



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

MODERNIZAÇÃO DO DIREITO PENAL E RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA
JURÍDICA: UM ESTUDO DE CASOS DOS CRIMES DA SAMARCO MINERAÇÃO S/A

Humberto Tostes Ferreira

Rio de Janeiro
2021

HUMBERTO TOSTES FERREIRA

MODERNIZAÇÃO DO DIREITO PENAL E RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA
JURÍDICA: UM ESTUDO DE CASOS DOS CRIMES DA SAMARCO MINERAÇÃO S/A

Monografia apresentada como exigência para
conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato
Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do
Rio de Janeiro.

Orientador:

Prof. Dr. José Maria de Castro Panoeiro

Coorientadora:

Prof^a Mônica Cavalieri Fetzner

Rio de Janeiro
2021

HUMBERTO TOSTES FERREIRA

MODERNIZAÇÃO DO DIREITO PENAL E RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA
JURÍDICA: UM ESTUDO DE CASOS DOS CRIMES DA SAMARCO MINERAÇÃO S/A

Monografia apresentada como exigência de conclusão de
curso da Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da
Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Aprovada em _____ de _____ de 2021. Grau atribuído: _____

BANCA EXAMINADORA

Presidente: Desembargadora Patrícia Ribeiro Serra Vieira – Escola da Magistratura do Estado
do Rio de Janeiro – EMERJ.

Convidado: Prof. Dr. Artur de Brito Gueiros Souza – Escola da Magistratura do Estado do Rio
de Janeiro – EMERJ.

Orientador: Prof. Dr. José Maria de Castro Panoeiro – Escola da Magistratura do Estado do Rio
de Janeiro – EMERJ.

A ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – EMERJ – NÃO APROVA NEM REPROVA AS OPINIÕES EMITIDAS NESTE TRABALHO, QUE SÃO DE RESPONSABILIDADE EXCLUSIVA DO AUTOR.

Aos meus pais, Robson e Fátima, e ao seu
imensurável e incondicional amor por mim.

AGRADECIMENTOS

Grande parte do presente trabalho foi pesquisada, estruturada e escrita durante os meses de junho e agosto de 2020, dois dos piores meses de pandemia de Covid-19 no citado ano. Naquele momento, eu me encontrava em completo isolamento social na casa da minha avó materna no interior de Minas Gerais e, cercado apenas por parentes, mais do que nunca, senti que, por pior que seja a situação, eu sempre encontrarei um porto seguro junto à minha família.

Por tal motivo, como não poderia ser diferente, os primeiros agradecimentos do presente trabalho são vertidos à minha família, essa compreendido em sua forma extensa. Em especial, merecendo menção nominal, aos meus pais, Robson e Fátima, e à minha avó, Conceição, os quais, indubitavelmente, sempre me amaram e por mim presaram acima de qualquer coisa.

Também não posso deixar de demonstrar minha gratidão à Vanessa, minha namorada, que, seja presencialmente, seja de modo virtual, me acompanhou durante toda elaboração do presente trabalho. Em verdade, sem sua paciência, seu carinho e sua dedicação, o texto a seguir poderia nem sequer existir, uma vez que o Direito Penal é uma paixão em comum nossa, fazendo com que longos e proveitosos debates – em sua maioria por mim patrocinados – sobre a área fossem comuns, me ajudando a organizar meus pensamentos.

Outra pessoa que muito colaborou com esta monografia foi o meu orientador, o Prof. Dr. José Maria de Castro Panoeiro, o qual sempre se demonstrou muito solícito e atencioso em todos os momentos. A ele e ao Setor de Monografia da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro deixo aqui o meu agradecimento por me acompanhar nessa trajetória.

Por fim, importante também agradecer aos meus amigos, sejam eles do Rio de Janeiro, de Juiz de Fora ou de Barbacena, os quais foram e são parte de toda minha jornada e com ela muito colaboraram. Ainda que a pandemia tenha me afastado fisicamente de imensa parte deles – momentaneamente eu espero –, para sempre levarei comigo a amizade e o carinho de todos vocês.

“Há muitas formas de matar uma pessoa. Cravando um punhal, tirando o pão, não tratando sua doença, condenando à miséria, fazendo trabalhar até arrebentar, impelindo ao suicídio, enviando para a guerra etc. Só a primeira é proibida por nosso Estado.”

Bertolt Brecht

SÍNTESE

Em 05 de novembro de 2015, após anos de descaso com a segurança e com a estabilidade da estrutura, a barragem de fundão – pertencente à Samarco Mineração S/A – colapsou, resultando em uma hecatombe que ceifou a vida de 19 pessoas e dizimou a biodiversidade ao longo de 663 km da bacia hidrográfica do rio Doce. Compreendendo que fatos como os ocorridos em Mariana/MG não devem ser tratados como meras fatalidades ou como simples custos sociais, humanos e ambientais do desenvolvimento de atividades econômicas, o presente trabalho aponta para a necessidade de modernização do Direito Penal – em especial, da teoria analítica do delito – como forma deste efetivamente cumprir a sua finalidade – a proteção de bens jurídicos. Para tanto, tendo em mente a complexidade da atual sociedade de riscos e que as balizas político-criminais da Constituição da República – inexorável guia do Estado em matéria penal – possibilitam a responsabilidade penal das pessoas jurídicas e requerem a real estruturação e aplicação de um Direito Penal Econômico, também são indicadas possíveis formas de se compreender a delinquência dos entes fictícios à luz da teoria do delito, aplicando – de forma não exauriente – as teorias ventiladas aos crimes da Samarco Mineração S/A.

PALAVRAS-CHAVE: expansão do Direito Penal; responsabilidade penal da pessoa jurídica; teoria do delito.

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 – O que é uma barragem	102
Figura 2 – Germano Buttress (Pimenta de Ávila 2011)	106
Figura 3 – Fundão Dikes 1 and 2.....	107
Figura 4 – <i>Upstream raising of Dike 1 by the “drained stack” concept</i>	108
Figura 5 – <i>Main (Principal) and Secondary Galleries</i>	108
Figura 6 – <i>El. 826 m blanket drain (section) showing extent behind Dike 1</i>	114
Figura 7 – <i>Blanket drain (plan view) on tailings surface at El. 826 m</i>	118
Figura 8 – <i>Left abutment setback proposed in June, 2012</i>	123
Figura 9 – <i>Fundão Dam in January, 2014 showing left abutment setback and adjacent Grotta da Vale</i>	126
Figura 10 – Imagem das trincas de tração paralelas à crista, dentro do reservatório (A) e das trincas de compressão no patamar do eixo recuado (B)	131
Figura 11 – Imagem com representação das trincas de tração (A) e compressão (B) na região do eixo recuado junto à OE	131
Figura 12 – <i>August 27, 2014 cracking at left abutment setback</i>	131
Figura 13 – Organograma Samarco S/A.....	138
Figura 14 – Extraído da fl. 18 do Manual de Riscos Corporativos, que consta na pasta M – Política e manual, no DVD de fl. 268 – Anexo II V. 2, do PIC nº 1.22.000.03490.2015-78.	145

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1. O DESENVOLVIMENTO DO DIREITO PENAL ECONÔMICO.....	15
1.1. Crime, política penal, criminologia e estrutura sociopolítica.....	16
1.2. Sutherland e o despertar para o <i>white collar crime</i>	29
1.3. O Direito Penal Econômico entre o discurso de modernização e o de resistência.....	38
1.4. Perspectivas futuras do Direito Penal Econômico.....	51
2. RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA E A VISÃO ANALÍTICA DO DELITO.....	57
2.1. Bens jurídicos, o escopo principal da proteção do Direito Penal.....	59
2.2. Conceito de ação, modelos de responsabilização penal dos entes morais e evolução dogmática.....	68
2.3. Teorias acerca da culpabilidade dos entes fictícios.....	81
2.4. Balizas constitucionais e a responsabilidade penal do ente moral no projeto do novo Código Penal.....	88
3. OS CRIMES DA SAMARCO MINERAÇÃO S/A.....	99
3.1. Barragem de Fundão, da construção ao rompimento.....	101
3.1.1. O conceito (2004 – 2007).....	103
3.1.2. O incidente de <i>piping</i> (2009 – 2010).....	113
3.1.3. A recuperação (2011 – 2012).....	117
3.1.4. O recuo (2012 – 2014).....	121
3.1.5. O incidente no talude (2014).....	129
3.1.6. O colapso (2015).....	133
3.2. Estrutura organizacional e gestão de riscos.....	136
4. ESTUDO DE CASOS EM PROL DA MODERNIZAÇÃO DO DIREITO PENAL.....	147
4.1. A necessidade de um Direito Penal Econômico.....	148
4.2. A necessidade de modernização da teoria analítica para abranger amplamente as pessoas jurídicas e os crimes da Samarco Mineração S/A.....	165
4.2.1. Bens jurídicos coletivos e os crimes da Samarco Mineração S/A.....	166
4.2.2. Teoria da ação e os crimes da Samarco Mineração S/A.....	173
4.2.3. Culpabilidade da pessoa jurídica e os crimes da Samarco Mineração S/A.....	184
4.3. Samarco Mineração S/A, um exemplo da urgência na modernização do Direito Penal.....	193
CONCLUSÃO.....	202
REFERÊNCIAS.....	205

SIGLAS E ABREVIACÕES

Art. – Artigo

BNDESpar – Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social Participações

Bradesco – Banco Brasileiro de Descontos S/A

CBS – Comitê de Barragens da Samarco

Co. – Companhia

COPAM – Conselho Estadual de Política Ambiental

CPRM – Companhia de Pesquisa de Recursos Minerais

CTPNsb – Comissão Temporária da Política Nacional de Segurança de Barragens

CRFB/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

DNPM – Departamento Nacional de Produção Mineral

EIA – Estudo de Impacto Ambiental

EOR – *engineer of record*

FEAM – Fundação Estadual do Meio Ambiente

fl – folha

Funcef – Fundação dos Economistas Federais

GGB – Gerência de Geotecnia de Barragens

GGH – Gerência de Geotecnia e Hidrologia

GGGT – Gerência-Geral de Geotecnia

HC – *Habeas Corpus*

ITRB – *Independent Tailings Review Board*

Ltd. – Sociedade por quotas de responsabilidade limitada

MPP – máxima perda possível

Nº - Número

OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico

p. – Página

P3P – Terceira Usina de Pelotização

P4P – Quarta Usina de Pelotização

Petros – Fundação Petrobras de Seguridade Social

PIC – procedimento investigatório criminal

PIB – Produto Interno Bruto

PLS – Projeto de Lei do Senado

Previ – Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil

PoEMAS – Grupo Política, Economia, Mineração, Ambiente e Sociedade

RE – Recurso Extraordinário

Refis – Programa de Recuperação Fiscal

RPGs – redes de produção globais

S/A – Sociedade Anônima

SED – Escola de Meio Ambiente e Desenvolvimento

SEMAD – Secretaria de Estado de Meio Ambiente e Desenvolvimento

INTRODUÇÃO

Em uma rápida análise da atuação das instituições responsáveis pelos processos de criminalização – primária ou secundária – em nosso país, é possível visualizar a existência de um Direito Penal seletivo, estruturado para combater de forma atroz a obra tosca da criminalidade e preservar intocada a delinquência material – pois, formalmente, não chega nem a ser assim rotulada – das classes sociais mais abastadas. Para além dos necessários estudos com a finalidade de criticar esse processo de criação prática de um perfil do criminoso, de um inimigo – com cor, sexo, idade e classe social predefinidos –, também é preciso voltar os olhos para a criminalidade econômica, uma vez que esta enseja, por vezes, as maiores e mais relevantes lesões a bens jurídicos penalmente resguardados.

Em igual forma, um breve estudo do sistema presidiário brasileiro – o qual se encontra em latente estado de inconstitucionalidade – já é suficiente para notar que, na prática, as funções da pena não passam de uma questionável retribuição, mais servindo àqueles que ganham espaço político com abjetos discursos em prol de respostas violentas à criminalidade dos estratos sociais inferiores, do que à ressocialização daqueles que, em sua maioria, de fato, nunca foram plenamente incluídos no âmbito social. Contudo, é preciso reconhecer uma potencial função preventiva negativa no *ius puniendi* estatal e, antes de se conjecturar uma – inexorável – forma de organização da humanidade e dos meios de produção em que o Direito Penal não seja necessário, é essencial – ainda que paliativamente – se trabalhar por alterações do ordenamento jurídico hoje exequíveis, de modo a construir uma sociedade, dentro do possível no sistema capitalismo, melhor.

Nesse sentido, é necessário ter em mente que a mencionada preferência é idiossincrática do Direito Penal liberal, o qual foi estruturado na época em que a burguesia ascendeu como classe dominante e, por meio do domínio dos rótulos de criminalização, excluiu o seu modo de delinquir do escopo de repressão estatal. Por mais de dois séculos, o pensamento liberal foi difundido e desenvolvido em diversos países, incluso no Brasil, impregnando todos os âmbitos da dogmática penal até os dias atuais – ainda que o constituinte de 1988, discordando de tais paradigmas, tenha erigido um Estado Social e Democrático de Direito.

Visando extirpar um modelo de Estado que somente protege a propriedade privada sem se preocupar com a lesividade advinda de seu uso e da sua aquisição, é preciso romper com o Direito Penal liberal, o que, ao fim, nada mais é do que seguir as balizas político-criminais esculpidas na Carta Política de 1988. Para tanto, entendendo que a tríade consubstanciadora das

ciências criminais é um todo interligado, inclusive com a construção e com a validação do Ordenamento Jurídico, é preciso que os operadores do Direito se posicionem de forma contra-hegemônica – disputando o monopólio de dizer o Direito –, não obstante a contaminação de todos os setores sociais pela ideologia neoliberal. De maneira semelhante, é crucial o desenvolvimento da dogmática relacionada ao Direito Penal Econômico – aquele vertido ao combate da criminalidade oriunda do desempenho de atividades econômicas –, de modo a modernizar a teoria analítica do delito, tornando-a capaz de abranger as pessoas jurídicas, as quais comumente estão envolvidas na criminalidade do colarinho branco.

Faz-se necessário ainda destacar que, com o advento de novos tempos, da atual sociedade de risco, é imperioso que as ciências criminais englobem a nova realidade e se reconstruam para continuarem condizentes e atualizadas com as demandas hodiernas. Ramos de estudo, como o Direito Penal Econômico, são criados para absorver os emergentes fenômenos criminais, como os caracterizados pela utilização de entes fictícios com grande complexidade organizacional e pulverização de polos de decisões, traços propícios ao acobertamento de atividades ilícitas em razão da incapacidade dos defasados mecanismos de imputação penal da dogmática tradicional em compreendê-los.

O presente trabalho busca, sem qualquer pretensão de exaurir a temática, revisitar alguns pontos do embate dogmático acerca da possível ruptura, ou não, com o Direito Penal liberal, vertendo maiores esforços na indicação de possíveis caminhos para modernização do Direito Penal, em especial, da teoria do delito, de modo a fazer com que essa compreenda de forma ampla a delinquência oriunda das pessoas jurídicas – comumente relacionadas à criminalidade do colarinho branco. Como complementação ao esforço argumentativo, para ressaltar a insuficiência do atual estado da técnica, opta-se pela realização de um breve e rarefeito estudo de casos dos crimes perpetrados pela Samarco Mineração S/A na cidade de Mariana/MG com a finalidade de indicar a primordialidade de uma reestruturação de alguns institutos do Direito Penal.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho fazendo um levantamento doutrinário acerca dos ramos das ciências criminais e de suas influências na atuação coercitiva estatal, demonstrando-se a interdependência entre Criminologia, Política Criminal e Direito Penal, as quais devem ser pautadas nas balizas político-criminais da Constituição da República. Depois são destacadas as inovações trazidas por Edwin H. Sutherland no âmbito da criminologia e o despertar do citado ramo para os crimes do colarinho branco, bem como as evoluções legislativas – sob a ótica de uma espécie de darwinismo jurídico – demarcando uma linha

político-criminal de combate à delinquência típica das classes mais abastadas. Dos citados movimentos passa-se à divisão da dogmática penal entre o discurso de resistência, o discurso intermediário e o discurso a favor da expansão do Direito Penal, os quais têm seus fundamentos expostos visando justificar a adoção da terceira corrente de pensamento em razão de sua melhor adequação à realidade social do século XXI e de sua maior eficácia no combate à criminalidade profissional. Por fim, são apontadas algumas perspectivas para o Direito Penal Econômico, assinalando-se para a necessidade de uma releitura da teoria do delito.

