33 do Regimento Interno dos Comitês da SAMARCO). Seus membros tinham pleno conhecimento dos problemas, falhas ou “não conformidades” constantemente identificados na barragem de Fundão e, por meio deles, o Conselho de Administração exercia sua função de fiscalização das atividades executadas pelos órgãos subordinados, seja por meio de prestações de contas obrigatórias dos Comitês de Assessoramento para o Conselho, seja por meio da expedição de recomendações do próprio Comitê para a SAMARCO e para o Conselho.

21 PLANAS, Ricardo Robes. Estudo de Dogmática Jurídico Penal: fundamentos, teoria do delito e direito penal econômico. **Coleção Ciência Criminal Contemporânea** - Vol. 6 - Coordenação: Cláudio Brandão. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 242.

O Comitê de Operações, por sua vez, era o órgão ao qual se vinculava o Subcomitê de Desempenho Operacional, competindo a ele “*assessorar o Conselho de Administração em todas as operações e questões técnicas*” (art. 33 do Regimento Interno dos Comitês da SAMARCO). Deve-se enfatizar que todas as informações que chegavam ao Comitê deveriam ser obrigatoriamente transmitidas ao Conselho de Administração, uma vez que era compulsória a participação, em cada comitê, de, ao menos, dois representantes do Conselho de Administração (art. 5º, § 1º do Regimento Interno dos Comitês da SAMARCO).

Para o MPF, os representantes da VALE e da BHP no Comitê de Operações e no Subcomitê de Desempenho Operacional teriam se omitido no exercício dos deveres de assessoramento em questões técnicas e relacionadas à operação da barragem de Fundão, concorrendo para que aqueles que detinham efetivo poder de decisão deixassem de impedir e de evitar os resultados penalmente desvalorados, especialmente ao tomar conhecimento detalhadamente dos aspectos técnicos relacionados aos problemas, falhas ou não conformidades operacionais ocorridos na barragem de Fundão, inclusive da necessidade de remoção da comunidade próxima, e mesmo assim teriam realizado estudos de alternativas para redução dos gastos com projetos de sustentabilidade da operação, desprezando os riscos.

A imputação contra membros de órgão de assessoramento talvez seja o ponto mais tormentoso para a persecução penal, haja vista a necessidade de demonstrar aquelas condutas que criam um risco desaprovado de intervenção no delito daquelas outras que transitam no âmbito do risco permitido, consistindo em ação neutra. Nesse sentido, Planas²² assevera que:

Assim, pode-se concluir que se deverá negar a participação no delito sempre que, não existindo posições jurídicas específicas (também denominadas posições de garantia) para evitar que determinados bens jurídicos ou determinadas atividades passem a fazer parte de projetos delitivos alheios, não se realize uma conduta inequívoca de adaptação ou acoplamento

22 PLANAS, Ricardo Robes. Estudo de Dogmática Jurídico Penal: fundamentos, teoria do delito e direito penal econômico. **Coleção Ciência Criminal Contemporânea** - Vol. 6 - Coordenação: Cláudio Brandão. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 266

ao fato que será cometido. Em especial, haverá que atender a dados objetivos como pontos de apoio para interpretar o sentido da ação em cada contexto. No caso de prestações profissionais, trata-se de condutas que não contém em si mesmas um risco especial de continuação delitiva, isto é, não se podem entender como condutas que se adaptam ao fato que será cometido, mas que se esgotam no standard normativo que define o contexto no qual se verificam.

À mesma conclusão chega Lascurain Sánchez²³:

Los órganos asesores sólo responden como partícipes en los delitos de los administradores o de los ejecutivos si sobrepasan el riesgo permitido (si su asesoramiento no es “neutro”). Se discute si tal cosa depende de criterios subjetivos (el asesor sabe seguro de la utilización delictiva de su asesoramiento), objetivos (el consejo se adapta a un plan delictivo) o mixtos, como sostiene el Tribunal Supremo. La falta de impedimento por parte de asesor del delito que conoce que se va a cometer no es delictiva.”

Na configuração objetiva da conduta no contexto verificado, empregando o contexto dogmático da teoria da imputação objetiva, a denúncia conseguiu identificar, na conduta dos membros dos Comitês, enquanto órgãos de assessoramento do Conselho de Administração das empresas mineradoras, a criação de um risco desaprovado de intervenção no delito. Isso porque indicou-se quais membros dos Comitês participaram de reuniões e deliberações, com detalhamento técnico dos riscos envolvendo a Barragem do Fundão, assim como apontou quais medidas foram adotadas, priorizando a redução de custos para aumento da lucratividade.

