

CASO SAMARCO: UMA ANÁLISE ÉTICO-JURÍDICA DA RESPONSABILIZAÇÃO POR OMISSÃO IMPRÓPRIA DO CORPO EXECUTIVO COMO GARANTE

Cyro Eduardo Blatter Moreira¹

Elda Coelho de Azevedo Bussinguer²

Resumo: O rompimento da barragem de rejeitos de Fundão, em Mariana, Minas Gerais, expôs ao Brasil as condições criminosas no trato da segurança e monitoramento daquela instalação privada. Com uma visão míope de atingimento de lucros para acionistas e bonificações para seus executivos, a qualquer custo e sem freios éticos, a Samarco e suas controladoras (Vale S/A e Billiton), continuamente, descumpriram leis e normas técnicas, apesar de inúmeras vezes alertadas sobre riscos e possibilidades de desastres de grande magnitude. Diante dessa situação questiona-se: em que medida o Corpo Executivo da Samarco pode ser responsabilizado como *Garante* nas mortes ocorridas no rompimento da barragem de fundão? Neste sentido, após a apresentação do cenário em que ocorreu o desastre e o *modus operandi* das grandes corporações, em especial, da Samarco, foi descrito o embasamento teórico sobre a figura do garante no Direito Penal brasileiro, analisando a aplicação desta teoria ao caso da barragem de Fundão, propondo enquadramentos penais para

¹ Doutorando em Direitos e Garantias Fundamentais (FDV/ES). Mestre em Segurança Pública (UVV/ES). Promotor de Justiça no Estado de Alagoas.

² Livre Docente pela Universidade do Rio de Janeiro (UniRio). Pós Doutora pela UFRJ. Doutora em Bioética pela Universidade de Brasília (UnB). Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Coordenadora e Professora do Programa de Pós Graduação em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Editora da Revista Direitos e Garantias Fundamentais.

responsabilização do Corpo Executivo da empresa relativo as mortes provocadas pela omissão da Samarco. Conclui-se que os executivos com poderes decisórios vinculados a barragens, bem como o corpo técnico e até mesmo os agentes públicos omissos devem responder penalmente pelas mortes causadas pelo rompimento da barragem de rejeitos de Mariana. Trata-se de uma pesquisa exploratória, descritiva, de matriz dialética que se propôs a realizar investigação bibliográfica, legislativa e documental sobre o tema ora analisado.

Palavras-Chave: Samarco. Catástrofe Mariana. Rompimento. Barragem de Fundão.

SAMARCO CASE: AN ETHICAL-LEGAL ANALYSIS OF THE LIABILITY FOR IMPROPER OMISSION OF THE EXECUTIVE BODY AS GUARANTOR

Abstract: The breach of the Fundão tailings dam in Mariana, Minas Gerais, exposed to Brazil the criminal conditions in the security and monitoring of that private facility. With a short-sighted vision for achieving profit for shareholders and bonuses for its executives at all costs and without ethical constraints, Samarco and its controlling shareholders (Vale S/A and Billiton) have continually failed to comply with laws and technical standards, despite warnings of major disaster risks. Given this situation we ask: to what extent can the Samarco Executive Body be held responsible as Guarantor in the deaths that occurred in the breach of the fundão dam? In this regard, after presenting the scenario in which the disaster occurred and the *modus operandi* of large corporations, especially Samarco, we describe the theoretical basis on the guarantor figure in Brazilian Criminal Law, analyzing the application of this theory to the case of the dam Fundão, proposing criminal frameworks for holding the company's executive body responsible for the deaths caused by

Samarco's omission. We conclude that executives with dam-related decision-making powers, as well as staff and even public officials should be held criminally responsible for the deaths caused by the Mariana tailings dam disruption. Finally, it is a qualitative, exploratory, descriptive and dialectical matrix research that proposed to execute bibliographical, legislative and documentary research on the subject under analysis.

Keywords: Samarco. Mariana catastrophe. Disruption. Fundão Dam.

INTRODUÇÃO



termo Mineração nos remete, intuitivamente, a ação de extração de minérios no solo e no subsolo, sendo atividade predominantemente de cunho econômico, respondendo por cerca de 3,7% do PIB do Brasil, dos quais 1,4% diretamente na extração mineral (IBRAM, 2018, p. 34).

Tal atividade é bem marcada em três modalidades que são: a) o exploracionismo – onde não há qualquer preocupação com o meio ambiente, tudo visando a maximização dos lucros; b) o conservacionismo – que busca explorações sustentáveis; e c) o preservacionismo – que mantém viva preocupação ambiental. No caso brasileiro, a indústria mineradora extrativista pode ser associada às práticas exploracionistas, ou seja, foco único e exclusivo no lucro em detrimento das pessoas, do ambiente e mesmo da ética corporativa (VIEIRA, 2011, p.11-12).

Mesmo se considerando que tal atividade é essencial para o desenvolvimento do país, pois é insumo para o fabrico de bens de várias naturezas, a redução ou até a eliminação das barreiras ético-corporativas conduz a um estado latente de anomias sejam morais sejam jurídicas, ou seja, os fins justificam os meios, e a única finalidade é o lucro derivado da espoliação realizada com

a extração destes minérios.

Tais indústrias, pela forma de extração e manuseio, terminam por ser as maiores produtoras de resíduos do mundo, exigindo constante manuseio de rejeitos e seu armazenamento nem sempre seguro.

Neste sentido, as extrações geram materiais de baixo valor agregado, além de rejeitos oriundos de processos de beneficiamento que necessitam ser relocados e armazenados em locais definitivos (FERREIRA, 2016, p. 1).

Por outro lado, o sistema econômico e os arranjos sociais atuais, voltados quase que exclusivamente para a iniciativa privada e a maximização do lucro, causam a destruição do planeta, dos valores humanos e sociais (PEGADO&BAROSA, 2013, p. 52).

Nesta linha, como observou Leff (2009, p.84-85), a busca exacerbada de valores monetários agregada a prestígio pessoal e poder termina por corroer diversos sentimentos tais como coesão, convivência e até mesmo solidariedade.

A junção do pensamento de Pegado & Barbosa com o de Leff, traça o perfil da Samarco trazendo à discussão as falhas do sistema, eminentemente capitalista, sem freios sociais, que resultaram na devastação da riqueza natural associada a visão única de lucros sem qualquer responsabilidade socio-cultural-ambiental.

Inicialmente tida como fonte de riqueza e progresso para o povo brasileiro e, em particular, para as áreas onde se instalaram, os polos desta indústria extrativista, vem se tornando um problema na medida que pouco se preocupam com os danos e a recuperação ambiental, com a vida e a saúde das pessoas, da fauna e da flora, bem como com o rastro de destruição que promovem.

O rompimento da barragem de Fundão, esta de responsabilidade exclusiva da empresa Samarco e de suas controladoras Billiton Ltda e Vale S/A, acendeu um sinal vermelho para o

potencial destrutivo de tal atividade empresarial, bem como clareou, de forma límpida, o descompromisso ético, moral e jurídico em tais segmentos que terminaram por desaguar em ganância por lucros dissociados de responsabilidades sociais, desprezando normas civis e criminais de todas as espécies.

A atividade industrial, é, de modo geral, bem-vinda no amplo espectro social, particularmente em país pobre, com mais de 210 milhões de pessoas (IBGE, 2019) e com um contingente de quase 14 milhões de desempregados (IBGE, 2019a), mas as regras sociais, as funções ético-sociais, e a própria autorização para a exploração de recursos naturais, em tese, de todos, tem que ser rigorosamente observada pelos empresários e fiscalizada pelo poder público.

Assim, surge o seguinte problema: em que medida o Corpo Executivo da Samarco pode ser tido como *Garante* nas mortes ocorridas no rompimento da barragem de fundão? Neste contexto, quais são os possíveis enquadramentos criminais em relação a tais mortes?