Visando fomentar o debate e a produção acadêmica explanando possíveis caminhos a serem adotados pela teoria do delito em direção a autorresponsabilidade penal da pessoa jurídica de forma ampla, o segundo capítulo é aberto com uma breve análise histórica sobre os bens jurídicos penalmente relevantes, sua função e seu possível conteúdo. Em seguida, compreendendo que o finalismo de Welzel e o funcionalismo de Roxin, por terem caráter ontológico-personalista, são incapazes de compreender o fenômeno delitivo oriundo de entes morais, aborda-se rapidamente a teoria da ação sob um viés conglobante das pessoas fictícias e naturais, bem como a posição do Supremo Tribunal Federal sobre o modelo de autorresponsabilidade dos entes morais. Ainda, no mesmo capítulo, tendo em vista as citadas limitações filosóficas das teorias mais difundidas hodiernamente e a crucialidade de se pensar em maneiras diversas de compreender o assunto, há a demonstração de diferentes teorias acerca da culpabilidade dos entes morais. Por fim, é realizada uma exígua passagem crítica pela previsão de responsabilidade penal da pessoa jurídica no projeto de novo Código Penal, trabalhando com alguns possíveis caminhos legislativos.

O terceiro capítulo é dedicado para a exposição do caso a ser analisado, qual seja, os crimes da Samarco Mineração S/A no quando do rompimento da barragem de Fundão em Mariana/MG. Assim, tendo como principais lastros a denúncia do Ministério Público Federal na Ação Penal nº 0002725-15.2016.4.01.3822 e o Relatório sobre as Causas Imediatas da Ruptura da Barragem de Fundão – confeccionado sob encomenda da BHP Billiton Brasil Ltda, da Vale S/A e da Samarco Mineração S/A ao escritório de advocacia norte-americano Cleary Gottlieb Steen & Hamilton – tenta-se reconstruir uma possível narrativa dos fatos relativos ao colapso da estrutura de forma próxima a uma prognose póstuma objetiva, optando-se, dentro do possível, por uma exposição cronológica, para dimensionar a ciência dos fatos por parte da pessoa jurídica a medida em que eles se desenrolaram, assim como para destacar pontos sob um enfoque extravagante ao estritamente penal. Também se aproveita o capítulo para fazer uma breve exposição da estrutura organizacional da Samarco Mineração S/A e da sua gestão de

riscos, visando fornecer elementos para o posterior estudo.

O quarto e último capítulo é dedicado a defrontar a possível narrativa dos fatos relacionados aos crimes da Samarco Mineração S/A no quando do rompimento da barragem de Fundão em Mariana/MG com alguns pontos suscitados nos dois primeiros capítulos. Inicia-se a exposição com a tentativa de pontuar a necessidade de incidência do Direito Penal Econômico – sob um prisma da economia política na mineração – ao caso, realizando-se uma análise das possíveis falhas nos mecanismos fiscalizatórios extrapenais do Estado e de suas eventuais insuficiências. Depois, aplicam-se três entendimentos abordados no segundo capítulo – quais sejam, bem jurídico coletivo, teoria da ação significativa e a pretensão de reprovabilidade na teoria significativa do delito – aos fatos em apreciação, de modo a sugerir possíveis caminhos para a modernização da teoria do delito e ressaltar urgência em pensá-la. Por fim, ainda tendo em mente o colapso de Fundão, é repontuada a necessidade de ruptura com o Direito Penal liberal e de modernização da teoria do delito de forma a abranger a autorresponsabilização das pessoas jurídicas.

Valendo-se do método hipotético, o pesquisador pretende elencar um conjunto de proposições, as quais serão testadas na análise dos crimes cometidos pela Samarco Mineração S/A no quando do rompimento de sua barragem de dejetos em Mariana/MG. Assim, utilizando-se da bibliografia pertinente à técnica, em especial, legislação, doutrina e jurisprudência, busca-se realizar uma pesquisa jurídica qualitativa para defender a modernização do Direito Penal, bem como das clássicas categorias da teoria do delito de modo a abranger a ampla imputação criminal de pessoas jurídicas.

1. O DESENVOLVIMENTO DO DIREITO PENAL ECONÔMICO

Norteados pelo contexto social atual e a consequente política criminal a ser adotada, bem como pelo estado da técnica criminológica e da dogmática penal, o presente capítulo expõe e pondera alguns pontos dos discursos de incentivo ao processo de expansão do Direito Penal e de resistência a ele. Objetiva-se confrontar premissas das duas orientações de modo a verificar qual melhor se coaduna com a atual sociedade de riscos, bem como a compreender a atuação do Direito Penal Econômico, afastando o pensamento típico do Direito Penal do século XIX – e seus clássicos institutos guiados por uma lógica seletiva – da sociedade de riscos do século XXI, sem que isso signifique a aceitação acrítica de qualquer inovação legislativa. A postura adotada se deve ao fato de que o prisma da expansão do Direito Penal é o que melhor coaduna com a Constituição da República de 1988 e com a responsabilização penal das pessoas jurídicas, pois proporciona a modernização dos modelos clássicos de imputação penal de modo a abranger as novas e mais sofisticadas formas de criminalidade.

Para tanto, tendo em vista a necessidade de uma abordagem sistêmica e congruente do Direito Penal, inicia-se tratando, sob o prisma da política criminal e da criminologia, dos processos de seleção de condutas a serem criminalizadas. Após firmar a legitimidade da intervenção do Estado na Economia, inclusive por vias penais, conferida pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, passa-se a evidenciar a diferenciação existente entre a criminalidade comum e a criminalidade econômica, chamando atenção para os mecanismos penais, inegavelmente seletivos, utilizados.

Depois, sendo imprescindível a compreensão do fato social que se pretende criminalizar, adentra-se brevemente nos estudos de Edwin H. Sutherland, os quais trouxeram à lume os chamados “crimes do colarinho branco”, bem como o tratamento privilegiado conferido à delinquência oriunda dos estratos superiores da sociedade. Assim, considerando a elaboração de políticas penais por vias legislativas uma das mais importantes respostas do corpo social ao fenômeno criminológico, remonta-se brevemente às diferentes evoluções legislativas alienígenas, as quais influenciaram o Ordenamento Jurídico pátrio, para demonstrar a existência e a forma de um corpo legal voltado para o combate aos crimes do colarinho branco no Brasil.

Adentrando no âmbito dogmático, destaca-se a existência de uma cisão na atual doutrina penal, de modo a agrupar os pensadores entre os que defendem o Direito Penal unicamente como instrumento de controle do arbítrio estatal ao punir e clamam pela retomada dos ideais da época da ilustração e os que entendem como necessária a expansão do Direito

Penal para abranger os novos riscos oriundos do atual estágio de desenvolvimento social. Realizando uma breve explicação dos fundamentos e das soluções propostas por cada vertente, afirma-se como necessário o processo de expansão do Direito Penal, o qual visa modernizar os institutos do citado ramo para condizerem com a atual sociedade de riscos.

De tal forma, entendendo como inevitável o processo de adequação dos institutos do Direito Penal à sociedade do século XXI, em especial aos seus riscos e à sua complexidade, advoga-se pela necessidade de confecção de uma teoria geral dos delitos econômicos, os quais em muito se diferenciam dos tradicionais delitos do período da ilustração. Por fim, tendo pincelado parte do hodierno movimento das ciências criminais – Criminologia, Política Criminal e Direito Penal – que leva à reformulação e à reinterpretação dos tradicionais entendimentos, assinala-se para a necessidade de desenvolvimento teórico da responsabilização das pessoas jurídicas, instrumento do Direito Penal Econômico vertido ao combate da utilização dos entes morais como ferramenta para a prática ou para o acobertamento de delitos.

1.1. Crime, política penal, criminologia e estrutura sociopolítica

A partir das proposições acerca da inseparabilidade da política criminal e do direito penal realizadas por Claus Roxin¹ na década de setenta do século passado, em busca e pela necessidade de uma coerência e de uma complementariedade sistêmica, faz-se necessário a análise todas as categorias basilares do Direito Penal, incluso as tradicionais categorias estruturais do delito, tipicidade, ilicitude e culpabilidade, sob tal prisma. Dessa maneira, torna-se possível a permeação da dogmática jurídica por elementos advindos da práxis, importados, dentre outros ramos, da criminologia, da sociologia, da economia, além dos postulados sociopolíticos, permitindo o desenvolvimento social e maximizando o entendimento e o controle da delinquência.

Discordando da definição positivista de política criminal, a qual, segundo o autor, consistiria em uma ação prática, socialmente imposta ao Estado, de combater à criminalidade, e também afastando-se do contemporâneo entendimento de que ela, em verdade, consistiria na atividade legislativa baseada na observação dos objetivos dos sistemas penais e do quanto esses logram sucesso na persecução e aplicação prática de seus fins, Raúl Eugênio Zaffaroni² firma

¹ ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. Tradução: Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 77-78.

² ZAFFARONI, Raúl Eugênio. *Tratado de Derecho Penal: parte general*. Tomo I. Buenos Aires: Ediar, 1998, p. 149-151.

que a política criminal é a política do fenômeno delitivo, uma parte da política geral do Estado, a qual deve ser consubstanciada, principalmente, por políticas penais. Ante a impossibilidade de precisar a origem do termo “política criminal” e a multiplicidade de sentidos que já lhe foram atribuídos, o comentado autor adota a terminologia “política penal”, a qual se refere ao como o direito penal se dirige adequadamente ao seu fim, cumprindo o seu papel de proteção social.

Nesse sentido, expõe Zaffaroni³:

el sentido crítico de la política penal se pone de manifiesto muy especialmente en el Iluminismo, en que el distanciamiento que había entre el derecho penal positivo y los conceptos que sobre el mismo sostenían los iluministas, llevó casi a una confusión entre la política penal y el derecho penal, que se aclaraba muy bien en la obra de Carmignani. Al desdibujamiento de esos límites, en gran parte por efecto del tremendo rigorismo cruel del derecho vigente, obedeció, sin duda la pretensión de extraer todo un sistema de derecho penal de la razón y, por ende, de considerar a la filosofía como fuente del derecho penal, tal como la afirmaba Feuerbach o Grolmann, que iniciaba sus consideraciones con la exposición de la metafísica kantiana.

Continua Zaffaroni⁴:

por otra parte, también es necesario aclarar que, cuando se acentúa el carácter de “arte” de la política penal, no debe caerse en la confusión entre política penal y “ciencia de la legislación” entendida como pura cuestión de técnica legislativa. Esta sería una pésima interpretación del concepto mismo de la política penal. En el sentido que le hemos dado, y en trance de redondearlo, podemos decir que la política penal es la ciencia o arte de seleccionar los bienes jurídicos que deben tutelarse jurídicamente y los métodos para efectivizar dicha tutela, lo que ineludiblemente implica, el sometimiento a crítica de las valoraciones ya hechas y de los métodos ya elegidos.

Sendo a função legiferante, fonte primária do Direito Penal, eminentemente política, inegável é o lastreamento do ordenamento penal em aspectos oriundos de políticas penais, as quais fornecem o componente teleológico da norma, ou seja, estipulam o bem jurídico a ser protegido. A partir da criação da fórmula legal, em razão do princípio da legalidade, há a limitação de alteração da decisão política, a qual mantém sua função orientadora do alcance da norma⁵. De tal maneira, a constituição é a principal tradução dos princípios políticos penais de um Estado, sendo incumbido ao direito penal a seguridade social, traduzida nesse âmbito como a luta contra o crime e como o combate à delinquência.⁶

Por sua vez, cabe à dogmática penal realizar a interpretação sistêmica da lei, delimitando o alcance do injusto, da reprovação, da punibilidade e da pena no caso concreto.

³ Ibid., p. 153.

⁴ Ibid.

⁵ Ibid., p. 153-154.

⁶ Ibid., p. 156.

Sendo tal função, inerentemente, ligada à política penal, há influências recíprocas entre as duas esferas⁷. Vislumbra-se tal relação nas críticas que a dogmática realiza à legislação penal, permitindo o aprimoramento da decisão política que a lastreia, podendo tomar tal relevância que seus paradigmas passam de condição de eficácia do direito penal à condição de existência do mesmo. Em via de mão dupla, a decisão política orienta a dogmática penal na interpretação teleológica das normas, possibilitando a adequação dela com o restante do ordenamento jurídico e com as variantes advindas da dinâmica social⁸.

Utilizando das palavras de Hassemer, Zaffaroni⁹ delimita que:

la política penal operacionaliza las metas del sistema del derecho penal adelantado em preceptos legales penales. Estos preceptos imponen relevancia. Ellos definen las conductas que producen conflictos jurídico-penalmente relevantes y definen la clase y límites de la reacción jurídico-penal. En eso se agota el poder de definición de la política criminal em dirección a la dogmática jurídico-penal'. 'La dogmática jurídico-penal operacionaliza la determinaciones de relevancia de la política criminal. Ejerce a este respecto el poder de definición. Los institutos dogmáticos-penales definen el ámbito de las previas determinaciones de relevancia político-criminales. Elabora continuamente reglas de lenguaje aplicables a la decisión de casos com la delemitación de la conducta y de la reacción jurídico-penal, conforme a la ley penal. Allí se agota el poder de definición de la dogmática jurídico-penal em la dirección de la política criminal.

Inegavelmente, a criminologia, e seu estado de entendimento atual, compõe a visão sistêmica, coerente, do direito penal, sendo elemento estruturante do processo evolutivo do mencionado ramo. Não há um consenso entre os criminólogos sobre a definição de criminologia, uma vez que a interdisciplinaridade existente entre ela e o direito penal, inerente à busca de dados e de um discurso científico hegemônico para sustentação da legitimidade do exercício do poder punitivo por diferentes agentes históricos, acarreta em diferentes discursos para explicação do fenômeno criminal.¹⁰

Após a realização de uma genealogia da criminologia, Zaffaroni¹¹ propõe a mudança do paradigma de legitimação do exercício do poder punitivo para a contenção do mesmo, tendo como fundo a adoção da teoria agnóstica da pena. De tal forma, o conceito de criminologia consistiria no conjunto de conhecimentos de diferentes áreas do saber, aplicados de maneira crítica ao exercício do poder punitivo, de modo a explicar seu funcionamento e reduzir a

⁷ Ibid., p. 157.

⁸ Ibid., p. 157-158.

⁹ HASSEMER apud Ibid.

¹⁰ Ibid., p. 157.

¹¹ ZAFFARONI, Raúl Eugênio; ALAGIA, Alejandro; SKOLAR, Alejandro. *Derecho Penal*: parte geral. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 165.

produção e a reprodução da violência social por ele gerado.¹²

Por mais que se concorde com a análise histórica realizada por Zaffaroni¹³, não se demonstra acertada a adesão à teoria agnóstica da pena, pois não é devida a recusa de qualquer função para a pena que não a pura afirmação de poder. Em diversos ramos, como no Direito Penal Econômico, a ideia de prevenção geral positiva, a qual entende pela necessidade da pena, legitimada pelo incremento e pelo reforço geral da consciência jurídica normativa, como instrumento de estabilização normativa¹⁴, mostra-se relevante no combate à criminalidade econômica¹⁵. Ademais, ainda que se adote linha ideológica diversa, permanece a finalidade de construção de um Direito Penal mais justo, sendo natural ao processo dialético de formação do conhecimento a contraposição de ideias, devendo-se extrair a melhor parte de cada corrente

¹² Não cabe aqui refazer a brilhante genealogia realizada por Zaffaroni, sendo suficiente ao presente trabalho expor os seguintes apontamentos: *“El derecho penal y la criminología, tanto en la época de la Inquisición como en la del positivismo, se vinculaban porque la primeira explicaba las causas del delito y el segundo estaba destinado a neutralizar esas causas, antes, durante y después del delito. El discurso de los juristas estaba en el primer momento inmerso en un paradigma teocrático dominado por los inquisidores, y en el segundo, en un paradigma biológico dominado por los médicos y policías. Por ello eran modelos integrados de criminología y derecho penal. El momento del liberalismo penal también dio por resultado un modelo integrado, aunque inverso, porque el discurso criminológico quedó subordinado a las decucciones del discurso filosófico jurídico. La desintegración neokatiana devinculó formalmente ambos saberes, para que el derecho penal pudiese seguir legitimando el poder punitivo más o menos como lo hacía con el positivismo, pero sin cargar con un arsenal teórico que era falso y que no podía defender; y también para que la criminología no abarcase al sistema penal, y por ende, no pusiese em descubirto su selectividade y su efecto reproductor de violencia. En realidade, no fue un discurso totalmente desintegrador de ambas disciplinas, pues mantuvo la relación de subordinación epistemológica de la criminología biopolicial. La criminología de los sociólogos norteamericanos, por su parte, fue cuidadosamente ignorada por el derecho penal, dando lugar a la verdadera desintegración de ambos saberes, lo que abrió una brecha entre ambos que condujo a una doble verdad exasperante que quita seriedad al discurso jurídico-penal. Em medio de la tormenta punitiva de la revolución tecnológica, en que incumbe al derecho penal reafirmar sua carácter de saber reductor y limitador del poder punitivo, para salvar al estado de derecho em la actual transición peligrosa, se impone volver a una integración por interdisciplinariedad, o sea, elaborar un saber jurídico penal sobre la base una teoría agnóstica o negativa del poder punitivo que sea capaz de receptar los elementos y datos que le proporcione la sociología y la criminología, especialmente acerca de la operatividad real del poder punitivo. Sin esta integración, el discurso jurídico-penal pierde su rumbo, incluso com la mejor voluntad liberal y garantista de sus cultores, pues nadie pude controlar lo que pretende ignorar, sus propuestas no pueden prescindir de los datos te proporcione la criminologia acerca de la realidad social de esse poder punitivo, de su violencia, de su selectividade, de sus efectos interactivos, deteriorantes, potenciadores de conflitividad, etc. Sin esos datos el derecho penal se perdería sosteniendo soluciones realmente paradójales. Por ello, si al comienzo se ha dado un concepto aproximativo de criminología desde una perspectiva descriptiva e história, ahora sería posible proporcionar outro, según la función que se le asignaría al saber criminológico como complemento indispensable del derecho penal de contención punitiva, perscetiva desde la que se puede concluir que la criminologia es el conjunto de conocimientos, de diferentes áreas del saber, aplicados al análisis y crítica del ejercicio del poder punitivo, para explicar sua operatividad social e individual y como és posible reducir sus niveles de producción y reproducción de violencia social.”* (Ibid., p. 164-165.)