²³ LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. La responsabilidad penal individual en los Delitos de Empresa. In: MARTIN, Adan Nieto et al. **Derecho Penal Económico y de la empresa**. Madrid: Dykinson, 2018. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=715283>>. Acesso em: 17 fev. 2021, p. 127-128. “Os órgãos consultivos só respondem como participantes nos crimes de administradores ou executivos se excederem o risco permitido (se seu conselho não for “neutro”). Discute-se se isso depende de critérios subjetivos (o conselheiro sabe com certeza do uso criminoso de seu conselho), objetivos (o conselho se adapta a um plano criminal) ou mistos, como sustenta a Suprema Corte. A falta de impedimento por parte de um assessor criminal que sabe o que vai ser cometido não é criminosa.” (tradução nossa)

2.4. A responsabilidade penal dos Diretores Executivos

Os diretores executivos têm como atribuições, entre outras, o planejamento, a organização, a liderança e o controle de todas as atividades das empresas mineradoras em consonância com os objetivos e as estratégias estabelecidos pelos acionistas, a fim de alcançar as metas de volume e rentabilidade estabelecidos. Ademais, cabia aos diretores executivos a direção de todas as atividades produtivas, pela infraestrutura física e patrimonial, pela gestão de estruturas (tais como barragens pertencentes à organização). Também a eles cabia garantir operações seguras e em conformidade com as questões ambientais, zelando por equipamentos em todas as plantas, assim como assegurando a melhor adequação de infraestrutura disponível.

Para o MPF, a responsabilidade penal dos diretores executivos decorre dos seguintes deveres assumidos:

Além das competências estatutárias inerentes às funções acima descritas, a Diretoria Executiva exercia duas atribuições de protagonismo sobre a gestão das barragens e dos rejeitos da SAMARCO, quais sejam: a) recebiam reportes diretos sobre a situação do Sistema de Rejeitos de Fundão nas reuniões de fechamento do ITRB; b) recebiam reportes e participavam do monitoramento contínuo dos riscos materiais de “falha crítica no processo de operação de barragens” e “falha crítica no processo de implementação de barragens e pilhas de estéril”, conforme previsto no Manual de Riscos Corporativos da SAMARCO (Doc. 20).

Os diretores executivos, na medida que se encontram na camada superior, aparecem como responsáveis naturais dos fatos ocorridos no marco de sua competência, já que o caráter neutro de suas contribuições é praticamente nulo, pois, dentro da organização empresarial, fornece instruções que acarretam diretamente um risco delitivo. A apreciação da autoria das contribuições passa pela identificação dos espaços de risco tolerado, a observação das regras técnicas e os standards próprios de casa setor produtivo, sem prejuízo das regulações jurídicas expressas, como assevera Lascuraín Sánchez²⁴:

²⁴ LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. La responsabilidad penal individual en los Delitos de Empresa. In: MARTÍN, Adan Nieto et al. **Derecho Penal Económico y de la empresa**. Madrid: Dykinson, 2018. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=715283>>. Acesso em: 17 fev. 2021, p. 127. “O administrador de uma empresa pode responder como autor por não prevenir o crime

El administrador de una empresa podrá responder como autor por no impedir el delito de un empleado a favor de la empresa cuando tenga al respecto una posición de garantía por tratarse de un riesgo propio de la actividad productiva de su empresa o por ser el afectado un bien que se había confiado a la misma. Si ha delegado su función de seguridad, incumplirá su deber de garantía si delega mal, si no vigila al delegado o si no le corrige. Si el tipo penal así lo contempla tal responsabilidad podrá serlo por imprudencia. El administrador de la empresa responderá como partícipe omisivo si tolera la comisión de un delito a favor de la empresa en un ámbito en el que la misma no es garante. Si se trata de una decisión colectiva de los administradores, sólo cometen el delito correspondiente quienes la hayan adoptado con su voto. Quienes no voten a favor pero no impidan el delito podrán responder, como autores o como partícipes, si se trata de uno de los delitos respecto a los que tienen un deber de garantía -que no comporta la vigilancia de sus colegas-, y como partícipes, si no tienen tal deber pero se trata de un delito imputable a la persona jurídica.

No caso concreto, os diretores executivos teriam recebido informações sobre a situação das barragens, os riscos envolvidos e as “falha críticas”, incumbindo-lhes a adoção de providências de infraestrutura de maneira a evitar o rompimento da barragem.