Para tanto, foi analisada a figura de “*Garante*” do Código Penal Brasileiro e sua aplicabilidade ao caso Samarco. Posteriormente, foram expostos os elementos característicos da omissão imprópria e sua possível imputação a Diretores e gestores da Samarco, bem como a responsabilidade criminal do Conselho de Administração³ da referida empresa. Por fim, foram propostos os possíveis enquadramentos criminais com respectivas dosimetrias de penas.

Trata-se de pesquisa exploratória, descritiva e de matriz dialética que se propõe a realizar investigação bibliográfica, legislativa e documental com o fito de aferir responsabilidades de cunho penal dos responsáveis da Samarco no episódio de Mariana.

³ Órgão da Administração Superior com poderes deliberativos sobre as funções executivas e norte empresarial

1 CENÁRIO DE ESTUDO

A barragem da empresa mineradora Samarco situada no município de Mariana, especificamente no subdistrito de Bento Rodrigues, localizada no Estado de Minas Gerais, rompeu ao entardecer do dia 5 de novembro de 2015. Tratava-se de uma barragem de rejeitos da mina de Germano, denominada de “Fundão”, que tinha como função reter os rejeitos de minério de ferro e sílica explorados pela empresa e que não possuíam interesse comercial.

A empresa Samarco Mineração é uma sociedade anônima fundada em 1977 e atualmente controlada por uma *joint-venture*⁴ entre a Vale S.A. e a BHP Billiton, esta uma empresa multinacional anglo-australiana, com lucro superior a US\$ 13,3 bilhões no período 2010/2014 (RAMALHOSO, 2015, p. 1).

Em consulta pública ao site da Samarco (2020, p.1) verifica-se que a Governança Corporativa é formada pelas empresas BHP Billiton Brasil Ltda e Vale S/A com 50% das ações para cada uma, e por um Conselho de Administração que é um órgão deliberativo e colegiado que conduz os destinos da empresa.

Considerado, até então, o maior desastre industrial-ambiental na história brasileira, o rompimento de Fundão expõe o descaso em relação a segurança de barragens no Brasil, de onde foram despejados cerca de 39 milhões m³ de lama, não havendo nenhum registro de algo similar no mundo. A lama atingiu ainda os vilarejos de Paracatu de Baixo, Camargos, Águas Claras, Pedras, Ponte do Gama e Gesteira, além dos Municípios de Barra Longa/MG, Rio Doce/MG e Santa Cruz do Escalvado/MG, prosseguindo até o Estado do Espírito Santo (MPF, 2016, p. 13).

Na barragem de Fundão era utilizado o alteamento a montante, método no qual a barreira de contenção recebe

⁴ É uma expressão inglesa significando a união de duas ou mais empresas anteriormente constituídas com objetivo de explorar atividade econômica em conjunto, visando lucro.

camadas do próprio material do rejeito da mineração. Nessa instalação, a elevação do reservatório já chegava próximo ao seu limite, mas, com uma velocidade média de alteamento de 12,30 m/ano versus uma taxa sugerida academicamente entre 4,6 m/ano e 9,1 m/ano visando a garantir a dissipação por poropressão⁵ durante o processo de alteamento e por consequência a integridade da construção (MACHADO, 2017, p. 53).

Em termos técnicos, o método de alteamento a montante, considerado simples e barato, está sujeito ao fenômeno da liquefação estática⁶ sendo alvo de severas investigações ao redor do mundo por possuírem graves probabilidades destrutivas quando da sua ocorrência, com perdas de vidas e severos danos ambientais. Existem registros de rupturas de barragens tais como: barragem de Merriespruit (África do Sul), barragem da mina de Sullivan (Canadá), barragem Los Frailes (Espanha), barragens de Fernandinho e Pico de São Luiz (Brasil), entre outras (MATURANO RAFAEL, 2012, p. 19).

Numa empresa, com suposta expertise de extração e manuseio de rejeitos de minérios, era razoável esperar toda uma base de conhecimentos adquiridos por seus técnicos em relação aos riscos da construção e operação de barragens a monte, vez que a própria literatura disponível já alertava para os riscos potenciais deste tipo de construção.

A descida furiosa da lama produzida pelo descaso da Samarco, como numa visão apocalíptica ou mesmo uma revisitação ao inferno de Dante, ceifou 19 vidas, arrasou 200 (duzentas) cidades e vilarejos e, principalmente, matou a esperança de centenas de famílias que mantinham uma relação de afetividade enraizada naquelas áreas que hoje se tornaram apenas um mar de lama.

⁵ É a pressão que o fluido exerce no interior dos poros dos elementos porosos como os solos e as rochas.

⁶ Trata-se de um fenômeno iniciado por carregamentos estáticos como: sobrecarga, aumento repentino da superfície freática, elevada precipitação pluviométrica, dentre outros.

As graves consequências advindas daquele rompimento da barragem, não passaram despercebidas por Bussinquer&Silva (2019, p.1), que relatam inundação de difícil mensuração de rejeitos de minério de ferro, atingindo e modificando vidas, culturas, história, saberes e sonhos de cidadãos, ou seja, a destruição de uma história de vida, violando gravemente Direitos Fundamentais, os quais são irreparáveis e com poucas chances de retornarem ao *status quo* original.

Quaisquer barragens de rejeitos necessitam ter *cartas de risco* que são documentos que contém as margens de segurança consideradas mínimas para a operação segura de tais instalações de contenção. Boa parte deste documento técnico se baseia na formação geológica dos terrenos onde se erguem tais barragens, e desde 2014 a empresa externa VOGBR indicou para a direção da Samarco (conforme documentos acostados nos autos da denúncia criminal, através dos Procedimentos Investigatórios Criminais (PIC)- MPF n.º 1.22.000.003490/2015-78 e n.º 1.22.000.000003/2016-04., que, em pelo menos duas oportunidades, ficou patente a necessidade de atualização dos riscos da estrutura face aos contínuos alteamentos realizados (MPF, 2016, p. 157).

Carta de Risco é um documento que, no caso da Samarco, aponta as faixas de tolerância de leitura admitidas no monitoramento e controle de uma barragem, considerando condições de contorno, tais como a topografia, a altimetria, o tipo e características geotécnicas e hidrogeológicas, hidrologia, dentre outras. Na data de rompimento, tal Carta se subdividia em Risco por Colmatação e por Estabilidade dos Taludes e foram assinadas pela empresa GeoFast em agosto/2013, data esta de última atualização do documento (MPF, 2016, p. 156).

Nada foi feito! A estrutura cedeu sem que a Samarco, por seus gestores tivesse tomado providências face aos relatórios técnicos anteriores, provavelmente por envolver altos custos de implementação, assumindo, assim, o total risco das eventuais

consequências, nem mesmo um plano de contingência para a evacuação dos habitantes das regiões atingidas existia.

Risco nas palavras de Giorgi (2008, p.39) “é um tipo de realidade da ameaça ou um tipo de ameaça da realidade conservada silenciosamente. Se não existisse essa ameaça, a ordem continuaria a subsistir”, sendo que nesta tragédia a Samarco optou por ignorar a ameaça da realidade e manteve-se imóvel.

Por outro lado, apesar de não ser objeto deste artigo, há de ressaltar-se que o Poder Público, tanto federal, quanto estadual e até mesmo municipal, com seus poderes de polícia e regulamentar, também concorreram para o evento, na medida em que se omitiram na rigorosa fiscalização que deveria ter ocorrido, o que não tem o condão de abrandar ou mesmo minimizar as responsabilidades dos gestores da empresa, podendo, eventualmente, ocorrer chamamento de agentes do Estado para que componham o quadro de responsabilidades a serem imputadas.

No Brasil, a questão de segurança das barragens está disciplinada na Lei nº 12.334, de 20 de setembro de 2010 – que trata da Política Nacional de Segurança de Barragens.