¹³ Ibid., p. 24.

¹⁴ PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 447.

¹⁵ ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Tradução: Diego-Manuel Luzon Peña; Miguel Díaz, García Conllendo; Javier de Vicente Remesal. Tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Madrid: Civitas, 1997, p. 89-90.

analítica¹⁶.

Com base nas críticas às teorias criminológicas “clássica” e do *labeling approach*, Hassemer¹⁷, por uma perspectiva político-criminal, coloca que as condutas que merecem pena, conceito formal, são o elemento central do conceito de conduta criminosa, sendo composto pelos critérios materiais de justiça¹⁸ e de utilidade. O primeiro é traduzido pela necessidade de lesão aos bens jurídicos fundamentais de indivíduos ou da coletividade¹⁹ advinda da conduta que se quer sancionar, devendo o legislador atentar como critério definidor a frequência com que se ameaça ou com que se lesiona tais bens, ou seja, a evidente necessidade de proteção²⁰. O segundo critério visa conceder caráter prático na definição de condutas merecedoras de sanção, pautado nas exigências políticas e sociais sobre as quais devem recair o Direito Penal, tendo em vista não só um critério de justiça, mas que a utilização de instrumentos inidôneos pode gerar consequências piores que a própria conduta que se busca sancionar, ou seja, conferir uma real utilidade no combate à criminalidade²¹.

Por outro lado, Roxin²², entendendo a principal função do Direito Penal como a proteção de bens jurídicos²³, coloca que a atividade penal deve recair sobre condutas que ao

¹⁶ Nesse sentido, José Maria de Castro Panoeiro afirma que: “[...] parece, deste modo, evidente a influência da matriz ideológica na percepção do crime, que, por sua vez, se reflete na investigação de suas causas, no desenvolvimento dogmático, no questionamento do caráter seletivo do Sistema Penal e, como não poderia deixar de ser, na defesa de determinado tipo de pena. Por certo a filiação a determinada vertente ideológica está na raiz da escolha dos fundamentos teóricos usados, na tentativa de explicar e conter essa 'enfermidade', 'patologia social', ou simples 'fenômeno social normal' denominado delito. Como exposto, é do conhecimento e exame das diversas correntes analíticas que se deve extrair a melhor compreensão para o crime, fenômeno tão variado quanto heterogêneo, que comporta inclusive, diferentes tipologias na Criminologia contemporânea (delinquência juvenil, grupos jovens violentos, consumo e tráfico de drogas, delitos socioeconômicos, criminalidade violenta, entre outros)”. (PANOEIRO, José Maria de Castro. *Política criminal e direito penal econômico: um estudo interdisciplinar dos crimes econômicos e tributários*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2014, p. 52-53.)

¹⁷ HASSEMER, Winfried; MUNÔZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología y al Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989, p. 66.

¹⁸ Para o autor, de tal critério emanariam os princípios que determinariam o conceito de conduta merecedora de pena, relacionados a formalização da Administração da Justiça, como os princípios da danosidade social, do direito penal dos fatos, da subsidiariedade, da proporcionalidade e da adequação à culpabilidade das consequências jurisdicionais, do *indubio pro libertate*, da tolerância, entre outros. (Ibid., p. 71-72).

¹⁹ Ibid., p. 68.

²⁰ Ibid., p. 70.

²¹ Ibid., p. 73-74.

²² ROXIN, op. cit., 1997, p. 60-63.

²³ Sobre bem jurídico, Roxin afirma: “*El punto de partida correcto consiste en reconocer que la única restricción previamente dada para el legislador se encuentra en los principios de la Constitución. Por tanto, un concepto de bien jurídico vinculante políticocriminalmente sólo se puede derivar de los cometidos, plasmados en la Ley Fundamental, de nuestro Estado de Derecho basado en la libertad del individuo, a través de los cuales se le marcan sus límites a la potestad del Estado. En consecuencia se puede decir: los bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema. Esta definición, al atender a “circunstancias dadas y finalidades” en vez de a “interesses” de modo general, quiere expresar que este concepto de bien jurídico abarca tanto los estados previamente hallados por el Derecho como*

menos ameacem de modo concreto bens jurídicos, não sendo necessário a ocorrência de efetiva lesão. Assim, a produção normativa de quais condutas merecem ser sancionadas pelo Direito Penal deve ser balizada pela proteção dos preceitos constitucionais que favoreçam ou protejam o indivíduo inserido na sociedade e o próprio funcionamento do corpo social de lesões ou ameaças reais de lesão.

Portanto pode-se afirmar a existência de uma interdependência e de uma construção recíproca entre a dogmática do direito penal, a criminologia e a política penal, influenciando os três na construção do ordenamento jurídico, em sua interpretação e em sua aplicação e, ao mesmo tempo, sendo os três, ao menos na práxis, delimitados pelo princípio da legalidade. Assim, reafirmando o primeiro ponto exposto, desta vez na literalidade do autor, Roxin²⁴ coloca que:

a ideia de estruturar as categorias basilares do Direito Penal com base em pontos de vista político-criminais, permite transformar não só os postulados sociopolíticos, mas também dados empíricos e, especialmente, criminológicos, em elementos fecundos para a dogmática jurídica. Se procedermos deste modo, o sistema jurídico-penal deixará de ser unicamente uma totalidade conceitualmente ordenada de conhecimentos com validade geral, mas abre-se para o desenvolvimento social pelo qual também se interessa a Criminologia, que se empenha na explicação e no controle da delinquência.

Hodiernamente, não há espaço para o entendimento asséptico de crime como simples violação da lei, é necessário que a análise de tal fenômeno, bem como da legislação acerca dele, seja realizada a partir de paradigmas da Criminologia e da Política Penal. Em igual forma, para evitar o desvio na tutela penal de interesses sociais relevantes, demonstra-se incabível ao intérprete posicionar-se de forma acrítica ante o esvaziamento do conteúdo da incriminação legitimamente realizada. Nesse sentido, analisando o ordenamento pátrio, José Maria de Castro Panoeiro²⁵ exemplifica a necessidade de se adotar a postura supra com o parcelamento de débitos fiscais com efeitos processuais penais, estabelecidos no Programa de Recuperação Fiscal – Refis – com base no faturamento da empresa, os quais ensejaram parcelamentos em prazos superiores a mil anos e equipararam inadimplentes e sonegadores, violando de forma frontal os princípios da vedação à proteção deficiente e da isonomia.

Em igual forma seria possível citar o acordo de não persecução penal (art. 28-A do

los deberes de cumplimiento de normas creadas sólo por el mismo, o sea que no se limita a la primera alternativa. De tal concepto de bien jurídico, que le viene previamente dado al legislador penal, pero no es previo a la Constitución se pueden derivar una serie de tesis concretas.” (Ibid., p. 54-55.)

²⁴ ROXIN, op. cit., 2006, p. 77-78.

²⁵ PANOEIRO, op. cit., p. 56.

Código de Processo Penal, implementado pela Lei nº 13.964/2019)²⁶, instrumento despenalizador, semelhante em alguns aspectos à transação penal. O anteprojeto apresentado ao Congresso Nacional previa a incidência do citado instituto para infrações penais, sem violência ou grave ameaça, com pena máxima não superior a quatro anos. Contudo, após as alterações realizadas pelo Congresso Nacional, a versão aprovada alterou o último requisito para pena mínima inferior a quatro anos. Ainda que o entendimento jurisprudencial para instrumentos despenalizadores semelhantes é de que o seu oferecimento é um poder-dever do Ministério Público e não um direito subjetivo do réu²⁷, demonstra-se desproporcional e indevida a opção legislativa, a qual, em tese, possibilitaria a inclusão de delitos com altíssima danosidade social, como a lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores (art. 1º da Lei nº 9.613/98)²⁸, a corrupção ativa (art. 333 do Código Penal)²⁹, a corrupção passiva (317 do Código Penal)³⁰, todos os delitos contra o sistema financeiro previstos na Lei nº 7.492/86³¹, entre outros.

Levando em consideração tanto a função de defesa dos bens jurídicos por meio da incriminação de condutas de Claus Roxin, quanto os critérios de justiça e de utilidade estabelecidos por Hassemer – este último como critérios puramente objetivos – para definir quais condutas são merecedoras de sanção, as práticas atentatórias ao sistema financeiro e à ordem tributária, figuram entre elas³². Para o primeiro autor, a própria Constituição da

²⁶ BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 10 mai. 2020.

²⁷ BRASIL. Precedentes no Superior Tribunal de Justiça: *HC nº 417.876/PE*, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 14/11/2017, DJe 27/11/2017; *APn nº 871/DF*, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, CORTE ESPECIAL, julgado em 18/10/2017, DJe 27/10/2017; *AgRg no AREsp nº 1.141.600/SP*, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 10/10/2017, DJe 20/10/2017; *HC nº 388.586/BA*, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 18/08/2017, DJe 22/08/2017; *AgRg no HC nº 404.028/MS*, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 08/08/2017, DJe 17/08/2017; *AgRg no RHC nº 74.464/PR*, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 02/02/2017, DJe 09/02/2017.

²⁸ BRASIL. *Lei nº 9.613*, de 3 de março de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19613.htm>. Acesso em: 10 mai. 2020.

²⁹ BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 10 mai. 2020.

³⁰ Ibid.

³¹ BRASIL. *Lei nº 7.492*, de 16 de junho de 1986. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7492.htm>. Acesso em: 10 mai. 2020.

³² Hassemer não ignora o surgimento de novos riscos a bens jurídicos individuais e coletivos e, mesmo sendo um dos maiores críticos da expansão do Direito Penal, propõe a utilização do “Direito de Intervenção” para com eles lidar, demonstrando assim, que não se tratam de condutas indiferentes, as quais não merecem nenhum tipo de pena. Nesse sentido: *hay muchos ámbitos, como el de las infracciones administrativas, el derecho civil, el derecho público, pero también el próprio mercado y el cuidado de la víctima, en los que muchos de los problemas que se han metido en el moderno derecho penal, podrían ser resueltos de un modo mucho más satisfactorio. Quizás sería recomendable regular en un “derecho de intervención” los problemas que las modernas sociedades han llevado al moderno derecho penal. Este “derecho de intervención” estaría ubicado entre el derecho penal y el derecho sancionatorio administrativo, entre el derecho civil y el derecho público, con un nivel de garantías y formalidades*

República, como melhor demonstrado à frente, torna clara a necessidade de proteção, inclusive pelas vias penais, pois os considera como bens jurídicos essenciais ao indivíduo e à própria existência do corpo social. Para o segundo, ainda que a reprimenda não se dê exclusiva e necessariamente pela seara penal, a atuação estatal sancionatória é necessária, uma vez que os bens jurídicos tutelados possuem extrema relevância, influenciando diretamente no orçamento estatal e na ordem econômica, são constantemente ameaçados ou lesionados e, de tão evidente, dispensa comentários a utilidade existente em seu combate.³³

Diante tais enquadramentos, para além da desproporcionalidade traduzida na proteção deficiente dos citados bens jurídicos de extrema relevância, a comentada opção legislativa positivada transparece a seletividade do direito penal. Pela redação aprovada, em que pese a tendência de flexibilização por via jurisprudencial do instituto de modo semelhante à transação penal, ao possibilitar o oferecimento do acordo de não persecução penal para delitos do colarinho branco – como corrupção ativa, corrupção passiva e lavagem de dinheiro – e ao vedar, ao menos na forma textualmente aprovada, o oferecimento para delitos praticados com violência ou grave ameaça, sem ressalva para os de pequena lesividade social – como a lesão corporal (art. 129 do Código Penal) – é no mínimo questionável em prol de qual tipo de criminalidade o instituto foi aprovada e a existência de certa leniência para com a criminalidade do colarinho branco³⁴.

procesales inferior al derecho penal, pero también con menos intensidad en las sanciones que pudieran imponerse a los individuos. Esta clase de derecho “moderno” no solo sería mucho menos objetable desde el punto de vista normativo, sino también fácticamente más adecuado para responder a los problemas específicos de la sociedades modernas. (HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoría de la imputación en derecho penal*. Tradução: Francisco Muñoz Conde, María del Mar Díaz Pita. Bogotá: Temis, 1999, p. 33/34.)

³³ Ainda que se levante o princípio da fragmentariedade do direito penal contra sua utilização para tutela de bens jurídicos relativos à ordem econômica, como será melhor exposto à frente, é necessário que o Direito Penal se atualize, se abra para os tempos hodiernos e sua complexidade, enfrentando a realidade que as sanções cíveis e administrativas são insuficientes para cuidar de tal tipo de criminalidade. Pode-se exemplificar tal ineficácia com as sanções cíveis utilizadas para combater a violação de direitos do consumidor, uma vez que, mesmo após inúmeras condenações, as empresas mantêm as práticas abusivas, por vezes embutindo o custo delas nos produtos e serviços, e se sagram como as maiores demandadas no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (BRASIL. Tribunal do Estado do Rio de Janeiro. *Light lidera a lista das empresas mais acionadas na justiça em 2018*. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/web/guest/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/5111210/6069074>>. Acesso em: 11 mar. 2020). Assumindo, muitas vezes, os delitos ligados à ordem econômica maior danosidade ao convívio social e a própria existência da sociedade do que o arbítrio do monarca, os paradigmas liberais clássicos de proteção do indivíduo frente ao Estado não conseguem mais justificar e reger o Direito Penal hodierno, o qual deve enfrentar o fato de que não só a propriedade privada deve ser tutelada, mas, principalmente, os indivíduos ante ao abuso no uso dela e às violações em sua aquisição. Por óbvio, não se defende aqui uma utilização do Direito Penal como *prima ratio* estatal, mas a evolução e a atualização dos processos de criminalização primários e secundários tendo em vista a seletividade penal e a criminalidade praticada pelos detentores de poder político e econômico.

³⁴ Tendo em vista o óbice posto pelo legislador por meio da vedação à concessão do instituto despenalizador aos crimes praticados com violência, demonstra-se interessante ressaltar o entendimento de Roland Hefendehl ao

Além da cristalina desigualdade no processo de criminalização primária, o qual é entendido como a seleção dos objetos e instrumentos de proteção no quando da produção das normas, a seletividade do Direito Penal torna-se ainda mais acentuada no processo de criminalização secundária, traduzido como mecanismo de aplicação das leis, compreendendo as atividades desde o recebimento de denúncias e a investigação de delitos até o julgamento dos mesmos³⁵. Em relação ao segundo processo de criminalização, como será à frente melhor aprofundado em abordagem mais detida, todo o corpo social, e não só as agências oficiais de repressão, encara a criminalidade econômica de forma diferenciada, seja por sua complexidade, pois muitas vezes vale-se de instrumentos técnicos incompreensíveis ao público em geral, seja por constituírem delitos praticados pelas classes mais abastadas, as quais, historicamente, se valem da boa fama de “homens de negócios”, e não necessitam de violência para prática de suas transgressões. De tal prisma, Alessandro Baratta³⁶ pontua que:

por lo que concieme a la selección de los bienes protegidos y de los comportamientos lesivos, el “carácter fragmentario” del derecho penal pierde las ingenuas justificaciones basadas em la naturaleza de las cosas o en la idoneidad técnica de ciertas materias, y no de otras, para ser objeto de control penal. Estas justificaciones son una tiende a privilegiar los intereses de las clases dominantes y a inmunizar del proceso de criminalización comportamientos socialmente danosos típicos de los individuos pertenecientes a ellas, y ligados funcionalmente a la existencia de la acumulación capitalista, y tiende a orientar el proceso de criminalización sobre todo hacia formas de desviación típicas de las clases subalternas.