2.5. A responsabilidade penal dos gerentes e engenheiros

Nesse nível, temos os profissionais mais especializados, com domínio técnico sobre as condições estruturais das barragens, especialmente a gestão e a segurança da operação das estruturas. O MPF considerou que tocava a esses profissionais a intervenção concreta para evitar o rompimento da barragem, mas não o fizeram:

de funcionário a favor da empresa quando estiver numa posição de garantia porque é um risco da atividade produtiva de sua empresa ou porque foi afetado um bem confiado a ele. Se houve delegação de sua função de segurança, implicará seu dever de garante se delega indevidamente, se não zela pelo delegado ou se não o corrige. Se a infração penal é contemplada como tal, podendo tal responsabilidade dever-se a imprudência. O administrador da empresa responderá como participante omissivo se tolerar a prática de crime a favor da empresa em área em que o em si não é um garante. Se for uma decisão coletiva dos administradores, eles só se comprometem ao crime correspondente que o adotou com o seu voto. Quem não votar a favor, mas não impedir o crime pode responder, como perpetradores ou como participantes, se for um dos crimes com respeito a quem tem um dever de garantia – que não envolve a vigilância dos seus colegas –, e como participantes, se não tiverem tal dever, mas for crime imputável à pessoa jurídica.” (tradução nossa)

Enfim, os gerentes/engenheiros, figurando na condição de profissionais com profissão regulamentada e como responsáveis técnicos pela implementação e operação da barragem de Fundão, deixaram de observar, no exercício de suas funções, princípios éticos e deveres profissionais, como: de utilizar técnicas adequadas; de assegurar os resultados propostos e a qualidade satisfatória nos serviços e produtos; de observar a segurança nos seus procedimentos; de prezar pelo desenvolvimento sustentável na intervenção sobre os ambientes natural e construído, e na incolumidade das pessoas, de seus bens e de seus valores e de alertar plenamente seus empregadores dos riscos e responsabilidades relativos às prescrições técnicas e às consequências presumíveis de sua inobservância.

Nesse ponto, não residem tantas discussões, pois não houve o mero trânsito da atividade laboral, ou uma ação neutra, pois os agentes tornaram-se parte integrante do fato, sendo este penalmente relevante. Isso porque cabia a eles assegurarem a disponibilidade de áreas/estruturas para disposição de rejeitos ao longo da vida útil da SAMARCO, deterem responsabilidades internamente fixadas relacionadas à gestão e à segurança da barragem de Fundão, pois eram os Responsáveis Técnicos (RTs) pela sua segurança e operação.

Assim, Lascuraín Sánchez vaticina que *“los órganos ejecutivos responderán como autores por un delito no evitado en la medida en la que se trate de un ámbito de garantía cuyo control se les haya delegado”*.²⁵

CONCLUSÃO

A sociedade moderna trouxe sem dúvidas novos riscos, representados, muitas vezes, pelo exercício de atividades econômicas desenvolvidas por sociedades empresariais complexas. As externalidades decorrentes dessas atividades possuem um custo social

²⁵ LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. La responsabilidad penal individual en los Delitos de Empresa. In: MARTÍN, Adan Nieto et al. **Derecho Penal Económico y de la empresa**. Madrid: Dykinson, 2018. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=715283>>. Acesso em: 17 fev. 2021, p. 127. “Os órgãos executivos responderão como perpetradores de um crime que não evitadas na medida em que se trata de uma área de garantia cujo controle lhes foi delegado.” (tradução nossa)

cada vez maior, atingindo grandes agrupamentos populacionais ao mesmo tempo.

A legislação, em especial a legislação penal, tenta acompanhar a proteção desses bens jurídicos coletivos postos a perigos pelas atividades empresariais. A dogmática penal busca compreender esse fenômeno, sobrepesando a proteção suficiente em matéria de segurança pública, mas sem descuidar dos marcos garantistas do Estado Democrático de Direito. Assim trata-se de buscar fundamentos idôneos para embasar a responsabilidade penal das pessoas físicas nos delitos econômicos no âmbito empresarial.

Com efeito, a extrema divisão e especialização dos níveis de trabalho tornam difícil identificar as posições de tomada de decisão, execução e fiscalização dos núcleos tradicionais do marco empresarial. A resposta jurídica penal deve passar por critérios claros de imputação, para a um só tempo possibilitar a responsabilização de agentes por graves crimes econômicos, mas também obedecer a critérios de imputação individualizada de condutas.