Além desta, as Leis nº 9.605 de 12 de fevereiro de 1998 – Crimes Ambientais, a Lei nº 6.938 de 31 de agosto de 1981 - Política Nacional do Meio Ambiente, a Lei nº 12.608 de 10 de abril de 2012 - Política Nacional de Proteção e Defesa Civil, além de atos regulamentares da Agência Nacional de Mineração, da Agência Nacional de Águas e do Conselho Nacional de Recursos Hídricos, também se relacionam com a temática, mas com aplicação subsidiária.

A Lei nº 12.334/10 estabelece as normas da política de segurança de barragens destinadas: “à acumulação de água para quaisquer usos, à disposição final ou temporária de rejeitos e à acumulação de resíduos industriais”, definindo barragem, como sendo “qualquer estrutura em um curso de água, permanente ou temporário para fins de contenção ou acumulação de substâncias líquidas ou de misturas de líquidos e sólidos, compreendendo o

barramento e as estruturas associadas”; segurança de barragem “como conjunto de medidas que visem a manter a integridade estrutural e operacional da barragem e a preservação da vida, da saúde, da propriedade e do meio ambiente”. Conceituando, por fim, o empreendedor que é aquele que “possui direito real sobre as terras onde se localizam a barragem e o reservatório ou que explore a barragem para benefício próprio ou da coletividade”, sendo o “responsável legal pela segurança da barragem, cabendo-lhe o desenvolvimento de ações para garanti-la”.

A referida lei, em seu artigo 17, traz um rol mínimo com as obrigações daqueles que, de forma direta ou indireta, auferem lucros na operação de tais instalações, dentre as quais: “prover os recursos necessários a segurança da barragem; informar aos órgãos fiscalizadores alteração que possa comprometer a sua segurança, mantendo serviço especializado em segurança de barragem; providenciar a elaboração e atualização do Plano de Segurança da Barragem e manter registros dos níveis dos reservatórios, com a respectiva correspondência em volume armazenado, bem como das características químicas e físicas do fluido armazenado, conforme estabelecido pelo órgão fiscalizador”.

Dessa forma, a Política Nacional de Segurança de Barragens criada pela Lei nº 12.334/10 estabelece, de maneira inequívoca, a atribuição de responsabilidade legal pela instalação e controle de segurança da barragem, no presente caso, a mineradora Samarco e seus prepostos.

Ao lado das responsabilidades administrativas e cíveis, e tão importante quanto, ou maior ainda, insere-se a responsabilização penal, etapa esta onde serão aferidas as condutas que resultaram em mortes.

2 O *MODUS OPERANDI* DE GESTÃO EMPRESARIAL DAS GRANDES CORPORAÇÕES E A ANÁLISE DO CASO SAMARCO

As corporações, sejam multinacionais ou nacionais buscam, incessantemente, ações voltadas exclusivamente para a maximização dos lucros, visando uma remuneração excepcionalmente atraente tanto para o capital investido como também para os salários dos próprios executivos que, de forma direta ou indireta, desta política, também se locupletam.

O meio ambiente tem relação direta com a função social da propriedade na medida em que as violações aos bens naturais terminam por afrontar um direito fundamental à saúde e a condições ambientais saudáveis.

A não observância aos requisitos de preservação e segurança ambiental, ocasionam graves danos ao ecossistema, enriquecendo proprietários e indústrias poluidoras, com o único objetivo de lucratividade, gerando significativas distorções sociais, inclusive a aqueles sem direito algum a terras (VIEIRA, 2005, p.84).

Esta obsessão por valores monetários termina por conduzir a negligências e omissões conscientes, colocando em xeque a saúde moral e ética das empresas e, muitas vezes, conduzem a atos e ações que rapidamente podem se transformar em ilícitudes, que terminam evoluindo em crimes corporativos (FREITAS, 2005, p. 24-25).

O estado de desinteresse pelas condutas éticas corporativas termina por criar fissuras nos valores morais das empresas e seus dirigentes, adotando-se uma “flexibilidade de caráter” em relação a assuntos que, de forma direta, possam refletir na redução de lucros e outros benefícios.

A irracionalidade da busca de resultados financeiros sem barreiras éticas conduz, inevitavelmente, a crimes corporativos, sendo matéria complexa, que, numa abordagem sociológica, além do aspecto puramente jurídico, inclui, além de violações tipicamente criminais, todo um comportamento orquestrado de descumprimento de normas administrativas e civis (MEDEIROS, SILVEIRA, OLIVEIRA, 2018, p. 70-80).

Ressalte-se que, para além de uma questão moral, a probidade e a ética são obrigações legais, tanto dos Conselheiros quanto dos Diretores das sociedades anônimas, ou seja, trata-se de deveres com consequências jurídicas em caso de descumprimento (BRASIL, 1976).

A Lei nº 6.404/76 não comporta qualquer dúvida em relação à equiparação de responsabilidade administrativa, civil e penal entre Diretores, Conselheiros de administração (art. 145) e Executivos que, por qualquer meio, obtiveram parcelas de delegação de garantia em relação à empresa que, na forma da legislação devem empregar o cuidado e diligência na condução de seus negócios (art. 153) (BRASIL, 1976).

Não foi o que aconteceu no rompimento da barragem de Fundão!

A tragédia anunciada da Samarco que, visivelmente, se amolda a flexibilidades éticas para o atingimento de melhores resultados financeiros, demonstra a necessidade de uma resposta estatal, e até mesmo social, de repulsa àqueles que insistem em violar leis, normas e regulamentos com vistas a conquista de valores meramente monetários, devendo a corporação possuir dentre os seus controles de segurança, Cartas de Risco atualizadas.

O manual de riscos corporativos da Samarco previa que no caso de rompimento da barragem de Fundão haveria pelo menos 20 (vinte) mortes, incapacidades ou lesões ao menos em 100 (cem) pessoas, além de danos materiais estimados em U\$ 2,5 bilhões. Logo o rompimento não foi caso fortuito, o conhecimento da problemática existia e o dever de cuidado dos administradores da empresa se consolidava neste conhecimento e possibilidade de agir para impedir o resultado (MPF, 2016, p.185).

Como não foram adotadas as medidas de segurança necessárias, as previsões de risco se concretizaram com espantoso grau de acerto, diante de efetivas 19 mortes, 400 famílias desabrigadas, centenas de pessoas sem ocupação laboral, e mais de

200 (duzentos) municípios atingidos nos Estados de Minas Gerais e Espírito Santo, expondo que a omissão criminosa do corpo dirigente teve participação eficaz no evento morte.

Tal omissão penalmente relevante, está baseada, sempre, em uma norma mandamental, que determina a adoção de um tipo de comportamento positivo ou negativo, ou seja, o agente deixa, conscientemente, de cumprir o que determina a lei, sujeitando-se a incidência de suas sanções (D'ÁVILA, 2005, p. 188/189).

Necessário, portanto, um aprofundamento da análise sobre as responsabilidades criminais das práticas omissivas dos dirigentes da Samarco bem como dos membros do Conselho de Administração referente as mortes ocorridas na condição de garantes.

3 O DIREITO PENAL BRASILEIRO E A FIGURA DO GARANTE

O Direito Penal é construído visando a proteção aos bens jurídicos relevantes, ou seja, no Estado Democrático de Direito tem a finalidade de regular as relações jurídicas a partir de uma função social, delimitando o poder punitivo do Estado, buscando um valor justiça.

Tal Direito não exige de nenhuma pessoa que faça o impossível, nem que busque evitar aquilo que seria inevitável, sendo que deveres jurídicos se encontram em domínio estritamente pessoal, apenas respondendo o indivíduo por aquilo que domina (GONÇALVES, 2019, p. 132).

Para fins penais, as condutas podem ser praticadas de forma comissiva, por meio de um fazer algo, ou omissiva, um não fazer.

A omissão pode ser própria ou imprópria, sendo a primeira um crime comum imputável a qualquer pessoa que, presenciando um fato típico vinculado a norma mandamental, como no caso do art. 135 CP, se omita. Diversamente, a omissão

imprópria aponta para condição especial do agente que, tanto numa situação específica, em que seu comportamento anterior tenha criado risco da ocorrência do resultado, quanto numa posição jurídica de garantidor, tem a obrigação de agir (BOTTINI, 2018, p. 57-58).