Sobre o mesmo processo seletivo do Direito Penal, continua Baratta³⁷:

esto no sólo acontece con la elección de los tipos de comportamientos considerados para acuñar la figura legal delictiva y com la diversa intensidad de la amenaza penal, que a menudo está en relación inversa com la danosidad social de los comportamientos, sino com la formulación técnica misma de las figuras delectivas. Cuando se dirigen a comportamientos típicos de los individuos pertenecientes a las clases subalternas, y que contradicen las relaciones de producción y de distribución capitalistas, forman ellas una red bastante apretada, mientras la misma red es a menudo demasiada rala cuando las figuras delictivas tienen por objeto la criminalidad económica y otras formas de criminalidad típicas de los individuos pertenecientes a las clases que están em el poder.

comentar os crimes contra o patrimônio: “[...] seria ingênuo supor que apenas a pessoa privada de propriedade e patrimônio busque propriedade e patrimônio. Entretanto, uma pessoa abastada em geral faz uso de métodos mais sutis de enriquecimento do que o furto. Esses métodos sutis não consistem em violência física, mas sim em violência estrutural, cujas consequências são igualmente devastadoras.” (HEFENDEHL, Roland. Uma teoria social do bem jurídico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 87, 2010, p. 110).

³⁵ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica y crítica del derecho penal: introducción a la sociología jurídico penal*. 1 ed. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2004, p. 98.

³⁶ Ibid., p. 171-172.

³⁷ Ibid.

A limitação operacional das agências criminalizadoras secundárias, não só entendidas como as agências policiais, mas também as agências políticas, midiáticas e detentoras de poder econômico, acarreta num processo de seleção dos criminosos e de vítimas. Como regra, a criminalização recai sobre a chamada “obra tosca da criminalidade”, crimes grosseiros, cometidos sem maiores requintes ou sofisticação, e sobre pessoas detentoras de menor poder político ou econômico.³⁸³⁹

Em linhas gerais, é correta a afirmação de que a criminalidade econômica e financeira, cuja a autoria, em sua maioria, deriva dos grupos sociais hegemônicos, não produz processos de criminalização ou consequências penais em igual forma que a criminalidade violenta ou dos estratos sociais inferiores. Enquanto a propriedade privada, concentrada na mão dos detentores de poder econômico, tende a ser fortemente protegida pelo Estado, o Direito Penal e seus instrumentos tendem a tomar contornos diferentes ao lidar com os delitos comumente praticados pelos mais pobres.⁴⁰

Parte dessa seleção advém, além da própria da construção histórica do Direito burguês como mecanismo de controle social⁴¹, de divergências ideológicas da Economia – neoliberalismo *versus* intervencionismo –, as quais refletem na visão de sociedade, de liberdade, de modelo econômico no Estado burguês e, logicamente, em sua matriz dogmática penal. O interesse econômico, revestido por um ideário de liberdade – traduzida como direito à

³⁸ ZAFFARONI; ALAGIA; SKOLAR, op. cit., p. 8-9.

³⁹ Fica evidente tal seletividade dos mecanismos de coerção estatal ao se analisar a população carcerária brasileira, a qual, segundo o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen, em dezembro de 2019, contava com 748009 (setecentos e quarenta e oito mil e nove) presos em todos os regimes, sendo que, 50,96%, ou seja, 504108 (quinhentos e quatro mil cento e oito) presos respondem por crimes contra o patrimônio, 20,28%, ou seja, 200583 (duzentos mil quinhentos e oitenta e três) presos respondem por crimes previsto nas Leis de Drogas (6.368/76 e 11.343/06) e 17,36%, ou seja, 171715 (cento e setenta e um mil setecentos e quinze) presos respondem por crimes contra a pessoa. (DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. Infopen: período de julho a dezembro de 2019. *DEPEN*, Brasília, 2019. Disponível em: <<http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen>>. Acesso em: 09 mar. 2020.). Por outro lado, somente no ano de 2018, o Sindicato Nacional dos Procuradores da Fazenda Nacional estima que o Brasil deixou de arrecadar mais de R\$ 345.000.000 (trezentos e quarenta e cinco bilhões de reais) em razão de sonegação fiscal, delito contra a ordem tributária. (MARINI, Luisa. Brasil deixou de arrecadar mais de R\$ 345 bilhões por sonegação em 2018. *Congresso em foco*, Brasília, 09 ago. 2018. Disponível em: <<https://congressoemfoco.uol.com.br/economia/brasil-deixou-de-arrecadar-mais-de-r-345-bilhoes-por-sonegacao-em-2018/>>. Acesso em: 09 mar. 2020). Ainda que não sejam diretamente comparáveis, os dados expostos conotam a priorização da defesa de certos bens jurídicos, os comumente lesados ou ameaçados pela chamada “criminalidade de rua”, em detrimento de outros igualmente importantes e que afetam indiretamente um número muito maior de pessoas, como a ordem econômica, a ordem tributária, o meio ambiente, comumente lesados ou ameaçados pela chamada “criminalidade do colarinho branco”. Tal fato reforça a ideia de cifra negra da criminalidade, a qual não é criada por uma simples falha nos mecanismos penais, mas é consequência de uma política criminal seletiva que favorece as camadas superiores da sociedade.

⁴⁰ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: parte geral*. 4. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 13.

⁴¹ Id. *A criminologia radical*. 3. ed. Curitiba: ICPC Lumen Juris, 2008, p. 90.

propriedade privada – quase absoluto, nega a possibilidade de interferência estatal no mercado, repercutindo na estruturação e no funcionamento da sociedade e consequentemente do Direito Penal, o qual não pode, para tal linha de pensamento, se imiscuir na ordem econômica, devendo apenas garantir o direito à propriedade privada⁴². Por outro lado, o próprio modelo de Estado previsto na Constituição da República prevê tal intervenção, inclusive por intermédio do Direito Penal Econômico.⁴³

Ao abordar a Ordem Econômica na Constituição da República de 1988, Eros Grau⁴⁴ afirma que o mercado é uma instituição social, nascida de reformas institucionais, ou seja, de modo não espontâneo, em *locus artificialis*, que opera com base em normas jurídicas regulatórias, e se destina a manter certas estruturas de poder garantidoras da prevalência do interesse de certos grupos sociais sobre os interesses de outros grupos. Por tal, tratando-se de uma instituição jurídica, o mercado necessita de regulamentação para seu funcionamento e seu desenvolvimento, pois não só os seres humanos e os recursos naturais dependem de proteção dos nefastos efeitos de um mercado responsável por sua própria regulação, mas também a própria organização da produção capitalista.

Sendo a Constituição da República de 1988, primordial tradução dos princípios políticos penais do Brasil, marcadamente principiológica e programática, deve-se extrair da análise sistemática de seus enunciados, diretrizes, programas e fins a serem concretizados pelo Estado e pela sociedade. Também figura como necessária a atenção à ideologia constitucionalmente adota, ou seja, ao processo de conversão de ideologias puras em ordem jurídica positivada, conferindo uma ressignificação axiológica do instituto econômico por meio da interpretação dos princípios da Constituição Econômica⁴⁵.

Analizando as disposições principiológicas do art. 1º da Constituição da República e acerca da ordem econômica (art. 170 da CRFB/88)⁴⁶, são explícitas as opções por um Estado Democrático de Direito e por uma sociedade capitalista, mas não neoliberal, pois os princípios da propriedade privada e da livre concorrência (art. 170, II e IV, da CRFB/88)⁴⁷ devem ser

⁴² PANOEIRO, op. cit., p. 39.

⁴³ Ibid., p. 44.

⁴⁴ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 28-29.

⁴⁵ CLARK, Giovani; CORRÊA, Leonardo Alves; NASCIMENTO, Samuel Pontes do. Ideologia constitucional e pluralismo produtivo. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. esp., p. 276, 2013. Edição especial em memória do Professor Washington Peluso Albino de Barros.

⁴⁶ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 mai. 2020.

⁴⁷ Ibid.

conjugados e efetivados em atenção aos princípios da função social da propriedade e da redução das desigualdades sociais (art. 170, III e VII, da CRFB/88)^{48,49}. É preciso ressaltar ainda que, mesmo havendo uma implementação global de uma agenda neoliberal, a Constituição brasileira inclina-se diretamente para um Estado Social⁵⁰.

Nessa linha, cabe pontuar rapidamente o pensamento de Washington Peluso Albino de Souza acerca da intervenção disciplinar estatal no domínio econômico e da responsabilização penal da pessoa jurídica na atual ordem constitucional. Para o autor⁵¹, a Carta de 1988 se contrapõe às tradicionais resistências da doutrina brasileira contrária às citadas intervenção e responsabilização, pois o texto de 1998 aceita a personalidade jurídica da empresa estabelecendo a responsabilidade da empresa nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular, independentemente da de seus dirigentes. Ademais, a posição do Estado interventor é firmada ao apresentá-lo como agente normativo e regulador, conferindo-lhe as funções de fiscalização, incentivo e planejamento (art. 174, CRFB/88).

Ainda que se concorde com Juarez Cirino dos Santos⁵² em sua tese “A criminologia radical” e se reconheça que o Direito Penal atual é o Direito Penal burguês, é necessário sopesar que o Estado, logicamente, também o é e, em vez de se apegar a questões ideológicas ou ideais políticos, faz-se necessário trabalhar de maneira crítica com os instrumentos e mecanismos nele disponíveis, visando a construção de uma sociedade, dentro do possível no sistema capitalista, melhor⁵³. Ademais, como é possível extrair do pensamento de Lênio Streck⁵⁴, nenhum país do mundo abriu mão do instrumento de controle que é o Direito Penal, razão pela qual seria, no

⁴⁸ Ibid.

⁴⁹ Neste aspecto, Eros Grau pontua que “há marcante contradição entre o neoliberalismo – que exclui, marginaliza – e a democracia, que supõe o acesso de um número cada vez maior de cidadãos aos bens sociais. Por isso dizemos que a racionalidade econômica do neoliberalismo já elegeu seu principal inimigo: o Estado Democrático de Direito. (GRAU, op. cit., p. 55.)

⁵⁰ PANOEIRO, op. cit., p. 73.

⁵¹ SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Teoria da constituição econômica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 120-121.

⁵² SANTOS, op. cit., 2008, p. 90.

⁵³ Interessante ressaltar, em curtas linhas, o entendimento de Evguiéni B. Pachukanis, em sua obra *Teoria geral do direito e marxismo*, de que o fenômeno jurídico não pode ser reduzido à norma objetiva, pois essa não passa de uma abstração vazia, o verdadeiro fundamento do direito burguês, em sua forma mais básica, corresponde aos próprios atos de troca da esfera da circulação de mercadoria. Assim, ainda que o direito burguês seja determinado pela forma jurídica, a análise do conteúdo material da norma é insuficiente para uma análise marxista do direito, pois não alcança a especificidade do fenômeno jurídico e não abarca em si uma compreensão histórica da forma jurídica. Por tal razão, tem-se ciência das limitações de transformação jurídica e social por meio dos referenciais teóricos escolhidos e das críticas aqui tecidas, o que não as torna insignificantes ou desnecessárias, principalmente porque, fora de um contexto revolucionário, são o meio viável de mudança social e ganho material. (PACHUKANIS, Evguiéni B. *Teoria geral do direito e marxismo*. São Paulo: Boitempo, 2017.)

⁵⁴ STRECK apud PANOEIRO, op. cit., p. 42.

mínimo, questionável que o Brasil hodierno fosse o primeiro. Assim, sendo possível pelo próprio modelo de Estado adotado pelo Brasil a intervenção na economia e prevendo a Constituição da República as balizas principiológicas para essa normatização, no ponto que interessa a esse trabalho, é preciso reconhecer a possibilidade de que tal atuação se dê por meio da seara penal.

Nesse sentido, fundando raciocínio no pensamento de Norberto Bobbio, José Maria de Castro Panoeiro⁵⁵ expõe que:

a ideia de extinção do Estado, ou de autogoverno, diz o autor, só seria admissível numa democracia direta, não representativa, ou onde não houvesse necessidade do uso da força coletiva para a sobrevivência da própria sociedade. Com essas diretrizes, a possibilidade de conformação do processo econômico pelo Estado, por meio de normais penas, sempre que presente um comportamento incompatível com os valores e condutas exigidas em uma sociedade solidária. Por exemplo, se alguém se aproveita de uma situação de calamidade; isto é, da premente necessidade das pessoas, para aumentar seus lucros, sua conduta merece sancionamento. Aliás essa prática seria enquadrável no Brasil no crime de usura real (art. 4º, “b”, da Lei nº 1.251/15).

Em igual forma, é possível afirmar que a conduta ensejadora de danos à bens jurídicos individuais e coletivos advindos do desempenho inconsequente de atividades empresariais, muitas vezes com emprego de fraudes, seja merecedora de sanção. Ainda, como melhor esmiunçado à frente, é necessário reconhecer que a utilização de entes morais, os quais chegam a tomar dimensão e complexidade tamanhas de modo a impossibilitar a individualização da imputação criminal, não deve obstar a coação de condutas delitivas, pois uma criação do ordenamento legal não pode ser utilizado como instrumento para acobertar ilegalidades.

Nesse sentido, cabe destacar o entendimento de Luis Gracia Martín⁵⁶ de que o conteúdo do Direito Penal Econômico pode ser fixado mediante um critério de validade geral, qual seja, a relação, no contexto ou na prática, do fato delitivo com uma atividade econômica. O critério é lastreado pela consideração de que diversos tipos penais tradicionais são adaptados e utilizados dentro do contexto econômico, ganhando novos traços – como é comum com as fraudes e as falsidades documentais, bem como com a apropriação indébita, as quais viram crimes relacionados à gestão empresarial, à ordem tributária e à ordem financeira, *verbi gratia*. Assim, as modalidades mutiladas devem receber um tratamento diferenciado, pois o *modus operandi* de realização dos fatos, permeado por peculiaridades do exercício de atividades

⁵⁵ BOBBIO apud Ibid., p. 84-85.

⁵⁶ GRACIA MARTÍN, Luis. *Prolegômenos para a luta pela modernização e para a crítica do discurso de resistência*. Tradução: Érica Carvalho. Porto Alegre: Sergio A. Fabris, 2005, p. 54-55.

econômicos – como a utilização de pessoas jurídicas –, podem não comporta os típicos mecanismo de imputação jurídico-penal, bem como necessitarem da utilização de normas processuais especiais ou da especialização dos órgãos judiciais⁵⁷.

O Estado brasileiro, o qual confere proteção ao direito de propriedade, também deve oferecer proteção frente a lesividade advinda do uso e da aquisição da propriedade, mesmo que à malgrado de parte dogmática penal pátria filiado ao Direito Penal liberal. Cabe ao intérprete, por meio da atuação prática e de trabalhos acadêmicos, como este de forma não exauriente se propõe, reconhecer condutas merecedoras ou não de sanção, desenvolver os entendimentos e instrumentos dogmáticos e, conseqüentemente, tentar influir na política criminal visando a modernização do Direito Penal, superando históricos processos seletivos de crimes e criminosos para, dentro do possível em um Estado burguês, construir uma sociedade mais justa.

Por tal razão, demonstra-se necessário o estudo do Direito Penal Econômico, aquele ligado ao intervencionismo estatal na Economia com a utilização do *ius puniendi*, para o desenvolvimento das citadas áreas e a desconstrução da intangibilidade criada acerca dos chamados crimes do colarinho branco, os quais, apesar de sua maior lesividade ao corpo social, não carregam os mesmos estigmas e nem a mesma repressão que a “obra tosca da criminalidade” por, na maioria das vezes, estarem relacionados aos detentores de poder econômico e de poder político. Assim, com a finalidade de trazer à lúmen a delinquência econômica, antes de se adentrar no embate entre os discursos de resistência e de expansão do Direito Penal, figura como interessante uma rarefeita exposição acerca das conclusões do sociólogo Edwin Hardin Sutherland sobre os crimes do colarinho branco, bem como uma rápida explanação, sob um viés do darwinismo jurídico, dos instrumentos legislativos de combate a eles.