Apresentado esse quadro geral da política criminal, a apresentação de um caso de grande repercussão internacional, ocorrido em solo brasileiro, como foi o denominado “Caso Samarco”, mostra-se exemplar para criar-se um norte argumentativo e prático para fins de imputação de condutas criminosas envolvendo delitos econômicos de grande repercussão social. Nesse caso, o empréstimo de conceitos jurídicos de outros ramos do direito, notadamente o Direito Empresarial, possibilita pontuar os deveres legais nos vários níveis de um contexto empresarial complexo.

A condução probatória, em termos processuais, passa, portanto, pela demonstração da identificação do cargo ocupado pelo agente, quais responsabilidades legais e estatutárias são inerentes ao cargo, se a atividade que fomentou ao risco perpassa pela sua responsabilidade e conhecimento, nível de informação, e quais providências foram efetivamente adotadas para mitigar esse risco.

REFERÊNCIAS

- BACIGALUPO, Enrique. **Direito Penal**: parte geral. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. Tradução de André Estefam. Revisão, prólogo e notas de Edilson Mougenot Bonfim.
- BONFIM, Edilson Mougenot; CAPEZ, Fernando. **Direito Penal**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BRASIL. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Caso Samarco**. 2015. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-samarco>>. Acesso em: 24 abr. 2021.
- CERVINI, Raúl. Derecho Penal Económico. Ámbitos Complejos de Imputación. Responsabilidad penal en el marco de la gestión organizacional Flexible (Fom). In: PEDROSO, Fernando Gentil Gizzi de Almeida; HERNANDES, Luiz Eduardo Camargo Outeiro (org.). **Direito Penal Econômico**: temas essenciais para a compreensão da macrocriminalidade atual. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 572.
- CRESPO, Eduardo Demetrio. Responsabilidad Penal por omisión de los directivos de las empresas. Cap. 5, p. 191-230. In: PUERTO, Ricardo Preda del (org.). **Apuntes de Derecho Penal Económico III**. Assunção/Paraguai: Iced, 2013. Disponível em: <https://www.academia.edu/40639658/Apuntes_de_Derecho_Penal_Economico_III_pdf>. Acesso em: 31 mar. 2021.
- DÍEZ, Carlos Gómez-Jara. **Cuestiones fundamentales de Derecho penal económico**: parte general y especial. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012. (Edição do Kindle).
- FELJOÓ SANCHEZ, Bernardo. Autoria e participação em Organizações Empresariais Complexas. Tradução de Vânia Costa Ramos. **Revista Liberdades**: Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, n. 9, p. 26-57, abr. 2012.
- JAKOBS, Günther. **Tratado de Direito Penal**: teoria do injusto penal e culpabilidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. 850 p. (Coleção Del Rey Internacional). Apresentador: Eugênio Pacelli de Oliveira.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. La responsabilidad penal individual en los Delitos de Empresa. In: MARTIN, Adan Nieto et al. **Derecho Penal Económico y de la empresa**. Madrid: Dykinson, 2018. p. 760. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=715283>>. Acesso em: 17 fev. 2021.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2020. Tradução de Rachel Sztajn.

PLANAS, Ricardo Robes. Estudo de Dogmática Jurídico Penal: fundamentos, teoria do delito e direito penal econômico. **Coleção Ciência Criminal Contemporânea** - Vol. 6 - Coordenação: Cláudio Brandão. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

RODRIGUES, Anabela Miranda. **Direito Penal Econômico: Uma Política Criminal na Era de Compliance**. 2ª Edição. Coimbra: Almedina. 2020. Edição do Kindle.

ROXIN, Claus. **Teoría del Tipo Penal: tipos abiertos y elementos del deber jurídico**. Buenos Aires: Editorial B de F, 2019. (Colección: Maestros del Derecho Penal, nº 42). Tradução Prof. Enrique Bacigalupo.

SILVA, Fernanda Miquelussi da. O Direito Penal e as Posições de garante: Tragédia Do Rio Doce. In: GUARAGNI, Fábio André; BACH, Marion (org.). **Direito penal econômico: administrativização do direito penal, criminal compliance e outros temas contemporâneos**. Londrina: Thoth, 2017. p. 101-118. Disponível em: <<https://editorathoth.com.br/produto/ebook/-direito-penal-economico/50>>. Acesso em: 17 fev. 2021.

TIEDEMANN, Klaus. **Lecciones de Derecho Penal Económico**: (comunitário, espanhol, alemán). Barcelona: Ppu S. A., 1993.

TIEDEMANN, Klaus. **Poder Económico y Delito**: introducción al derecho penal económico y de la empresa. Barcelona: Ariel S. A., 1985.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.