A vontade de realização constante no dolo comissivo, no delito omissivo, é substituída pela consciência da situação de perigo ao bem jurídico e do modo eficaz de impedir que a ação se realize (PRADO, 2008, p. 444).

A posição de garantia no direito penal decorre do indissolúvel vínculo formado entre o omitente e o bem jurídico protegido. Contudo, não basta estar apenas em posição de garantia, é imperioso possuir capacidade de ação para evitar o resultado.

Tanto doutrinaria quanto legislativamente, a visualização de delitos omissivos se apresenta numa busca de equiparação entre ação e omissão e não, com foco exclusivo na delimitação do dever de impedir o resultado. Logo, existe uma premência no assento entre o dever propriamente de impedir o resultado e à diferenciação entre ação e omissão (TAVARES, 2012, p.19).

Sustenta Tavares (2012, p. 120) que os delitos omissivos próprios se vinculam a comprovação de descumprimento do dever específico de agir inserido no respectivo tipo legal, logo, a correspondência entre omissão e ação só tem significância nos delitos omissivos impróprios.

O Código Penal Brasileiro delimita a posição de *garante* ou garantidor, existindo enumeração de tais posições em que se busca estabelecer parâmetros legais para a matéria. Assim, na forma do art. 13 § 2º observa-se que o dever de agir aplica-se a quem: a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância, inclusive nas relações afetivas em geral; b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado, através de encargo profissional, contrato ou por vontade aceitou o encargo; c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado, ou seja, tinha sob seu domínio

responsabilidade inequívoca por obstar geração de dano ou perigo (BRASIL, 1940).

O dever de agir a que se refere o art. 13, §2º, do CPB, aponta para uma manifestação do princípio da culpabilidade, afastando responsabilizações penais nos fatos fora de controle do agente, mesmo na hipótese de lesão a bem jurídico sob sua proteção ou referente a fonte de perigo que lhe competia vigiância.

Não existe previsão específica para crimes de omissão imprópria, porém, existe uma absorção implícita na estrutura normativa do tipo ou, então, pela cláusula geral de equiparação prevista no Código Penal (BOTTINI, 2018, p. 62).

Logo, somente na presença de lei, contrato ou ingerência⁷, podem se aperfeiçoar os elementos fundamentais do dever de agir, com vistas a evitar-se um resultado típico. No momento da omissão que tenha como desfecho tal resultado, necessário se avaliar se o agente tinha capacidade e conhecimentos técnicos para atuar, ou seja, se mesmo obrigado a evitar a lesão ao bem tutelado tinha meios idôneos para tal, mesmo que somente derivados de hierarquia ou poder decisório (LACRUZ LÓPEZ, 2004, p. 411-420).

Bottini (2018, p. 79-80) explica existir uma diferença entre os deveres de garantes em: a) deveres de proteção contra-ataques em geral e, b) deveres de controle de risco de bens sob sua guarda. No primeiro grupo existe um dever derivado do fato dos bens jurídicos estarem sob sua responsabilidade direta, sejam objetos ou pessoas, inclusive a proteção de terceiros diante de ações de seus subordinados. No segundo grupo, o dever deriva de condições sociais e familiares sendo também denominados ingerência ou relação de confiança especial, ficando tais bens jurídicos diretamente na influência do garantidor.

Numa visão cognitiva, na estruturação omissiva do dolo,

⁷ Ocorre ingerência quando o sujeito está obrigado a adotar um agir visando evitar o resultado, não permitindo que risco se converta em dano.

necessário o efetivo conhecimento de uma situação típica e inferência sobre a causalidade. Na omissão imprópria, o agente precisa ter consciência de sua qualidade ou condição de garantidor, do mesmo modo, também precisa entender que lhe é possível impedir a produção do resultado, isto é, que tem poder para atuar e interromper a causalidade que produzirá um resultado danoso (ZAFFARONI, PIERANGELI, 2004, p. 519-520).

Característica marcante deste delito é a violação do dever jurídico de impedir o resultado a que se estava obrigado, o que o torna especialíssimo, alcançando apenas os que estavam em posição de *garantes* jurídicos e em específicas situações de perigo concreto, e não evitaram a ocorrência do fato típico.

Então, é possível afirmar-se que a capacidade de ação do agente está implicitamente ligada ao seu poder direto sobre o fato ou, pelo menos, ao seu completo domínio do evento, atuando como verdadeira condicionante tanto na ação como na omissão.

Necessário ressaltar que dentre os deveres de garantidor, mesmo no caso de empresas privadas comerciais, o administrador ou diretor que determina a realização de uma tarefa, tem o dever de fiscalizar sua execução, ou seja, vincula-se a ordem anteriormente emitida (ou até mesmo a ausência dela) para que tal instrução não cause lesão a bem jurídico próprio ou de terceiros (TAVARES, 2012, p. 307).

Nesta linha, salvo excludente em contrário, executivos de empresas de qualquer ramo empresarial se obrigam perante a própria empresa, funcionários e terceiros a garantirem a não ocorrência de lesões aos bens jurídicos, pois, assumiram responsabilidades decorrentes de contratos e possuem amplo domínio do fato operativo e ampla possibilidade de intervenção operacional que vise a evitar e/ou minimizar dos danos.

Quando se fala em agir para evitar resultados, tais ações, na maioria das vezes, não se referem a medidas simples ou economicamente pouco relevantes e de implementação imediata.

Via de regra, em grandes empresas como a Samarco, tais medidas que visam a impedir danos são trabalhosas, influem nos resultados financeiros e não se alinham aos interesses de acionistas e executivos, logo são tidas como inoportunas.

A necessidade de eficiência no mundo dos negócios, direciona que empresas deleguem poderes de gestão a outros executivos além do CEO⁸ e do próprio Conselho de Administração. Ocorre que esta delegação não transfere no todo a responsabilidade enquanto *garante legal*, havendo uma espécie de *reserva de garantia*, de fiscalização e controle, que permanece nas mãos dos executivos principais.

Nesta linha, Bottini (2018, p. 275, 278) aduz que quando um diretor de obras determina a construção (ou manutenção) de uma barragem e o faz sem atenção as normas de cuidado cria um *risco não permitido* e responde como *garante* por ele, mesmo que tenha delegado tal tarefa a outros empregados subalternos, pois tal responsabilidade é personalíssima, sendo que a delegação é um ato de gestão de risco e se insere na lógica dos deveres de fiscalização e controle do delegante.

Nas estruturas esquemáticas de risco, estas se equivalem as estruturas de segurança, ou seja, nesta se aponta para um dano potencial atual e naquela para uma possibilidade de dano futuro, sendo que, em ambas, tais danos devem ser evitados.

O risco é visto como apenas dado ou informação, com alguns caracteres de objetividade, logo, acessível à consciência do agente. O conhecimento do fato endereça a prevenção, ações pontuais atuam sobre o risco impedindo sua realização ou continuidade. O conceito de segurança promove a avaliação do nível de risco, sendo uma condição artificial de estabilidade e de certeza tida como racional. Em suma, a alternativa ao risco é a segurança (DE GIORGI, 2008, p.40).

⁸ Diretor executivo, diretor-geral ou chief executive officer é o cargo que está no topo da hierarquia operacional de uma empresa. Possui a responsabilidade de executar as diretrizes propostas pelo Conselho de Administração, este composto por representantes dos acionistas da empresa.

Sob essa ótica, tem-se que o diretor mantém a sua condição de garante primário, mesmo quando delega tarefas aos seus subordinados, que assumem a posição de garantes secundários.