1.2. Sutherland e o despertar para o *white collar crime*

Pode-se entender a resposta do corpo social ao fenômeno criminológico como uma das mais importantes tarefas do legislador ao elaborar e positivar as balizas, políticas criminais, pelas quais o Estado atuará. A compreensão do fato social que se pretende criminalizar é imprescindível para a correta regulação do problema, requerendo, principalmente no Direito Penal Econômico, a inserção dos conhecimentos de outras áreas do saber, como a Economia e a Sociologia, na interdependência e na construção recíproca da dogmática do direito penal, da

⁵⁷ Ibid., p. 56-57.

criminologia e da política penal. Por tal razão, faz-se necessária uma digressão, ainda que geral e não exauriente, acerca do tratamento legal da criminalidade econômica, dando destaque antes às conclusões do sociólogo Edwin Hardin Sutherland em relação aos, por ele denominados, “crimes do colarinho branco”⁵⁸.

No início do século XX, a criminologia era fortemente influenciada pelas teorias positivistas de Cesare Lombroso, o qual identificava o estereótipo do criminoso por suas características físicas, consideradas como a demonstração da patologia que o vertia à criminalidade. Discordando do viés positivista e seus fundamentos biológicos e antropológicos para a explicação do fenômeno criminológico, Gabriel Tarde desenvolveu a teoria da imitação, visando demonstrar a inexistência de relação causal entre delinquência e anomalia, afastando fatores determinísticos, como clima, cor da pele, estrutura óssea, tatuagens, e realocando a explicação para o fenômeno humano da imitação, o qual se relacionaria com o sentimento de satisfação ou de insatisfação, com a busca da felicidade, sendo os dogmas, os costumes e as ações transmitidos pelo exemplo. A ruptura de pensamento ensejada por Tarde inspirou Sutherland na criação de sua teoria da associação diferencial, a qual não se vale do exemplo, mas do aprendizado para descrever a origem do fenômeno criminológico.⁵⁹

Como assinala Artur de Brito Gueiros de Souza⁶⁰, em suas investigações criminológicas, antes do surgimento das teorias do *labelling approach* e do discurso sobre seletividade do Direito Penal, Sutherland dissocia o comportamento criminoso de causas sociopatológicas, psicopatológicas ou exclusivamente econômicas. A criminalidade é entendida pelo autor norte-americano como resultado de um processo diferenciado de socialização, e não pela falta dela, ou seja, como consequência de um processo não formal de aprendizagem de valores, de pautas de conduta, de atitudes e de definições favoráveis ao descumprimento ou ao cumprimento da lei.

Contudo, partindo do pressuposto de que os fatos criminalizados são definidos em lei, o que os tornaria passível de cometimento por qualquer classe social, Sutherland, ao acarear sua teoria da associação diferenciada com o censo criminal norte-americano do começo do

⁵⁸ Artur de Brito Gueiros Souza expõe a definição realizada por Hermann Mannheim dos crimes do colarinho branco como: “a) um crime; b) cometido por pessoas respeitáveis; c) com elevado status social; d) no exercício de sua profissão.” (MANNHEIM apud SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Da criminologia à política criminal: Direito Penal Econômico e o Novo Direito Penal. In: SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Inovações no direito penal econômico: contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas*. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2011, p. 114.)

⁵⁹ Ibid., p. 108.

⁶⁰ Ibid., p. 111.

século passado, constatou que sua formulação destoava dos dados estatísticos, os quais apontavam um maior índice de condutas criminais perpetrados pelas classes sociais mais baixas e um ínfimo índice de condutas criminais realizadas pelas classes sociais mais altas.⁶¹ Destarte, ou sua formulação estaria equivocada, ou os dados estatísticos estariam errados e destacavam determinada categoria de delinquentes em favor de outra.

Para demonstrar que a criminalidade não existia apenas nos setores mais pobres da sociedade, Sutherland observou, por 20 anos, as 70 principais empresas norte-americanas visando identificar possíveis práticas delituosas. Das 980 decisões desfavoráveis às corporações, apenas 158 foram proferidas na seara penal e, considerando que uma conduta delituosa certamente é uma conduta ilegal, mas que uma conduta ilegal pode ou não ser classificada como uma infração penal, Sutherland questionou os crivos afixados para estipular os outros 822 fatos sentenciados como uma conduta não delituosa e o porquê do tratamento da criminologia ser diferenciado para delitos relacionados à atividade empresarial.⁶²

Confrontando a ausência da percepção das práticas ilegais perpetradas por empresas como delitos nos âmbitos legal, judicial, teórico e social, Sutherland partiu do pressuposto que uma conduta delitiva era formada por dois critérios, quais sejam, a descrição de um ato socialmente lesivo e a previsão legal de consequências negativas para quem os praticasse⁶³. Em seguida, o autor entendeu que as 980 condutas se encaixariam no primeiro requisito, uma vez que violaram dispositivos legais – como as leis antitrustes, a legislação trabalhista, as leis de concorrência e os mecanismos de proteção de consumidores em face de propaganda enganosa e fraudes – e afetaram pessoas que participaram, direta ou indiretamente, das atividades empresariais em algum momento ou de algum modo – como acionistas e investidores,

⁶¹ Ibid., p. 112.

⁶² SUTHERLAND apud COSTA, Gisela França da. Breve panorama do pensamento de Edwin H. Sutherland e a nova etiologia da criminalidade. In: SOUZA op. cit., 2011, p. 70.

⁶³ Importante destacar os apontamentos de Gisela França da Costa de que: para Sutherland, a análise do criminólogo seria distinta, pois, interessado em uma teoria da conduta delitiva, apenas necessitaria saber que determinada classe de condutas era definida como criminosa por meio de uma norma penal incriminadora e que um indivíduo determinado praticou uma conduta dessa natureza descrita na lei. Nesse sentido, o criminólogo necessitaria ter conhecimento sobre esses dois aspectos. (SUTHERLAND apud Ibid., p. 71.). Em igual forma, “Sutherland chamou atenção para o fato de um ato ilegal não ser definido como delitivo por haver castigo, mas sim pela circunstância de que era punido. O furto, em verdade, era um delito quando o ladrão fosse submetido a *probation* ou quando fosse condenado à prisão. Pode-se argumentar que a pena por desacato à autoridade não era um castigo por violar a lei original e que, portanto, a lei não continha uma sanção penal. Esse raciocínio era considerado falacioso por Sutherland, já que a lei original previa a aplicação de ordens judiciais com a correspondente penalidade como parte do procedimento para seu cumprimento. Em consequência, todas as decisões prolatadas em função de emendas de Lei Antitruste indicavam, consoante as considerações do autor, que as corporações cometeram delitos.” (SUTHERLAND apud Ibid., p. 73.)

trabalhadores, consumidores e o corpo social em geral em razão da lesão ao fisco. Havendo uma sanção correspondente a cada uma das condutas julgadas, as quais, ao ultrapassar o teor da lesão, assumiriam um caráter punitivo e constituiriam uma forma de castigo, o segundo critério restaria preenchido.⁶⁴ Por tais filtros, chegou-se ao resultado de que 779 das 980 decisões analisadas indicavam o cometimento de delitos, um número muito maior que as originais 158 condenações oriundas de uma implementação diferenciada dos mecanismos penais, a qual minimizava ou excluía o estigma correlacionado às sanções, das leis aos delitos cometidos por corporações.⁶⁵

Importante aqui destacar a pontuação, baseada nos entendimentos de Erving Goffman, de Gisela França da Costa sobre o estigma, entendido como atributo pessoal que correlaciona o indivíduo a determinado estereótipo, gerado pela seara penal, pois o corpo social trata de forma diferenciada os sujeitos estigmatizados. Por óbvio, essa diferenciação no convívio existe e repercute na seara penal, seja na criação, seja na implementação, seja nos efeitos. Nesse sentido, elucida a autora⁶⁶:

o estigma criado em função da aproximação do sistema penal é de tal ordem que os componentes das camadas empobrecidas da sociedade são obrigados a evitar o convívio com indivíduos que tenham tido algum contato com o sistema penal, pois a carga estigmatizante pode estender-se a eles (...). Os meios de comunicação de massa, atualmente, contribuem ativamente para esse processo, ao operarem efetuando diuturnamente uma condenação previa de suspeitos, sem julgamento, contraditório, ou processo, e incentivando a sociedade a proceder a uma clivagem social entre o homem bom, branco, de classe média ou alta, consumidor, e o marginal, negro malfeito, favelado alijado do mercado de consumo e perigoso.

Assim, conclui a autora⁶⁷:

percebe-se, assim, no império das concepções maniqueístas, que a ausência de identificação do criminoso econômico como tal está atrelado à ausência de sinais que se coadunem com o estereótipo do criminoso e que possam estigmatizá-lo.

Como já pontuado, hoje parece evidente o fato de o Direito Penal operar de maneira seletiva em seus processos de criminalização primária e de criminalização secundária. Tendo em vista, não só a “boa fama dos homens de negócios” – tachados como geradores de riquezas por deter os meios de produção e explorar a mão de obra assalariada –, mas a evidente relação direta entre o poder econômico e o poder político e a mídia de massa e a relação, ao menos em

⁶⁴ Ibid., p. 72.

⁶⁵ Ibid., p. 75.

⁶⁶ Ibid., p. 77.

⁶⁷ Ibid.

teoria, indireta⁶⁸ entre o poder econômico e as agências responsáveis pelo processo de criminalização secundária, como polícias, Ministério Público, Poder Judiciário entre outros, parece fácil compreender o porquê do processo de seletividade do sistema penal favorecer a delinquência econômica.

Nessa linha, Gisela França da Costa⁶⁹, aponta que Sutherland indicou três provas do tratamento diferenciado dos criminosos econômicos: (i) a maior leniência do Departamento de Justiça norte-americano para com as corporações, acarretando em menores penas para executivos que perpetram condutas delitivas semelhantes à de pessoas de classes socioeconômicas inferiores; (ii) a ausência de previsão de penas de morte ou tortura física para delinquência econômica, a qual poderia se valer de mecanismo de substituição de penas como *probation*; (iii) o não reconhecimento do público em geral da criminalidade do colarinho branco como conduta delinquente. A importância dos estudos de Sutherland reside nessa demonstração de uma implementação diferenciada dos mecanismos estatais de coerção, antes mesmo da elaboração de teorias acerca da seletividade do Direito Penal, culminando na criação do termo “crimes do colarinho branco” para se referir à criminalidade profissional dos estratos superiores da sociedade e no maior enfoque legal e científico para a criminalidade econômica, bem como para o tratamento privilegiado a ela conferida. Assim, a citada autora⁷⁰, ainda analisando a obra de Sutherland e considerando a relação geralmente circular entre lei e costume, aponta que:

podem mencionar-se três razões da diferente relação entre a lei e os costumes nesse terreno: a) as violações da lei por parte dos empresários são complexas e seus efeitos difusos, logo, tais condutas poderão não se abater sobre uma vítima específica ou determinada. Não se constituem em ataques simples e diretos de uma pessoa a outra, como são as ameaças ou lesões. Muitos delitos do colarinho-branco somente podem ser apreciados por profissionais especialistas no tema. Assim, Sutherland exemplifica que determinada corporação podia violar uma lei durante uma década ou mais antes que uma agência administrativa ou o público tomasse conhecimento da infração.

Continua Gisela França da Costa⁷¹:

b) as agências públicas de comunicação não expressavam os sentimentos morais organizados da comunidade a respeito dos crimes do colarinho-branco, em parte em razão de sua complexidade e de não poderem apresentar facilmente como notícia, mas também em grande medida porque as agências de comunicação pertencem ou são

⁶⁸ Aqui diz-se direta a relação entre poder econômico e poder político e as mídias de massa em razão de ser lícita, no sentido de existir chancela legal, a intervenção do primeiro no segundo, por exemplo, por meio de doações às campanhas eleitorais ou por deter a propriedade de canais midiáticos como rádios, canais de televisão, sites etc. Por outro lado, rotula-se como indireta a relação entre o poder econômico e as citadas agências criminais por ser vedado pelo ordenamento jurídico a transferência direta de recursos para as últimas, ocorrendo antes a comunicação pela via legislativa, por exemplo.

⁶⁹ SUTHERLAND apud COSTA, op. cit., p. 81-82.

⁷⁰ Ibid., p. 82.

⁷¹ Ibid., p. 82-83

controladas por empresários e porque elas mesmas participam da violação de muitas dessas leis; c) as leis editadas para a regulação dos negócios pertencem a uma parte relativamente nova e especializada da legislação.

Assim, ainda em meados do século XX, as formulações de Sutherland evidenciaram o tratamento privilegiado conferido pelo Estado, pelas agências criminais e por todo corpo social aos delitos relacionados às classes mais abastadas, os quais não eram reconhecidos como criminosos mesmo realizando condutas, muitas vezes, mais lesivas à coletividade do que em relação às engendradas pelos estigmatizados pelo direito penal, na maioria das vezes oriundos de classes menos favorecidas. Tais apontamentos, mudaram o enfoque da criminologia e sagraram Sutherland como o pai da criminologia moderna, além de ocasionar a cisão da “escola de Chicago” do pensamento criminológico tradicional europeu⁷².

A partir da relatada guinada na criminologia, mostra-se importante a análise, ainda que breve e não exauriente, da legislação referente aos crimes do colarinho branco para o entendimento do Direito Penal Econômico como ramo autônomo do Direito Penal nuclear. Adianta-se que o processo de construção da citada área na via legislativa, em razão da adoção de diferentes modelos de Estado motivada por fatores históricos, se deu em maneiras diversas nos Estados Unidos da América e na Europa, havendo uma convergência na década de 80 do século passado em razão do movimento de globalização econômica.

Reconstruindo os esforços políticos e legislativos, remotamente, é possível vislumbrar traços essenciais do Direito Penal Econômico na antiguidade, onde o devedor insolvente poderia até mesmo ser reduzido à escravidão, demonstrando que não se trata de uma nova ramificação do Direito Penal.⁷³ Reforça a percepção da preocupação com delitos ligados à economia em tempo mais remotos a fixação de pena de morte, realizada pelo imperador romano Diocleciano no final do século III, para delitos relacionados à saída de armas e de ferro do Império ou à adulteração de gêneros alimentícios.⁷⁴ Seguindo na linha histórica exemplificativa, ainda que com grandes saltos, pode-se citar os “crimes de quebra” nascidos com o crescimento comercial na baixa idade média⁷⁵ e, a criminalização da celebração de acordos ou coligações que obstassem a autorregulação do mercado realizada pelo Código Penal napoleônico. Ressalta-

⁷² PALHARES, Cinthia Rodrigues Menescal. Aspectos político-criminais das sanções penais econômicas no Direito Brasileiro. In: SOUZA, op. cit., 2011, p. 152-153.

⁷³ BATISTA, Nilo. *Lições de Direito Penal falimentar*. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 29-33.

⁷⁴ TIEDEMANN, Klaus. *Derecho penal y nuevas formas de criminalidade*. 2. ed. Lima: Jurídica Grijley, 2007. p. 4-5.

⁷⁵ NIETO MARTÍN, Adán. Introducción. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán. *El Derecho Penal Económico en la era compliance*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 11.

se que a última ocorreu após a revolução francesa, a qual foi guiada por preceitos liberais clássicos, presando pela liberdade de atuação da “mão invisível” na regulação do mercado.⁷⁶

Na Europa continental, com o crescimento do reformismo no começo do século XX – modelo que, após a revolução russa, buscava um intermédio entre o socialismo extremado e o capitalismo puro culminando em documentos como a Constituição de Weimar (1919) e a Constituição mexicana (1917) – há a consolidação dos pilares do direito econômico na modernidade. Esse novo modelo de Estado, vertido à reparação de injustiças e impedir distorções por meio da intervenção no campo econômico, passou a se valer do Direito Penal Econômico como um sistema adequado à sociedade contemporânea, admitindo que a relação entre o Direito Penal e as relações de produção, da qual emana a expressão da delinquência de sociedades mais sofisticadas⁷⁷.

Sobre tal processo, ressalta José Maria de Castro Panoeiro⁷⁸:

cumprir observar, porém, que o recente desenvolvimento do Direito Penal Econômico só foi possível, quando o Direito Econômico conquistou autonomia, deixando de ser mero apêndice do Direito administrativo (Direito administrativo econômico). Isto, porém, não pode levar, como bem registra Tiedemann, a que se olvide que a origem do Direito Penal Econômico, na Europa Continental está relacionada à forte regulação econômico-administrativa nos países europeus durante a Primeira Guerra Mundial, cujo objetivo era o controle da satisfação de necessidades.

Ainda sobre o Direito Penal Econômico, continua o citado autor⁷⁹:

essa marca característica do Direito Penal Econômico, voltado à resolução do problema da escassez nas mais variadas sociedades. Contudo, na atualidade, a intervenção estatal na economia tem suas bases assentadas no Estado Social, que busca equilibrar as premissas de um sistema econômico capitalista com direitos e garantias de índole social.

A evolução do Direito Penal Econômico nos Estados Unidos da América, em razão da maior relevância do mercado financeiro no financiamento de atividades econômicas e da menor regulamentação do mercado pelo Estado, não é semelhante ao processo desenvolvido pelo Direito Penal Econômico na Europa continental. Ante tais peculiaridades, três foram as principais estratégias utilizadas nos Estados Unidos da América no século XX: (i) a aprovação medidas antitruste para evitar a alteração de preços por meio de acordos; (ii) a precaução e a penalização pela prática de *insider trading* – uso de informações ainda não divulgadas ao público em geral para pautar a realização de negociação de valores mobiliários – impedindo a

⁷⁶ Ibid.

⁷⁷ PANOEIRO, op. cit., p. 100-101.

⁷⁸ TIEDEMANN apud Ibid., p. 102-103.

⁷⁹ Ibid., p. 103

manipulação de cotações; (iii) a responsabilização penal da pessoa jurídica como instrumento de coação para os gestores desenvolverem suas atividades em consonância à legalidade⁸⁰.

No ordenamento jurídico pátrio, José Maria de Castro Panoeiro⁸², respaldado na ideia de José Henrique Pierangeli de legislação genuinamente brasileira, pontua o início de um Direito Penal voltado à proteção da ordem econômica com a previsão de tipos de fraudes no comércio no capítulo do estelionato no Código Penal 1890, seguido pelo Decreto-Lei nº 22.626/1933, o qual tratou da usura, e da previsão de delitos com índole econômica pela lei de Economia Popular (Decreto-Lei nº 869/1938). A partir de então, diversas outras normativas resguardando, nos moldes da Europa ocidental, preceitos econômicos pela via penal apareceram, destacando-se a Lei de Falência (Decreto-Lei nº 7.661/1945), a Lei de Economia Popular (Lei nº 1.521/1951), a Lei de Condomínios e Incorporações Imobiliária (Lei nº 4.728/1965), a Lei de Mercado de Capitais (Lei nº 4.728/1965) e a Lei de Sonegação Fiscal (Lei nº 4.729/1965). Com a adoção de legislação criminal protegendo a livre concorrência (art. 4º da Lei nº 8.137/1990, com redação da Lei nº 12.529/2011), prevendo a penalização de *insider trading* (art. 27-D da Lei nº 6.38/76, introduzido pela Lei nº 10.303/2001) e a responsabilidade penal da pessoa jurídica (art. 3º da Lei nº 9.605/1998) – instrumentos tipicamente utilizados pela tradição norte-americana segundo Nieto Martín – há a adição de instrumentos do modelo anglo-saxões no *civil law* pátrio.⁸³

Nesta esteira, valendo-se novamente dos apontamentos de Nieto Martín, José Maria de Castro Panoeiro⁸⁴ continua e, fundando nas alterações vivenciadas na Europa continental e no Brasil de um Estado protetor para um Estado regulador⁸⁵, bem como nas indicações de León Berini de um colapso nos paradigmas liberais e socialistas para economia no século XXI, indica a tendência de expansão do Direito Penal, ao menos no tocante ao Direito Penal Econômico,

⁸⁰ NIETO MARTÍN, op. cit., 2013, p. 12.

⁸¹ Quanto ao último instrumentos, sob seu viés de um darwinismo jurídico, Nieto Martín entende que: “las leys que rigen la evolución de las especies actúan implacablemente en el mundo jurídico, donde sólo sobreviven los principios, reglas e instituciones que mejor se adaptan al medio. En el siglo XXI estamos asistiendo a una transformación radical del modelo económico capitalista, en el que la *compliance*, como estrategia de control del comportamiento empresarial desviado, tiene una mayor capacidad de adaptación. Esta nueva estrategia ha provocado la muerte de un antiguo dinosaurio jurídico: el *societas delinquere non potest*”. (Ibid., p. 12-13).

⁸² PIERANGELI apud PANOEIRO, op. cit., p. 104.

⁸³ NIETO MARTÍN apud Ibid., p. 104-106.

⁸⁴ Ibid., p. 106-108.

⁸⁵ Essa transição se inicia na década de 80 do século passado, com uma redução da prestação de serviços pelo Estado em razão da ideologia neoliberal. Contudo, como aponta Nieto Martín, ainda que o Estado recue na participação direta no campo econômico, mantém-se o crescimento do número de normas e agências administrativas em tal campo, tornando-se a regulamentação a característica principal do Estado. (NIETO MARTÍN, op. cit., p. 12.)

no hodierno parâmetro de Estado, o qual, paradoxalmente, tenta ser mínimo, mas necessita intervir para garantir a obediência aos regramentos.

Nieto Martín⁸⁶ aponta que as citadas transformações foram necessárias ante o processo de globalização econômica. A nova realidade impõe situações em que os sujeitos são globais, atuam em vários Estados e podem escolher o regramento a que se submeterão, e não há como garantir a eficácia dos mecanismos de controle sobre eles, uma vez que corporações podem superar o próprio Estado em poder. Como resposta, surgiram a *soft law* pública e privada, a harmonização do direito dos negócios das organizações internacionais e os programas de *compliance*, fixando regras de um “novo capitalismo” caracterizado pela conjunção de padrões públicos e privados, de gênese estatal e supraestatal, e refletindo nas políticas adotadas pelas empresas.

Assim, de tal análise, José Maria de Castro Panoeiro⁸⁷, valendo-se do entendimento de Nieto Martín⁸⁸ de que o brocardo *societas delinquente non postest* encontra-se superado em razão de necessidades práticas de combate as novas formas de criminalidade econômica, as quais requisitam mudanças nas políticas criminais, pontua que:

a evolução do Direito Penal Econômico, fomenta a incorporação, em países da *civil law*, de instrumentos até então típicos da *common law*, como é o caso da responsabilidade penal da pessoa jurídica e dos referidos programas de *compliance*. (...). O mesmo se pode dizer em relação aos programas de *compliance*, que tendem a assumir maior relevância, por exemplo, no âmbito da citada responsabilidade penal, cumprindo, assim, requisito apontado por Tiedemann da concepção de um Direito Penal Empresarial baseado na culpa pela organização das empresas.

Continua o autor⁸⁹

por outro lado, a tipificação de condutas assume caráter mais uniforme, dada a presença de interesse maior na proteção do capitalismo contra os ataques dos capitalistas. Esse caminho parece ser o mesmo que motivou, até aqui, a integração econômica e política, como se verifica na União Europeia, mantendo viva a força que impulsiona os povos na direção de uma sociedade mundial, como advertiu Ortega y Gasset.

Assinalada a origem criminológica do termo “crime do colarinho branco” e a consequente guinada nos paradigmas e nos objetos da citada área, bem como os processos legislativos implementados na Europa continental e nos Estados Unidos da América para combate dos delitos relacionados à área econômica, faz-se necessário a análise das posturas

⁸⁶ Ibid., p. 13-14.

⁸⁷ PANOEIRO, op. cit., p. 15.

⁸⁸ NIETO MARTÍN apud Ibid., p. 109.

⁸⁹ ORTEGA Y GASSET apud Ibid., p. 109-110.

adotadas pela dogmática penal sobre os novos atores e as novas condutas delituosas trazidas à lume a partir da segunda metade do século XX. O surgimento de novos riscos provenientes das atividades empresariais, financeiras e econômicas inexoravelmente ocasionam a releitura de entendimentos, seja para reafirmá-los, seja adaptá-los ou superá-los, sendo alvo de embate na seara doutrinária, como à frente exposto, os caminhos que o Direito Penal deva tomar no século XXI.

1.3. O Direito Penal Econômico entre o discurso de modernização e o de resistência

Ao desenvolver suas teses acerca do poder simbólico, Pierre Bourdieu⁹⁰ fixa que os símbolos, instrumentos de conhecimento e de comunicação, possibilitam o consenso sobre o sentido do mundo e colaboram com a reprodução da ordem social, sendo-os mecanismos estruturados e estruturantes do conhecimento e da comunicação, possuindo o sistema simbólico função política de legitimação e de imposição da dominação. O poder simbólico, o qual não reside nos símbolos em si, mas na própria estrutura do campo, local em que ocorre os embates para validação das interpretações, onde se produz e se reproduz a crença, ou seja, na relação entre os que o exercem e os que a ele estão sujeitos, possui efeitos equivalentes ao uso da força, pois é capaz de fazer ver e fazer crer, alterando a percepção e a ação sobre o mundo e, consequentemente, o mundo.⁹¹

O campo jurídico é caracterizado pela disputa do monopólio de dizer o direito, ou seja, pelo confronto entre os agentes investidos de competência, social e técnica, de interpretar os textos que consagram a visão legítima do mundo social, sendo limitada a divergência entre os intérpretes, uma vez que, pela congruência sistêmica da ordem jurídica, não pode existir ordenamentos jurídicos paralelos⁹². De tal modo, pelo grau de formalização e de normalização, a transformação da visão do direito e de sua interpretação cabe, em grande parte, aos diferentes agentes do campo jurídico, como magistrados, membros do Ministério Público, advogados, professores, cada qual com diferentes formações de seu capital jurídico em razão da divisão do trabalho e de suas visões de mundo.⁹³

Por óbvio, os rapidamente comentados apontamentos de Bourdieu também recaem sobre o Direito Penal, sendo seus contornos e seu alcance foco da disputa pelo monopólio de

⁹⁰ BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989, p. 10-11.

⁹¹ Ibid., p. 14-15.

⁹² Ibid., p. 212-213.

⁹³ Ibid., p. 217-218.

dizer o direito, ou seja, de embates no âmbito dogmático. Baseado em diferentes pontos de vistas filosóficos e político-criminais, a expansão do Direito Penal, inclusive por meio do Direito Penal Econômico, figura como um dos grandes temas do século XXI, sendo marcado por duas perspectivas diferentes, o discurso de expansão e o discurso de resistência.

Em igual forma, adentrando no citado ramo do Direito Penal, a grosso modo, em decorrência da diáspora doutrinária supra, parece possível resumir a existência de três grandes correntes: (i) deslegitimadora da incidência de regulamentação por vias penal em novas áreas, em especial a econômica⁹⁴; (ii) intermediária, reconhece a necessidade de regulação penal em novas áreas, mas por uma via punitiva diferenciada da até então adotada; (iii) legitimadora do processo interventivo penal na seara econômica. Como o presente trabalho destina-se, de modo não exauriente, a analisar os modos em que se dá a responsabilização criminal dos entes morais e a necessidade de atualização dos paradigmas das ciências criminais ante as novas formas de criminalidade, parece cristalina a necessidade de se adentrar, ainda que brevemente, nas duas primeiras correntes de pensamento supra e depois demonstrar o porquê se entende que a terceira figura como a mais adequada.

A produção acadêmica contrária à regulamentação por vias penais de novas áreas, proposição deslegitimadora ou reducionista, advém, basicamente, do Instituto Científico Criminal de Frankfurt, a chamada Escola de Frankfurt de Direito Penal⁹⁵. Pode-se compreendê-la, de forma sinóptica, por meio do pensamento de Winfried Hassemer, o qual propõe o retorno ao Direito Penal clássico ou nuclear⁹⁶.

Hassemer⁹⁷ coloca que tanto a teoria quanto a praxis do direito penal têm se transformado em instrumento de tecnologia social, um instrumento político que, para combater com celeridade e urgência problemas midiaticamente destacados, como a criminalidade econômica e financeira, o terrorismo e os crimes ambientais, se vale cada vez mais da proteção de bens jurídicos universais, eliminando elementos gradativos da imputação criminal, punindo

⁹⁴ Importante ressaltar o apontamento de Artur de Brito Gueiros Souza sobre o entendimento dessa primeira corrente por parte da doutrina brasileira: “registra-se que alguns consideram esta corrente associada ao chamado garantismo penal – formulado, como se sabe, por Luigi Ferrajoli (2002) –, tendo em vista partilharem de premissas restritivas dos excessos punitivos estatais. Ocorre, contudo, que, enquanto o discurso reducionista da Escola de Frankfurt volta-se à defesa de um modelo ultraliberal do Direito Penal – tutela de bens jurídicos personalíssimos, como vida, integridade física, patrimônio individual etc –, a proposição garantista de Ferrajoli exige que ‘sejam observados rigidamente não só os direitos fundamentais (individuais e também coletivos), mas inclusive os deveres fundamentais (do Estado e dos Cidadãos), previstos na Constituição. É a leitura que fizemos da íntegra dos postulados do garantismo penal.’” (SOUZA, op. cit., 2011, p. 126.)

⁹⁵ Ibid., p. 124.

⁹⁶ HASSEMER apud PANOEIRO, op. cit., p. 111.

⁹⁷ HASSEMER, op. cit., 1999, p. 9.

a tentativa da mesma forma que o delito consumado por exemplo, aumentando as penas sobre o pretexto de maximizar a função preventiva geral intimidatória e utilizando tipos penais de perigo abstrato⁹⁸. Para o autor⁹⁹, o movimento de modernização do Direito Penal, embasado nas teorias funcionalistas, romperiam com o paradigma de Von Liszt de direito penal como barreira ao arbítrio do poder punitivo estatal, configurando uma utopia de um direito penal diretivo, baseado em conceitos direcionados pelas consequências dos atos sancionados e não pela culpa.

Ao tratar do Direito Penal clássico¹⁰⁰, Hassemer¹⁰¹ o caracteriza, entre outros fatos, pela dimensão vertical do contrato social, da qual se extrai sua legitimação e serve como marco estabilizador das condições do contrato. Os cidadãos, em prol do convívio social, renunciariam parte de sua liberdade de maneira absoluta para criação das condutas penalmente sancionadas, sendo vedada a revisão, a reinterpretção ou a extensão de tal renúncia de modo à criar novos tipos de incriminação. Assim, na concepção clássica, a seara penal é o indispensável instrumento violento de repressão e o mecanismo de garantia de liberdade do cidadão, sendo a *ultima ratio* para a resolução de problemas sociais e não uma panaceia.

Por outro lado, para Hassemer¹⁰² caracteriza o Direito Penal moderno por três pontos fulcrais: (i) a proteção de bens jurídicos; (ii) a ideia de prevenção; (iii) a orientação pelas consequências. Tais elementos surgiram da distorção de significados e funções do Direito Penal clássico, corrompendo assim seus fundamentos.

O citado autor¹⁰³ pontua que o primeiro elemento advém de uma alteração do conceito

⁹⁸ Ao comentar sobre o processo de expansão do Direito Penal, Hassemer elenca três possíveis causas para a maior requisição por segurança advinda da população: (i) erosão das normas sociais (HASSEMER, Winfried. El Derecho penal en los tiempos de las modernas formas de criminalidad. In: ALBRECHT, Hans-Jorg. et. al. (comp.). *Criminalidad, evolución del derecho penal y crítica al derecho penal en la actualidad*: Simposio Argentino-Alemán. Buenos Aires: Del Puerto, 2009., p. 21.); (ii) os novos contextos de insegurança – monetária, ambiental, migração agressiva, excesso de drogas etc – oriundos da sociedade de risco (Ibid., p. 22-23); (iii) a desorientação normativa, refletida num maior clamor por segurança, em especial, após o 11 de setembro de 2001. (Ibid., p. 13-24).

⁹⁹ HASSEMER, op. cit., 1999, p. 10.

¹⁰⁰ Merece destaque a observação de Hassemer acerca do termo clássico: “*Aunque con el término ‘clásico’, se expresa que el objeto designado está en la tradición de la filosofía política de la Ilustración, ni en el derecho penal, ni en ningún otro lugar, se agota el término ‘clásico’ en un determinado tiempo o en referencia a un número limitado de objetos. Lo ‘clásico’ es también un ideal, una aspiración por la que medir a dónde debemos dirigirnos, cuáles son los pasos que hay que dar para seguir el buen camino y evitar el malo, y cuáles son los que hay que desandar antes de llegar a las proximidades de la meta. Lo clásico, como cualquier otra realización de una idea, no es un tiempo real o un conjunto efectivo de objetos que pueda delimitarse históricamente.*” (Ibid., p. 17.)

¹⁰¹ Ibid., p. 18-19.

¹⁰² Ibid., p. 19.

¹⁰³ Ibid., p. 19-20.

clássico bens jurídicos, os quais possuíam um carácter negativo – de limitação de liberdade individual nos pontos acordados no contrato social – e passaram a adotar um critério positivo, visando justificar a eleição de novas condutas criminais pelo legislador. Nesse sentido, o professor de Frankfurt¹⁰⁴ elucida que:

la protección de bienes jurídicos se transforma así en un mandato para penalizar, en lugar de ser una prohibición condicioanda de penalización; en un factor positivo para conseguir una correcta criminalización, en vez de ser un criterio negativo para la misma. Este cambio limita, al mismo tiempo, el margen de decisión del legislador, favoreciendo las opciones criminalizadoras: ahora el principio de la protección de bienes jurídicos obliga a recurrir a la amenaza penal, convirtiendo dolorosamente la “prohibición de exceso” en una “prohibición de defecto”, que algunos jueces del Tribunal Constitucional han aprovechado para exigirle al legislador penal una más “efectiva protección penal de bienes jurídicos [...]”.