Em 2003 ocorreu o rompimento de uma barragem construída pelo Grupo Matarazzo, quando então proprietário do terreno, e que deveria ter sido desativada pela empresa no ano de 1993. Ocorre que, neste ínterim, a área foi vendida e o rompimento ocorreu na gestão do novo proprietário. Levado a apreciação do STJ no HC nº 94.543, julgado em 2009, aquela corte trancou a ação em relação aos dirigentes da Matarazzo sob o argumento de que à época do rompimento eles não mais detinham o dever de garantia pela impossibilidade de impedir o resultado, de vez que a barragem estava sob administração de terceiros (STJ, 2009).

Diversamente, a Samarco era garantidora da solidez da barragem de Fundão, que foi construída, operada e mantida pela empresa, e mais, seu corpo técnico, por si ou por empresas contratadas, tinha condições de evitar o resultado rompimento. De um *risco permitido* quando da construção, através de ingerência, transformou tal *risco em não permitido*, violando as normas de cuidado exigíveis.

Neste campo teórico de aferição de responsabilidades e avaliação de condutas, se impõe uma visita a teoria da Cegueira Deliberada (*willful blindness doctrine*), que ocorre quando o agente sabendo da natureza ou extensão de um possível ilícito, mesmo que potencial, age como se não o enxergasse, no que Bottini (2013, p.1) entende que não basta uma consciência potencial, marginal, ou um sentimento. É preciso mais: é necessária uma percepção clara das circunstâncias, uma compreensão consciente dos elementos objetivos que justifiquem a dúvida sobre a licitude dos bens. A mera imprudência ou desídia não é suficiente para o dolo eventual.

Não é um simples desconhecimento ou esquecimento de determinada atividade que proveria um conhecimento, trata-se

de um estado de desconhecimento deliberado que a pessoa se insere frente a uma situação de fato.

A sustentação de um desconhecimento preordenado aponta para uma escolha pessoal, havendo, logicamente, possibilidade real de tal conhecimento ser acessível ao agente, pois, caso contrário, não se poderia sequer pensar em ação preordenada de maneira racional.

Nesta linha, a cegueira deliberada termina por ser um estado subjetivo, personalíssimo, orientando posição diante de cenário atual ou futuro, com intenção de manter-se à margem do conhecimento sobre a situação, o que ocorre de duas formas: a ausência de pesquisas e a blindagem ao conhecimento (GONÇALVES, 2019, p. 41).

Na vida das pessoas, nos aspectos pessoais ou profissionais, se percebe que, consciente ou inconscientemente, existe uma tendência a não buscarem informações sobre aspectos vinculados a seus atos, deixando de adquirir informações relevantes ou circunstâncias que dizem respeito a eles, optando por manter certos espaços de incerteza ou ignorância diante de tais extremos, e que essa inclinação acontece, em certa medida, como característica da natureza humana. Nessas oportunidades, os sujeitos parecem colocar, como estratégia hedonista, a prevenção ou mesmo o mero adiamento de aflições ou problemas, contra o risco de eventual confirmação cognitivo (SPANGENBERG BOLLÍVAR, 2017, p. 65).

Tal definição se acopla perfeitamente com o caso Samarco ora em discussão, na medida em que o Conselho de Administração, Diretores e Executivos, visando uma estratégia de maximização de lucros e bônus pessoais, mantiveram um importante e letal espaço de ignorância não se permitindo enxergar tudo aquilo que estava contido nos relatórios e análises das informações referentes a barragem de fundão, promovendo uma tragédia previsível tanto nas Cartas de Risco quanto na própria literatura disponível sobre o assunto.

Nos Estados Unidos, a Justiça Americana (*United States Court of Appeals*) no caso n° 334 F.3d 643 (7th Cir. 2003), reconheceu que: “Cegueira voluntária é a situação em que o agente, sabendo ou tendo forte suspeita, de que está envolvido em negócios escusos ou ilícitos, adota medidas para se certificar da não aquisição de pleno conhecimento ou da exata natureza das transações realizadas para um intuito criminoso”⁹

Por outro lado, dolo é o conhecimento, por parte do autor, do absoluto significado típico de suas ações, sem interferência de sua vontade em sentido psicológico, mas, com avaliação de comportamentos e circunstâncias. O dolo então, é inerente a uma determinada ação, situado num contexto com significado, sendo critério para a atribuição do conhecimento requerido pelo dolo (PORCIÚNCULA, 2014, p. 308-310).

A omissão criminosa permeando a cegueira deliberada, visa a maximização de lucros aos acionistas e ao próprio enriquecimento pessoal dos diretores das empresas, em detrimento aos parâmetros mínimos de segurança exigíveis pela lei e pela ética, apontam para omissões impróprias com reflexo criminal na medida que os resultados de tais omissões geraram mortes, além de danos de irreparável monta, sejam ambientais, materiais e culturais.

Ainda que fora do âmbito deste trabalho, os não menos importantes crimes ambientais, previstos na Lei n° 9.605/98, em particular nos seguintes artigos: a) art. 29 – matar animais silvestres; b) art. 33 – provocar o perecimento da fauna aquática; c) art. 38 – destruição de floresta; d) art. 38-A – destruir vegetação primária ou secundária; e) art. 40 – causar danos às áreas de conservação; f) art. 49 – Destruir plantas em propriedades públicas ou privadas; g) art. 50 – destruir florestas objeto de especial preservação; h) art.54 – causar poluição resultando danos à saúde humana, e i) art. 62 – destruir bem protegido por lei e instalações protegidas, devem ser alvo de posterior estudo quanto a

⁹ Tradução Livre da Decisão Judicial Americana

suas incidências.

Aliada aos crimes ambientais propriamente ditos, associou-se à tragédia sociocultural, sendo possível denominar-se esta catástrofe de sócio-ambiental-cultural. Os valores pessoais e os da comunidade, bem como suas memórias afetivas foram ceifados dos atingidos pelo rompimento de fundão: casas, roupas, fotos, e, principalmente vidas foram tragadas pela lama dos rejeitos. O conjunto de valores arraigado à terra se desfez, os locais tidos como referências afetivas sequer existem, nem mesmo em fotos ou outros papéis, reduzindo aquelas pessoas a quase nômades sem histórico de vida.

4 PROPOSIÇÕES PENAIAS AOS ENVOLVIDOS

Atividades industriais podem apresentar riscos de danos potenciais e até mesmo tornarem-se fontes de perigo, particularmente em atividades extrativistas, atribuindo-se aos níveis gerenciais, sejam técnicos ou administrativos, condição de garantidores, na modalidade de vigilância, devendo evitar resultados danosos a terceiros, ou seja, neste caso atuam como garantes secundários.

Tal dever abrange riscos não permitidos que se formem na empresa. O resultado típico e danoso que deve ser impedido pelo garante, é o originado pela própria atividade empresarial, limitado em função da natureza do risco de que se cuida (GONÇALVES, 2019, p.165).

O autor sustenta que a complexidade empresarial recorre a delegação de tarefas no âmbito interno das empresas, ficando o delegado com as atribuições originárias do delegante. Nesta delegação, o delegante se mantém responsável pela seleção, formação, informação, meios de trabalho e o acompanhamento do trabalho desempenhado, o que pode dificultar eventuais imputações a crimes omissivos impróprios devido a interposição de inúmeros garantes secundários nas estruturas das empresas.

A posição de garantia penal possui deveres inerentes a esta função, devendo os garantes se desincumbirem de vigilância, de efetiva fiscalização de fontes de perigos, de forma que as atividades se desenvolvam dentro de padrões mínimos de segurança. A suposta ignorância do garante ou seus delegados em relação a situações típicas são incompatíveis com seus deveres, na medida que é imprescindível que vigie a fonte de perigo (GONÇALVES, 2019, p.169).

Não pairam dúvidas sobre a responsabilidade criminal pessoal dos escalões de direção, inclusive do Conselho de Administração que possuía poderes deliberativos em relação às diretrizes de planejamento e operação da Samarco, aliás, responsabilidade positivada (BRASIL, 1976):

Por outro lado, a Diretoria Executiva é formada pela Presidência e Diretorias de Operações e Infraestrutura; Financeira; Projetos e Ecoeficiência; e Comercial, e subordinados a ela encontram-se as gerências específicas:

Os problemas e falhas detectadas na barragem de Fundão, e não corrigidas, eram de conhecimento pleno dos níveis executivos e operacionais da Samarco. De um risco permitido, qual seja, manter uma barragem tecnicamente controlada, para um risco não permitido de não realizar obras de engenharia visando a contenção e monitoramento dos rejeitos, os dirigentes e o corpo operacional assumiram o risco do rompimento e posterior inundação com resultado mortes. Existia previsibilidade do resultado e por vontade inequívoca não foram feitos os reparos necessários visando evitar-se a tragédia ocorrida. O dolo é evidente!

O Conselho de Administração da Samarco, num nível macro, foi o implementador da política empresarial da priorização de resultados versus a segurança das barragens, de forma planejada e irresponsável, inclusive reduzindo custos de segurança e gestão de rejeitos para maximização de dividendos e bônus remuneratório dos próprios de executivos (MPF, 2016, p.

203).

A Diretoria Executiva e o Conselho de Administração tinham poderes e deveriam ter agido para evitar o rompimento da barragem, e, mais, tinham deveres inerentes aos garantes legais, e, mesmo assim, omitiram-se de suas responsabilidades causando perda de vidas humanas e de danos ao meio ambiente.

Existiu um absoluto conhecimento dos fatos por parte do Conselho e da Diretoria Executiva, sendo que o rompimento ocorreu exatamente da forma como foi prevista pela área técnica e comunicada ao órgão diretivo máximo da Samarco, que se queudou inerte ou, pelo menos, sem adotar as medidas de engenharia que se faziam imprescindíveis. Logo, existe efetivo cabimento de enquadramento penal doloso, dada a objetiva previsão anterior de rompimento comparada as inobservâncias das normas vigentes.

Nos crimes omissivos impróprios, para a configuração do tipo subjetivo, tem que existir a clara vontade de não realização da atividade requerida aos detentores de posição de garantia, além do dolo, direto ou eventual, ou seja, a vontade de atingir o resultado ou pelo menos correr o risco da ocorrência, através da omissão (FRAGOSO, 1985, p. 246).

A possibilidade de aferição de conduta, no direito internacional, com base na cegueira deliberada, é prevista nos arts. 28 e 30 do Estatuto de Roma, onde no art. 28 se busca diferenciação entre negligência e a cegueira deliberada em relação à conduta fiscalizadora de superiores hierárquicos, sendo tal Estatuto aprovado e promulgado pelo Brasil, logo integrando o ordenamento jurídico interno (GONÇALVES, 2019, p.167).

A proposição teórica de enquadramento penal dos envolvidos terá como foco o crime de inundação com resultado morte, dentro da doutrina exposta relativa a crimes omissivos impróprios.

Desta forma entende-se que existe um patamar mínimo de condutas criminosas que abrangem Conselheiros, Diretores e

Executivos que não promoveram as medidas de segurança imprescindíveis causando graves problemas na barragem de Fundão. Diferencial se apresenta quanto a futura dosimetria das penas devendo os Conselheiros e Diretores serem mais rigorosamente apenados que os Executivos em razão da sua função de garantidor primário e estes terem atuado como garantidores delegados ou secundários.

Trata-se de uma medida justa juridicamente, tratando os desiguais desigualmente, eis que Conselheiros e Diretores se encontram em planos jurídico-profissionais similares, diferentemente de integrantes de corpos gerenciais técnicos a eles ligados por hierárquica administrativa e não técnica.

A existência de responsabilidade nos dois segmentos é inequívoca, ou seja, de posse de amplos conhecimentos dos riscos no manuseio dos rejeitos e de suas implicações financeiras, o escalão decisório buscou diminuição de custos, com relativização do risco, o que conduziu a maximização de lucros. Por outro lado, o corpo técnico, apesar de ciente da amplitude desta decisão criminosa, porém na sua condição de inferioridade hierárquica, optou por aceitar uma decisão administrativa incorreta que tinha reflexos diretos na segurança da barragem, fazendo “vistas grossas” ao grave problema potencial que se aproximava.

Em ambos os casos, os agentes, nos seus círculos decisórios, se comportaram com grave omissão, visando, seja no universo da própria pessoa jurídica seja das físicas com único interesse de vantagens monetárias, que, se consumariam na forma de geração de lucro, participação e bônus a todos os envolvidos.

Por outro lado, as áreas técnicas, e frise-se se trata de uma empresa basicamente de engenharia de minas, também detinham conhecimento dos gravíssimos problemas existentes na barragem e simplesmente os ignoraram, o que se enquadra no conceito de “Cegueira Deliberada”, quando pessoas fingem não perceber problemas ou crimes e comportam-se como se nada percebessem.

Nas áreas técnicas, o conceito de Cegueira Deliberada, anteriormente visitado, se amolda perfeitamente a uma tomada de posição pessoal, de caráter não jurídico, mas, com reflexos jurídicos, se caracterizando por uma ignorância induzida que resulta em violações a normas, criando riscos não permitidos a terceiros.

Pode ser parcial ou absoluta e passiva ou ativa. Na presença de relevância penal, a motivação do comportamento não deve influir no juízo de imputação, por fugir ao seu objeto, interessando, eventualmente, à culpabilidade (GONÇALVES, 2019, p.164).

Neste grupo de profissionais, basicamente engenheiros, se está mais uma vez diante da incidência da denominada teoria da cegueira deliberada parcial e passiva, e que encontra guarida na doutrina pátria, quando a conduta de um agente que, busca não enxergar ilicitudes evidentes, ou se “faz de cego” obtendo vantagens a qualquer título, deve ter tal conduta considerada dolosa, seja por dolo direto ou, pelo menos, dolo eventual – art. 18, I, segunda parte, do CP.

Em casos assemelhados, Gonçalves (2019, p. 162) entende ser objetiva e elevadíssima a previsão de ocorrência do fato, e mais que o agente estava em posição de visualizar que o fato estava bem delineado, tendo optado, em permanecer em estado de dúvida, absolutamente incompatível com as regras jurídicas, delineando-se um verdadeiro estado de ausência irracional de conhecimento efetivo, a ser desconsiderado.

Assim, entende-se pela seguinte tipificação penal aos membros do Conselho de Administração, à Diretoria Executiva da Samarco, ao Comitê de Barragens e aos responsáveis pela área de Infraestrutura, Monitoramento e Inspeções, e Acompanhamento de Auditorias (da Gerência de Geotecnia de Barragens), na forma do art. 13, § 2º (omissão do agente), alínea “a” (com obrigação de cuidado, proteção e vigilância) e “c” (com seu comportamento anterior criou risco), art. 18, I (crime

doloso), c/c art. 29 (concurso de pessoas) c/c art. 61 “g” (agravante de violação de dever) c/c art. 69 (concurso material) c/c art. 254 (inundação com resultado morte) por 19 (dezenove vezes), c/c art. 256 (desabamento), c/c art. 258 (formas qualificadas de crimes de perigo) todos do Código Penal.

Em relação ao crime de inundação com resultado de 19 mortes, em concurso material, sugere-se uma pena base de 09 anos de reclusão: $19 \times 9 = 171$ anos devido à omissão dolosa dos envolvidos, ao crime de desabamento aponta-se uma pena de 05 anos, considerando-se o agravante do art. 258 em ambos os casos, tendo como resultado 176 anos de reclusão para cada integrante.

Aos integrantes das Gerências Geral de Geotecnia e Geotecnia de Barragens (exceto os anteriormente indicados), bem como as empresas de consultorias eventualmente contratadas nesta área, na forma do organograma referido, imputam-se os mesmos artigos apenas se levando em consideração a atenuante genérica do art. 65, “c”, do Código Penal. Em relação ao crime de inundação com resultado de 19 mortes, em concurso material, sugere-se uma pena base de 07 anos de reclusão: $19 \times 7 = 133$ anos devido à omissão dolosa dos envolvidos, ao crime de desabamento aponta-se uma pena de 04 anos, considerando-se o agravante do art. 258 em ambos os casos, tendo como resultado 137 anos de reclusão para cada integrante.