A segunda característica do Direito Penal moderno, a prevenção, para Hassemer¹⁰⁵, surge da elevação de tal função de acessória para principal, trocando o foco da retribuição do injusto para a coação do corpo social visando evitar a delinquência. Seriam exemplos dessa troca de paradigmas as leis visando o combate ao terrorismo e ao crime organizado, as quais preveem a duras penas e novos mecanismos processuais e de persecução criminal.

Em igual forma, Hassemer¹⁰⁶ entende que orientação pelas consequências – terceira característica –, um critério complementar de aplicação da legislação penal para o Direito Penal clássico, é elevado à característica principal no Direito Penal moderno, significando uma mitigação do princípio da igualdade e da justa retribuição do delito. Essa alteração macularia a visão de *ultima ratio*, transformando o Direito Penal em instrumento primário de resposta às graves perturbações sociais, uma espécie de *soft law*.

Como alternativa ao Direito Penal moderno, Hassemer¹⁰⁷ propõe o “direito de intervenção”, uma solução concreta que lidaria com os novos e complexos riscos à sociedade sem alterar, na forma supracitada, os paradigmas do direito penal clássico. Para tal, seriam necessárias duas medidas, a retomada ao “direito penal básico” e a criação de um direito de intervenção.

A retomada ao direito penal básico pode ser entendida como a renúncia à proteção pela via penal de bens jurídicos universais, como a ordem econômica, o meio ambiente, o trabalho, recaindo a regulamentação criminal apenas sob bens jurídicos individuais, como a vida, a saúde,

¹⁰⁴ Ibid., p. 20.

¹⁰⁵ Ibid., p. 21.

¹⁰⁶ Ibid., p. 21-22.

¹⁰⁷ Ibid., p. 32.

a liberdade e a propriedade¹⁰⁸. O direito de intervenção, por sua vez, seria um mecanismo intermediário entre o direito penal e o direito administrativo, abarcando as lesões a bens jurídicos coletivos tratados pelo direito penal moderno com menor rigorosidade nas sanções, ou seja, sem a utilização de penas, e nas garantias processuais, podendo adotar elementos de direito privado inclusive¹⁰⁹.

Por sua vez, a chamada corrente intermediária, capitaneada por Jesús-Maria Silva Sánchez, entende que o movimento de expansão não é um produto da perversidade do Estado ou a busca demagógica por uma panaceia dos problemas da sociedade pós-revolução industrial, mas o reflexo da expectativa das camadas sociais em relação ao papel do Direito Penal ante as profundas transformações da sociedade¹¹⁰. Nesta esteira, Artur de Brito Gueiros Souza¹¹¹ evidencia que, para a corrente intermediária, figurariam entre as causas do fenômeno de expansão do Direito Penal: o surgimento de novos interesses e a ressignificação dos preexistentes, em exemplo, a proteção ao meio ambiente; o surgimento de uma sociedade de riscos, os quais derivam dos avanços tecnológicos e econômicos como a manipulação genética, a ciberdelinquência e a criminalidade organizada transnacional; a descrença em outros mecanismos de proteção, como o Direito Administrativo e o Direito Civil; a criação de uma sociedade de insegurança subjetiva, na qual a sensação subjetiva dos riscos, difundida e explorada pelas mídias de massa, é maior que a existência objetiva dos mesmos; a institucionalização de uma sociedade de insegurança objetiva, onde a complexidade nas interações sociais gera riscos maiores e os distribui indistintamente entre os cidadãos.

Silva Sánchez¹¹² também reconhece a existência e a importância desses novos fatores sociais que culminam na expansão do Direito Penal, contudo defende a impossibilidade de retorno a um “Direito Penal clássico”, a um Direito Penal de estrita garantia do indivíduo ante a atuação repressiva do Estado. Tal proposta, no entendimento do autor, seria não só anacrônica, como também ucrônica, pois os ideais liberais, aos quais a Escola de Frankfurt propõe o retorno, nunca existiram na prática.

Por outro lado, considerando as demandas sociais que culminaram no processo de inflação penal, o professor espanhol¹¹³ reputa como plausível a racionalização dos meios penais

¹⁰⁸ Ibid., p. 32-33.

¹⁰⁹ Ibid., p. 34-35.

¹¹⁰ SOUZA, op. cit., 2011, p. 127.

¹¹¹ Ibid.

¹¹² SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução: Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 177-178.

¹¹³ Ibid., p. 179-180.

e a adoção de mecanismos já adotados em diversos países, como a imposição de penas de prisão para fatos “administrativizados”, a decrescente rigidez nas regras de imputação e a flexibilização de princípios político-criminais. Assim, Silva Sánchez continua e argumenta que, pressupondo a existência de uma relação direta entre as garantias do sistema de imputação e a gravidade da sanção advinda de sua aplicação, é possível a existência concomitante de diversos sistemas jurídicos de imputação de fatos ao sujeito, os quais teriam garantias diferentes, proporcionais às suas consequências jurídicas¹¹⁴ e voltados a sua configuração sistêmica e sua teleologia. A principal questão na adoção do citado modelo residiria em admitir e estruturar a graduação de regras de imputação e dos princípios de garantias conforme o modelo sancionatório dentro do próprio Direito Penal, questão pouco debatida ainda¹¹⁵.

No sentido do acima exposto, Silva Sánchez¹¹⁶, indicando sua proposição de um sistema dualista de Direito Penal firma que:

a conclusão de tudo o que foi dito anteriormente – e examinado nos capítulos precedentes – é uma constatação fundamental. Por um lado, como foi sendo demonstrado, que será difícil frear certa expansão do Direito Penal, dada a configuração e aspirações das sociedades atuais. Por outro lado, que a teoria clássica do delito e as instituições processuais, que por sua vez refletem a correspondente vocação político-criminal de garantias próprias do Direito Nuclear da pena de prisão, não teriam que expressar idêntica medida de exigência em um Direito Penal moderno com vocação intervencionista e “regulamentadora” (...). Tudo isso pode ser encarado a partir de uma configuração dualista do sistema do Direito Penal, com regras de imputação e princípios de garantia de dois níveis.

O modelo dualista do sistema do Direito Penal proposto por Silva Sanchez consiste em admitir a existência concorrente de Direitos Penais diversos, com tipificações, normas de imputação, princípios processuais e sanções diversas, moldadas conforme a configuração sistêmica e sua teleologia. Nesse sentido, afirma o autor¹¹⁷:

definitivamente, portanto, a proposta contida nestas páginas parte da constatação de uma realidade a respeito da qual se considera impossível voltar atrás. Essa realidade é a expansão do Direito Penal e a coexistência, portanto, de “vários Direitos Penais distintos”, com estruturas típicas, regras de imputação, princípios processuais e

¹¹⁴ Interessante destacar a observação de Silva Sánchez de que as tradicionais garantias do direito penal e o ponto do processo de expansão que merece contenção: nessa linha, a minuciosidade própria da dogmática do delito, assim como a rigidez dos princípios de garantia tradicionalmente vigentes no Direito Penal, relacionar-se-iam com o fato de que suas consequências jurídicas foram tradicionalmente as penas de morte e corporais, e ainda hoje uma pena tão intimamente vinculada ao ser – e não estar ou ao ter – da pessoa como é a privativa de liberdade. Posto isso, também se torna cabível valorar outra questão: certamente, o problema não é tanto a expansão do Direito Penal em geral, senão especificamente a expansão do Direito Penal da pena privativa de liberdade. É essa última que deve realmente ser contida. (Ibid., p. 180-181).

¹¹⁵ Ibid., p. 182.

¹¹⁶ Ibid., p. 185.

¹¹⁷ Ibid., p. 186.

sanções substancialmente diversas. A partir da referida constatação, postula-se uma opção alternativa. Considerando improvável (talvez impossível) um movimento de despenalização, propõe-se que as sanções penais que se imponham ali onde têm se flexibilizado as garantias não sejam penas de prisão.

Assim, Silva Sánchez¹¹⁸ põe que:

isso tem duas consequências. Por um lado, naturalmente, admitir as penas não privativas de liberdade como mal menor, dadas as circunstâncias, para as infrações nas quais têm se flexibilizado os pressupostos de atribuição da responsabilidade. Mas, sobretudo, exigir que ali onde se impõem penas de prisão, e especialmente penas de prisão de larga duração, se mantenha todo o rigor dos pressupostos clássicos de imputação de responsabilidade.

Pontuando que no conflito entre um Direito Penal amplo e flexível, o qual se assemelharia a uma *soft law*, e um Direito Penal mínimo e rígido, impossível hodiernamente, o ideal seria encontrar um ponto médio, uma configuração dualista, Silva Sanchez¹¹⁹ propõe que o Direito Penal mais distante do nuclear, chamado por Hassemer de Direito Penal moderno, se adstrinja à imposição de penas próximas às sanções administrativas, como as sanções sobre pessoas jurídicas, multas e penas privativas de direitos. Dessa forma, manter-se-ia a submissão ao âmbito judicial, bem como o significado penal dos ilícitos e da sanção, contudo, sem a repercussão pessoal da pena privativa de liberdade.

Por sua vez, a corrente que compreende como legítima a intervenção na economia por meios penais, entendendo-a como um processo necessário de modernização da seara penal, por óbvio, não qualifica como nefasta a expansão do Direito Penal, reputando-a como um mecanismo de enfrentamento das graves questões econômicas que assolam a sociedade moderna. Para o objetivo do presente trabalho, mostra-se suficiente à explanação da citada vertente de pensamento por meio da breve exposição de partes do pensamento de Luis Gracia Martín, de Bernd Schunemann e de Carlos Martínez-Buján Pérez.

Luis Gracia Martín¹²⁰ entende o processo de modernização do Direito Penal como uma ruptura, como o desenvolvimento do mencionado ramo de seus paradigmas liberais para um novo molde coadunante com as necessidades hodiernas. Nessa linha, existiriam dois aspectos que demonstrariam o citado fenômeno, uma vertente formal e uma vertente material.

O Direito Penal Econômico, nele incluso, entre outros, o Direito Penal do meio ambiente, o Direito Penal da globalização e o Direito Penal comunitário, seria a expressão da vertente formal de ruptura. Denotariam ainda a troca de pressupostos, dentro do campo

¹¹⁸ Ibid.

¹¹⁹ Ibid., p. 189.

¹²⁰ GRACIA MARTÍN, op. cit., p. 33.

legislativo, além do incremento de bens jurídicos a serem protegidos por meio de tipificações penais, o agravamento do tratamento punitivo de tipos penais preexistentes.¹²¹ Para o autor¹²², a motivação de tal guinada em muito se assemelha com a apontada por Silva Sánchez – o surgimento de novos interesses e a resignificação dos preexistentes, a transformação do corpo social em uma sociedade de riscos, entre outros–, divergindo, contudo, na conclusão de que a expansão do Direito Penal acarretaria em um processo de degradação dos princípios instituídos no período da ilustração. Assim, Gracia Martín¹²³ aponta que, em verdade, a inflação do Direito Penal traduziria a necessidade de reforço dos paradigmas preexistentes e de desenvolvimento dos aportes dogmáticos visando uma adequada imputação jurídico-penal à nova realidade social.

Atentando que o Direito Penal liberal, ao contrário do afirmado por Hassemer, nunca existiu na prática como um ideário de liberdade e de proteção do cidadão ante o Estado, mas como um mecanismo que excluía a criminalidade relacionada às classes mais abastadas do escopo da repressão, Gracia Martín¹²⁴ fixa a vertente material do processo de modernização como a alteração político-criminal da histórica predileção pela delinquência oriunda dos estratos inferiores da sociedade. A ruptura se completaria com a recuperação da totalidade da matéria criminal, recaindo a atividade penal do Estado sobre condutas que, discursiva e ideologicamente, eram excluídas pelo Direito Penal liberal, em especial os abusos dos detentores de capital¹²⁵. Assim, para além do mero incremento do catálogo de tipos penais, o processo de ruptura com o antigo Direito Penal deve ser fundado e ser estruturado em um “[...] 'sistema' que classifique em tipos delitivos ordenados segundo os bens jurídicos, a totalidade do universo de ações ético socialmente prejudiciais próprias e características do sistema de ação das classes poderosas.”¹²⁶

Em igual forma, Bernd Schunemann¹²⁷ aponta para a necessidade de ruptura com os paradigmas de um Direito Penal liberal, o qual favorece a criminalidade das classes econômicas mais abastadas por meio da atividade legislativa – ao tipificar condutas relacionadas às atividades econômicas antes intencionalmente excluídas – e jurisprudencial – ao determinar

¹²¹ Ibid., p. 45.

¹²² Ibid., p. 64.

¹²³ Ibid.

¹²⁴ Ibid., p. 130.

¹²⁵ Ibid., p. 116.

¹²⁶ Ibid., p. 135.

¹²⁷ SCHUNEMANN, Bernd. ¿Ofrece la reforma del Derecho penal económico alemán un modelo o un escarmiento? In: _____. *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*. Madrid: Tecnos, 2002, p. 50-51.

condenações a múltiplas penas privativas de liberdade. Observando tal inversão de estruturas e o surgimento de um “Direito Penal da classe alta”, o autor questiona, e posteriormente afirma, a legitimidade de tal processo trazendo à lúmen, sintetizando em quatro pontos, as principais críticas realizadas pelos integrantes da chamada Escola de Frankfurt de Direito Penal – confeccionadas, entre outros, pelas obras de Hassemer, Luderksen, Herzog e Albrecht – à expansão do Direito Penal¹²⁸.

O primeiro ponto consiste no argumento de que o chamado novo Direito Penal é uma deturpação dos ideais e dos princípios do Direito Penal clássico e, portanto, ilegítimo¹²⁹. Sob uma ótica histórica, Schunemann¹³⁰ desqualifica tal crítica asseverando que os princípios e garantias da época da ilustração supostamente maculados nunca existiram no plano fático, sendo tal apego, como Hassemer teria admitido, histórico-ideal. Ademais, o defendido Direito Penal liberal, por óbvio, é atrelado ao modelo liberal de Estado e de propriedade privada, conceitos que, com as mudanças sociais das últimas décadas, não encontram semelhante abrigo de outrora em razão da busca por justiça social e por igualdade material, como confirmado pela legislação e pela jurisprudência ao não só defender a propriedade privada, mas, também, defender a sociedade dos abusos na utilização dessa.

A segunda crítica listada residiria na suposta flexibilização ilegítima de garantias penais historicamente cunhadas em razão da criação de bens jurídicos coletivos e de delitos de perigo abstrato para o combate aos delitos contra o meio ambiente e a ordem econômica¹³¹. Schunemann¹³² denomina tal oposição de “Cassandra do Estado de Direito¹³³” por ignorar o fato de que a criticada atividade legislativa se deu sob o manto do Estado Democrático de Direito, sendo legítima e cuidadosamente elaborada por comissões de penalistas, atentando aos mecanismos de defesa do cidadão ante o poder punitivo estatal, os quais a Escola de Frankfurt alega terem sido deteriorados. Ainda é destacado que nem na aplicação do Direito Penal clássico, e dos ideais a que tanto se apegam os deslegitimadores do Direito Penal Econômico, encontrava abrigo a exigência de rígidas regras de imputação, como defendido pela comentada

¹²⁸ Ibid., p. 52.

¹²⁹ Ibid.

¹³⁰ Ibid., p. 54-55.

¹³¹ Ibid., p. 52.

¹³² Ibid., p. 55.

¹³³ Cassandra é uma profetisa da mitologia grega amaldiçoada por Apolo a ninguém jamais acreditar em suas previsões. Em razão do descrédito conferido pela maldição às suas profecias de desgraças e de destruição, Cassandra foi considerada como louca e foi ignorada quando avisou seu pai, o rei Príamo, e o povo sobre a Guerra de Troia.

corrente alemã de pensamento.

O terceiro item de discordância busca fundamento no princípio da fragmentariedade, do qual emana o pensamento do Direito Penal como *ultima ratio* estatal, preferindo a instauração de um “Direito de Intervenção”, localizado entre o Direito Penal e o Direito Administrativo, como melhor exposto acima, ao supostamente ilegítimo processo de inflação do Direito Penal¹³⁴. Schunemann¹³⁵ afasta a crítica destacando que, até o presente momento, o “Direito de Intervenção” infelizmente não foi suficientemente detalhado, não sendo viável sua efetiva aplicação. Nessa linha, além de ressaltar que deslocar as questões abarcadas pelo Direito Penal moderno para o Direito Civil é ignorar que a crise da administração da justiça existente neste é mais aguda do que naquele. O autor utiliza a *Stasi*¹³⁶ como exemplo de intervencionismo por meio da atuação fiscalizatória do cotidiano do cidadão, a qual, apesar de ter significado a redução dos índices de criminalidade, ergueu um Estado policial total.