Finalmente, considera-se grave equívoco a decisão do TRF1, por sua 4ª Turma, no Habeas Corpus nº 1029985-02.2018.4.01.0000, entendendo que Conselheiros de Administração não respondem por omissão imprópria, pois, não estariam na direção executiva da empresa, desconhecendo toda a base doutrinária vigente, inclusive a equiparação legal entre Conselheiros e Diretores, numa decisão que, na prática, estimula a impunidade no Brasil, e espera-se que os Tribunais Superiores revertam este ponto fora da curva.

Veja-se trechos da referida decisão:

Membro do Conselho de Administração. Crimes omissivos

impróprios. Ausência de fundamentação material do dever de agir. Falta de causalidade jurídico-normativa. Responsabilidade penal objetiva. Impossibilidade. Falta de justa causa para a ação penal. Concessão da ordem. Trancamento da ação penal. [...] O fato de o paciente participar de algumas reuniões do Conselho de Administração da empresa Samarco S/A, a última delas em abril de 2014, nas quais participou de deliberações administrativas voltadas aos interesses da empresa, cumprindo o papel social que dele se esperava, não pode ser incluído na relação causal para fins de aplicação do direito penal. E não implica que possa, *ipso facto* (por suposta omissão do dever de agir), sofrer imputação pelos numerosos fatos enquadrados como crimes ambientais e pela morte das 19 pessoas, ocorridos quase dois anos depois. No que pudesse ser a responsabilidade pessoal do paciente, como membro do Conselho de Administração, na eventual posição de eventual garantidor, não seria ela a de determinar a adoção, com poder de decisão, de medidas corretivas ou de proteção, senão de apenas propor ao Conselho aquilo que lhe parecesse necessário na linha das suas concepções, ainda assim, sem possibilidade de saber, por antecipação, se o seu eventual voto prevaleceria no colegiado, ainda mais porque os membros de colegiado agiram no âmbito apenas da sua atuação lícita. Teria de haver um juízo técnico que sustentasse a superacusação da denúncia. Não foi demonstrada a conexão entre o resultado e a deliberada atuação/omissão do paciente, ou quais teriam sido as ações esperadas do paciente, aptas a demonstrar a violação do suposto dever de agir, que pudessem evitar o resultado do rompimento da barragem, mesmo porque é a própria denúncia que descreve, em algumas oportunidades, ações positivas do Conselho de Administração em relação às informações técnicas que lhe haviam sido repassadas pela diretoria ou por outros órgãos técnicos. A denúncia não indicou a causalidade de natureza jurídico-normativa, contentando-se com uma suposta causalidade puramente material que também não pode ser imputada ao paciente, salvo nos domínios da responsabilidade penal objetiva, inadmissível na atualidade penal (art. 13 do CP), o que expressa a falta de justa causa para a ação penal, justificando o seu trancamento (arts. 647 e 648, I, do CPP). Unânime. (HC 1029985-02.2018.4.01.0000 – PJe, rel. des. federal Olindo Menezes, em 23/04/2019.)

Não se pode, absolutamente, concordar com o douto juízo, na medida que a própria lei 6.404/76, assim determina:

Art. 145. As normas relativas a requisitos, impedimentos, investidura, remuneração, deveres e responsabilidade dos administradores aplicam-se a conselheiros e diretores.

E mais, no que tange a cuidado e diligência, o referido diploma exige:

Art. 153. O administrador da companhia deve empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios.

Não bastasse a equiparação legal de deveres e responsabilidades, bem como a exigência de cuidado e diligência aos administradores e conselheiros, não se pode descuidar que o Conselho de Administração tem poderes decisórios sobre o restante da estrutura funcional da Samarco, podendo vetar, alterar ou autorizar atos e decisões da área executiva, inclusive, podendo substituir o Presidente Executivo.

Diversamente de tudo sustentado no julgado, o Conselho de Administração é remunerado para prestação de orientação deliberativa, ou seja, com efetivo poder de mando. Ora, como sustentar que conselheiro remunerado e com domínio do conhecimento, logo informado, não poderia tomar decisões ou medidas corretivas ou de proteção?

A resposta que se impõe é negativa, pois, fora comprovado que, em pelo menos duas oportunidades, relatórios técnicos apontaram problemas que foram, no mínimo, negligenciados por pessoa com conhecimento e poder para atuar sobre risco não permitido, criado pela própria empresa.

Na lógica de Bottini (2018, p. 275, 278), já anteriormente referida, os conselheiros de administração ao serem informados da possibilidade de transformação de um risco permitido em risco não permitido, respondem como *garantes* por ele, mesmo que tal tarefa seja realizada por prepostos. Tal fato se amolda na responsabilidade vinculada à lógica dos deveres de fiscalização e controle do delegante ou seu equiparado para fins legais.

Assim, errou o julgador ao descaracterizar uma responsabilidade erguida por lei, desqualificando um típico crime omissivo impróprio de agente, como se um Conselheiro de Administração fosse uma peça sem autonomia e poder decisório.

CONCLUSÃO

Numa sociedade pós-industrial movida a vantagens competitivas, com base única e exclusivamente na quantificação monetária por meio de resultados, o caso Samarco se enquadra perfeitamente no modelo de degeneração ética dos conglomerados multinacionais na busca do lucro.

Esta concepção não passou despercebida por Bussinguer e Cordeiro (2018, p. 208) que discorrendo sobre o Plano Nacional de Resíduos Sólidos identificam política regulatória alinhada a interesses de particulares, sustentando que o modelo capitalista operado em nome da mais-valia busca substituir o valor do uso pelo da troca, o que se amolda ao caso em discussão, explorando à exaustão os recursos naturais.

Do Conselho de Administração, nível máximo corporativo, com responsabilidades de traçar diretrizes de negócios, garantir a integridade da gestão e eleger a Diretoria Executiva dentre outras, pesa a maior responsabilidade pela obtenção de rentabilidades perseguidas pelos acionistas.

Sempre consultados em relação aos planos e ações da referida Diretoria Executiva, tinham plena consciência dos riscos potenciais da barragem de Fundão e dos custos para a minimização de tais riscos. Diversamente, optaram por soluções menos gravosas ao caixa na intenção de maximização de lucros.

A Diretoria Executiva e o Comitê de Barragens tinham o domínio total do fato, técnica e economicamente, sabendo que existia uma relação direta entre menor segurança e maior lucro (e também maiores bônus anuais) e mesmo assim assumiram, por omissão, e em alguns casos com dolo eventual o risco da

tragédia, que todos tinham conhecimento que iria acontecer.

Os engenheiros e técnicos ligados diretamente às áreas operacionais, se enquadram na teoria da Cegueira Deliberada, deixando de adotar medidas até mesmo mascarando medições e recomendações de empresas externas, tudo para garantirem suas posições de trabalho e altas remunerações.

Assim, na medida que a diretoria da Samarco bem como o Conselho de Administração tinham prévio e inequívoco conhecimento das fragilidades da barragem de Fundão e possuindo poderes de ingerência, pouco ou nada fizeram para impedir o resultado podem ser tidos como *Garantes primários* nas mortes ocorridas no rompimento da barragem de fundão, bem como os demais engenheiros e técnico que de alguma forma tinham conhecimento específico e por temor de perda de seus empregos se mantiveram em estado de cegueira deliberada, também respondem com *Garantes secundários*, eis que tinham delegação daqueles para o cumprimento de funções de segurança, integridade e vigilância da instalação, além dos servidores públicos que criminosamente se omitiram, bem como estarem sujeitos a reprimenda penal pelos crimes de inundação com resultado morte e desabamento.



REFERÊNCIAS

BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil*, 08 de outubro de 1988, Brasília, 1988, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 14 abr. 2020.

_____. *Código Penal do Brasileiro*, 07 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 02

jun. 2020.

_____. *IBGE. Projeção de População 2019*. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/>.

Acesso em 21 jul. 2019.

_____. *IBGE. PNAD - Taxa de Desocupação 2012 a 2019*. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/trabalho/9171-pesquisa-nacional-por-amostra-de-domicilios-continua-mensal.html?=&t=series-historicas>.

Acesso em 21 jul. 2019.

_____. *Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976*. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404compilada.htm. Acesso em 01 jun. 2019

_____. *Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981*. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Brasília, 1981, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm. Acesso em 01 jun. 2019

_____. *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. Brasília, 1998, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm.

Acesso em 01 jun. 2019

_____. *Lei nº 12.334, de 20 de setembro de 2010*. Estabelece a Política Nacional de Segurança de Barragens, Brasília, 2010, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12334.htm. Acesso em 01 jun. 2019

_____. *Lei nº 12.608, de 10 de abril de 2012*. Institui a Política Nacional de Proteção e Defesa Civil – PNPDEC, Brasília, 2012, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-

- 2014/2012/Lei/L12608.htm. Acesso em 01 jun. 2019.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de Omissão Imprópria*. 1.ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2018.
- _____. A cegueira deliberada no julgamento da Ação Penal 470. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 30 jul. 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-jul-30/direito-defesa-cegueira-deliberada-julgamento-acao-penal-470>. Acesso em: 21 jul. 2019.
- BUSSINGUER, Elda. CORDEIRO, I de Deus. *Ecologia crítica. Estado, mercado e sociedade: uma análise para um retorno do metabolismo do homem com a natureza*. São Paulo: Hucitec, 2018.
- _____. SILVA, Marta Z. Os termos de ajustamento de conduta no caso Samarco: celeridade e efetividade na resolução de conflitos? In: *7º Encontro internacional de Política Social e 14º Encontro Nacional de Política Social*, 2019, Vitória. *Anais...* Vitória, 2019, p.1-13.
- D'ÁVILA, Fábio Roberto. Ofensividade e Crimes Omissivos Próprios (Contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico). *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*. Coimbra Editora. Coimbra. 2005.
- DE GIORGI, Raffaele. O Risco na Sociedade Contemporânea. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo v. 9, n. 1 p. 37-49 mar./jun. 2008.
- ESTADOS UNIDOS. *Corte de Apelação dos Estados Unidos*. In re Aimster Copyright Litigation (2003). Disponível em: [http://homepages.law.asu.edu/~dkarjala/cyber-law/inreaimster\(9c6-30-03\).htm](http://homepages.law.asu.edu/~dkarjala/cyber-law/inreaimster(9c6-30-03).htm). Acesso em: 16 fev. 2020.
- FERREIRA, Daiane Souza. *Análise do comportamento geotécnico de aterro experimental executado sobre um depósito de rejeitos finos*. Dissertação de Mestrado – Universidade Federal de Ouro Preto, 2016.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: a nova*

- parte geral*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.
- FREITAS, Maria Éster de. Existe uma saúde moral nas organizações? *Organ. Soc.*, Salvador, v. 12, n. 32, p. 13-27, mar. 2005. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1984-92302005000100001&lng=pt&nrm=iso. Acesso em 01 jun. 2020.
- GONÇALVES, L Pardini. *Imputação Dolosa do Crime de Omissão Imprópria ao Empresário em Cegueira Deliberada*. Dissertação UFMG, 2019. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/handle/1843/DIRS-BCA267>. Acesso em 18 fev. 2020.
- IBRAM. *Relatório Anual de Atividades. jul.2017 a jun.2018*. Disponível em: file:///C:/Users/Cyro/AppData/Local/Temp/Diagramação_RelatórioAnual_versão-web.pdf. Acesso em 13 jun. 2020.
- LACRUZ LOPEZ, J. M. *Comportamiento omisivo y derecho penal*. Madrid: Dykinson, 2004.
- LEFF, Enrique. *Saber ambiental*. Rio de Janeiro: Ed Vozes 2009.
- MACHADO, Nathália Couto. *Retroanálise da propagação decorrente da ruptura da barragem do fundão com diferentes modelos numéricos e hipóteses de simulação*. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Escola de Engenharia, 2017.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico y de la Empresa*. parte general. 3. ed. Valencia: Tirant lo Blanc, 2011.
- MATURANO RAFAEL, Herbert M Angel. Análise do Potencial de Liquefação de uma Barragem de Rejeito. *Dissertação (Mestrado em Engenharia Civil)* – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012.
- MEDEIROS, Cintia Rodrigues de Oliveira; SILVEIRA, Rafael

- Alcadipani da; OLIVEIRA, Luciano Batista de. Mitos no Desengajamento Moral: Retóricas da Samarco em um Crime Corporativo. *Rev. adm. contemp.*, Curitiba, v. 22, n. 1, p. 70-91, fev. 2018. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1415-65552018000100070&lng=pt&nrm=iso. Acesso em 01 jun. 2020.
- MPF. *Denúncia caso Samarco*, 2016. Disponível em: www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/docs/denuncia-samarco Acesso em 01 jun. 2020.
- PEGADO, E da Cunha; BARBOSA, E Moreira. Participação popular: limites e horizontes nas audiências públicas ambientais sob a ótica da racionalidade ambiental. *R. Dir. Gar. Fund., Vitória*, v. 14, n. 2, p. 49-70, jul./dez. 2013.
- PORCIÚNCULA, José Carlos. *Lo “objetivo” y lo “subjetivo” en el tipo penal: hacia la “exteriorización de lo interno”*. Barcelona: Atelier, 2014.
- PRADO, Luiz Regis. Algumas notas sobre a omissão punível. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, v. 97, n. 872, p. 433-455, jun.2008.
- RAMALHOSO, Wellington. *Prejuízo em Mariana é quatro vezes a soma de royalties pagos pela Samarco*. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2015/11/15/prejuizo-com-desastre-e-o-quadruplo-do-que-mariana-mg-recebe-por-minerio.htm>. Acesso em 01 jun. 2020.
- SAMARCO. *Governança Corporativa*. Disponível em: <https://www.samarco.com/governanca-corporativa/>. Acesso em 20 fev. 2020.
- SPANGENBERG BOLÍVAR, Mario. La ignorancia responsable en Aristóteles. Una solución al atolladero dogmático penal en los casos de ignorancia deliberada. *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, v. 11, p. 65, 2017.
- STJ. *HC nº 94.543 RJ 2007/0269461-2* – julgado em 18-06-

2009. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6028332/habeas-corpus-hc-94543-rj-2007-0269461-2-stj/certidao-de-julgamento-12156511?ref=juris-tabs>. Acesso em 21 mai. 2019.
- TAVARES, Juarez Estevam Xavier. *Teoria dos crimes omissivos. Tese (Doutorado)*. Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Faculdade de Direito – Programa de Pós-Graduação em Direito, 2012.
- TIEDMANN, Klaus. *Manual de Derecho Penal Económico: parte general y especial*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.
- TRF1. *HC 1029985-02.2018.4.01.0000* – PJe, rel. des. federal Olindo Menezes, em 23/04/2019, disponível em: <https://www.google.com/search?client=firefox-b-d&q=hc+1029985-02.2018.4.01.0000>. Acesso em 17 fev. 2020.
- VIEIRA, E Antônio. A (in) sustentabilidade da indústria da mineração no Brasil. *Estação Científica UNIFAP*, Macapá, V.1, n.2, p. 01-15, 2011. Disponível em: <https://periodicos.unifap.br/index.php/estacao/article/download/248/eliasv1n2.pdf>. Acesso em 13 mai. 2020.
- VIEIRA, T Vieira. Desapropriação de propriedade rural produtiva para fins de reforma agrária: efetivação de direitos fundamentais a partir de uma perspectiva ambiental constitucional fundada na justiça social. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, FDV - nº 5*, 2011.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERRANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal – Parte Geral*. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2004.