O quarto ponto também guarda relação com o princípio da fragmentariedade do Direito Penal, colocando como ilegítima a atividade legislativa que recorre ao Direito Penal sem que os demais sistemas normativos o acompanhem, pois ao recorrer à criminalização como resposta rápida às demandas da modernidade econômica, como uma panaceia, restaria corrompido o entendimento da seara penal como *ultima ratio* estatal.¹³⁷ Schunemann¹³⁸ compartilha dessa preocupação, uma vez que, marcando a sociedade atual o grande incremento dos riscos, é plenamente plausível a possibilidade do legislador ser seduzido pela utilização do Direito Penal como método enérgico e rápido para respostas ao clamor social, perdendo seu caráter de último recurso normativo. Contudo o autor critica a proposta de utilização dos meios do século XIX para combater a criminalidade do século XXI, reputando como “quase insanidade moral” a recusa de modernização do Direito Penal e indicando que a resolução da preocupação em comum passa pelo aperfeiçoamento da mudança de tendência do Direito Penal da classe baixa para o Direito Penal da classe alta e por não sua negação.

Por sua vez, Carlos Martínez-Buján Pérez também se associa a corrente legitimadora da modernização do Direito Penal e, partindo da teoria significativa da ação¹³⁹, desenvolve sua

¹³⁴ SCHUNEMANN, op. cit., p. 52.

¹³⁵ Ibid., p. 64.

¹³⁶ Serviço de segurança da antiga República Democrática da Alemanha que utilizava civis informantes para angariar informações em suas atividades repressivas.

¹³⁷ SCHUNEMANN, op. cit., p. 52.

¹³⁸ Ibid., p. 69.

¹³⁹ Baseada na filosofia da linguagem de Wittgenstein e na teoria da ação comunicativa de Habermas, como melhor explicado à frente, a teoria significativa da ação entende pela inexistência de um conceito ontológico universal de

teoria geral dos delitos econômicos. Advertindo que sua aderência não significa a aceitação acrítica de toda e qualquer novidade na seara penal, o autor¹⁴⁰ reputa como equivocada a desqualificação do Direito Penal Econômico realizada pela Escola de Frankfurt e por Silva Sánchez, pois estes criariam artificialmente, embasados em argumentos retóricos e petições principiológicas, uma categoria geral, um modelo de “Direito Penal moderno”, e, por meio de uma censura indiscriminada e sob a cortina de fumaça da defesa de princípios penais garantistas, desqualificam o movimento global de modo a inviabilizar a intervenção por vias penais na vida social, especialmente no âmbito econômico.

Martínez-Buján Pérez¹⁴¹ se alinha com Gracia Martín e Schunemann e, reputando como classista – servido apenas como instrumento de controle da população sociologicamente mais desfavorecida – o Direito Penal a que a Escola de Frankfurt e Silva Sánchez visam retornar, afirma ser injusta e incompatível do ponto de vista ideológico a aplicação do núcleo histórico do Direito Penal da ilustração aos dias atuais, além de contrariar o princípio da igualdade constitucionalmente previsto. O autor¹⁴² continua e tacha como individualista o entendimento de que apenas os bens jurídicos com natureza estritamente individual merecerem a chancela penal, uma vez que existem bens jurídicos de natureza coletiva que fazem jus à tutela, até mesmo do Direito Penal nuclear, em razão sua agressão ser intolerável. Em igual forma, é exposta a existência dos bens jurídicos que correspondem à interesses supraindividuais e que afetam amplamente diversos setores sociais, sendo também legítima e necessária a proteção efetuada pelo Direito Penal Econômico¹⁴³.

Ponderando que o Direito de Intervenção ainda não foi suficientemente desenvolvido pelos integrantes da Escola de Frankfurt e entendendo por uma possível dificuldade na aceitação pelos cidadãos de um novo setor do ordenamento sem precedentes no *civil law*, Martínez-Buján Pérez¹⁴⁴ não descarta em absoluto o modelo dual de Silva Sánchez, aceitando a possibilidade da existência de um corpo normativo acessório, por meio de legislações especiais, tipificando infrações penais econômicas de menor gravidade, com regras de infração mais flexíveis e com penas não privativas de liberdade. Por outro lado, no tocante às infrações

ação que englobe todas as possíveis ações capazes de serem praticadas, fixando o conceito de ação relevante ao Direito Penal não no ato em si, mas no significado que ele possui ante os parâmetros normativos.

¹⁴⁰ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa: parte general*. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, p. 85.

¹⁴¹ Ibid., p. 87.

¹⁴² Ibid., p. 88.

¹⁴³ Ibid.

¹⁴⁴ Ibid., p. 92-93.

econômicas dotadas de maior gravidade, o autor¹⁴⁵ entende que estas devem compor o Direito Penal, sendo tipificadas no Código Penal ou em leis especiais, sendo-lhes culminadas, isolada ou cumulativamente, penas privativas de liberdade em processo judicial com as regras de imputação e os princípios garantias do Direito Penal nuclear, não havendo espaço para flexibilização destes últimos.

Considerando que a construção do campo jurídico é consubstanciada pela disputa do monopólio de dizer o direito e tentando o presente trabalho singelamente influir na construção de tal campo, é preciso ressaltar que, em que pese o art. 170 da Constituição da República vigente legitimar a intervenção do Estado na economia, inclusive por vias penais, ao estipular moldes de um Estado social, a grande maioria da doutrina pátria inclina-se erroneamente ao discurso de resistência, à deslegitimação do Direito Penal Econômico em prol de um “Direito de Intervenção”¹⁴⁶. Não se demonstra acertada tal filiação, pois como exposto no embate doutrinário europeu supra, a proposição de um “Direito de Intervenção”, realizado pela Escola de Frankfurt carece de maior detalhamento e elaboração, não havendo precedentes que demonstrem sua pretensa eficácia ou de seus instrumentos de atuação civis e administrativos na prática, sendo no mínimo questionável que o Brasil e seus pensadores o estabeleçam com sucesso antes mesmo do melhor detalhamento por seus próprios criadores¹⁴⁷. Ademais, como também já demonstrado, a proposta de retomada dos ideais liberais de Direito Penal mostra-se anacrônica e ucrônica, seja pelo atual Estado brasileiro, como nos apontado no pensamento de Eros Grau¹⁴⁸, ser um Estado Social, seja por tais princípios do Direito Penal da ilustração nunca terem existido na prática¹⁴⁹.

As inovações tecnológicas e econômicas do século XXI requerem a aplicação de um Direito Penal atento à nova realidade. Trata-se do reflexo de uma sociedade em que novos riscos emergem em todas áreas de atuação humana, como no campo econômico como a crise de 2008,

¹⁴⁵ Ibid., p. 89, 93-94.

¹⁴⁶ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Direitos humanos e Direito Penal: limites da intervenção penal racional no Estado Democrático de Direito. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BOTTINI, Pierpaolo Cruz; PACELLI, Eugênio. *Direito Penal contemporâneo: questões controvertidas*. São Paulo: Saraiva, 2011 (série IDP), p. 186-189.

¹⁴⁷ Reforça os apontamentos a já comentada pesquisa do Tribunal do Estado do Rio de Janeiro de pessoas jurídicas mais demandadas na seara cível, mostrando que tais instrumentos não ilidem a reincidência de condutas danosas por parte de pessoas jurídicas. Em verdade, a citada ineficácia pode repercutir de forma mais lesiva ao cidadão, pois, além de incrementar o já exorbitante número de demandas na seara cível, poderia significar o embutimento das sanções administrativas e das condenações cíveis no custo operacional da empresa, principalmente em ramos de exígua concorrência como o de telefonia móvel, repassando tal valor ao consumidor, perdendo, assim, qualquer caráter sancionatório, retributivo ou preventivo.

¹⁴⁸ GRAU, op. cit., p. 28-29.

¹⁴⁹ SILVA SÁNCHEZ, op. cit., p. 177-178.

como na manipulação da opinião pública pela utilização de *fake news* e sua consequente influência nos processos políticos. Também pode-se exemplificar a necessidade de modernização do Direito Penal e de seus institutos com o rompimento da barragem pertencente à Vale S/A em Brumadinho/MG no dia 25 de janeiro de 2019, crime que resultou na morte de 259 mortos e 11 desaparecidos e para o qual as normas de imputação do século XIX são insuficientes. É evidente que o funcionamento de uma das maiores mineradoras do mundo¹⁵⁰, a qual só no estado de Minas Gerais possui 102 barragens¹⁵¹, requer um robusto corpo administrativo e técnico, pulverizando as tomadas de decisões de modo a não ser possível destacar especificamente qual ação ou omissão culminou nos eventos que ocasionaram os homicídios. Conduto a maior sofisticação da sociedade não pode significar impunidade em razão da obsolescência, até mesmo intencional, dos mecanismos de defesa do corpo social.

Outro traço marcante da adesão ao discurso de resistência à modernização do Direito Penal na doutrina brasileira é demonstrado pela aversão à estruturação dos tipos penais para o combate de perigos abstratos, chegando a suscitar sua inconstitucionalidade e reputando-os como um “Direito Penal autoritário e extremamente repressivo, incompatível com o estado atual da civilização”¹⁵²¹⁵³. Contudo, conforme ressaltado por Roland Hefendehl¹⁵⁴, os tipos penais de perigo abstrato sempre existiram na história do Direito Penal, sendo normal o incremento de tal modalidade de tutela de bens jurídicos ante o crescimento e a maior complexidade dos riscos existentes no convívio social, não cabendo somente qualificar como

¹⁵⁰ VALE. *Sobre a vale*. Disponível em: <<http://www.vale.com/brasil/PT/aboutvale/Paginas/default.aspx>>. Acesso em: 11 mar. 2020.

¹⁵¹ VALE. *Entenda as barragens da Vale*. Disponível em: <http://www.vale.com/brasil/PT/aboutvale/servicos-para-comunidade/minas-gerais/atualizacoes_brumadinho/Paginas/Entenda-as-barragens-da-Vale.aspx>. Acesso em: 11 mar. 2020.

¹⁵² GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da Ofensividade no Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 103.

¹⁵³ O próprio Supremo Tribunal Federal, pontuando a vedação da proteção deficiente, afastou tal tese ao compreender que “nessa espécie de delito, o legislador penal não toma como pressuposto da criminalização a lesão ou o perigo de lesão concreta a determinado bem jurídico. Baseado em dados empíricos, o legislador seleciona grupos ou classes de ações que geralmente levam consigo o indesejado perigo ao bem jurídico. A criação de crimes de perigo abstrato não representa, por si só, comportamento inconstitucional por parte do legislador penal. A tipificação de condutas que geram perigo em abstrato, muitas vezes, acaba sendo a melhor alternativa ou a medida mais eficaz para a proteção de bens jurídico-penais supraindividuais ou de caráter coletivo, como, por exemplo, o meio ambiente, a saúde etc. Portanto, pode o legislador, dentro de suas amplas margens de avaliação e de decisão, definir quais as medidas mais adequadas e necessárias para a efetiva proteção de determinado bem jurídico, o que lhe permite escolher espécies de tipificação próprias de um direito penal preventivo. Apenas a atividade legislativa que, nessa hipótese, transborde os limites da proporcionalidade, poderá ser tachada de inconstitucional.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 102.087/MG*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629960>>. Acesso em: 10 ago 2020.)

¹⁵⁴ HEFENDEHL, op. cit., p. 117.

azar ou desgraça resultados lesivos decorrentes de ação humana¹⁵⁵. No Direito Penal Econômico é ainda mais necessária a utilização da citada modalidade de tipificação, uma vez que, como exemplificado por Eros Grau¹⁵⁶ ao comentar a adoção de políticas neoliberais pelo Reino Unido, visando a maximização dos lucros, os gastos com segurança são os primeiros a serem reduzidos, significando o intencional incremento de riscos de grande vulto e de consequências difusas a princípio não mensuráveis em prol do aumento do ganho particular.

Reforça a necessidade de aderência ao discurso de modernização o argumento de que a utilização do Direito Penal em defesa apenas de bens jurídicos estritamente individuais traduz-se na perpetuação da injusta proteção da propriedade privada contra atentados de indivíduos de estratos sociais inferiores, desconsiderando, e até chancelando, o abuso na utilização dessa propriedade privada, imensamente mais danoso à sociedade. Contudo, da mesma maneira que Martínez-Buján Pérez, é preciso pontuar que a defesa de uma necessária modernização do Direito Penal não se traduz em uma aceitação incontestada e acrítica de qualquer novidade legislativa. Ao contrário, justamente por ser plausível a utilização do Direito Penal como uma panaceia social, uma resposta rápida e fácil para os problemas da sociedade, por parte do legislador, faz-se necessária a atuação crítica e incisiva por parte da doutrina.

Ante os já demonstrados processos legislativos, bem como a adoção de uma política criminal que reconhece e se presta a combater a criminalidade do colarinho branco, o discurso de legitimação da expansão do Direito Penal parece ser o mais acertado, devendo ser construído e defendido para se tornar hegemônico no campo jurídico. O pensamento de desqualificação do citado movimento global de modo a inviabilizar a modernização da intervenção por vias penais na vida social deve ceder espaço para a afirmação do Direito Penal Econômico. Assim, para o desenvolvimento do presente trabalho, faz-se necessário tecer brevíssimos comentários sobre as perspectivas futuras do citado ramo.

1.4. Perspectivas futuras do Direito Penal Econômico

Como acima exposto, em que pese a resistência por parte da doutrina brasileira, em nível global, a criminologia, a dogmática penal, as políticas criminais e a atividade legislativa tem firmado a legitimação do processo de expansão do Direito Penal e a aceitação do Direito Penal Econômico, movimento embasado pela aprovação do próprio corpo social ante o

¹⁵⁵ GRACIA MARTÍN, op. cit., p. 97

¹⁵⁶ GRAU, op. cit., p. 52.

surgimento de novos riscos na sociedade. Não haveria como ser diferente, uma vez que a mudança de paradigma do Direito Penal para também abarcar a reposta da sociedade contra a delinquência poderosa requer a conferência de credibilidade moral, ou seja, anuência social em considerar tais condutas como reprováveis, como merecedoras de sanção, para legitimar o controle do delito, fortalecendo a prevenção geral e a prevenção especial. Nesse sentido, pontua Paul H. Robinson¹⁵⁷:

un Derecho penal que distribuye la responsabilidad penal y la pena de manera que la comunidade lo perce como justo, consegue credibilidad moral en la comunidade (...) En cambio, un Derecho penal que de forma regular es visto como injusto o que fracasa em hacer justicia, pierde credibilidad moral entre la comunidad, y, por tanto, reduce su influencia (...) Si a estas poderosas fuerzas de influencia peligrosas inherentes a la que es vista como una distribución justa de la responsabilidad penal y de la pena que hace difícil justificar la adaptación de normas que entran en conflicto com las opiniones de la comunidad.

A coerência entre o sistema coerção estatal pelas vias penais com a reprovação social das medidas combatidas enseja uma retroalimentação do sistema, a qual confere ao Direito Penal fundamentos nos valores dominantes na sociedade e capacidade de atuar como baliza para novos valores. Das constatações de Sutherland à crise econômica global 2008, podendo incluir nesse conjunto de marcos relevantes ao combate da criminalidade mais sofisticada, no contexto brasileiro, a parte não político panfletária da Ação Penal nº 470 do Supremo Tribunal Federal e da operação lava-jato, pode-se afirmar que a ética e os valores prevalentes no espaço coletivo tem crescentemente se oposto aos crimes do colarinho branco, firmando o Direito Penal Econômico como ramo legítimo de atuação estatal. Nesse sentido, pontuando que não se trata de um paradigma refratário ao lucro, mas à obtenção arbitrária dele, José Maria de Castro Panoeiro¹⁵⁸ afirma:

delimitando a análise ao âmbito do Direito Penal Econômico, no mundo contemporâneo verifica-se demanda por um capitalismo impregnado de valores imanescentes à ética, que se traduziria na submissão dos agentes econômicos a certas regras que, no Brasil, nos moldes da Constituição de 1998, estabelecem um sistema capitalista de viés social. Esse modelo favorece a superação da “imagem benévola (do bom homem de negócios) atribuída, como regra, ao delinquente do colarinho-branco” ou do “delito de luvas brancas ou *Kavaliersdelikte*”, para referi-se por exemplo à sonegação fiscal.

Inerente ao modelo de produção perpetuado e de Estado adotado pela Constituição da República de 1988, o lucro, estímulo à livre iniciativa, obviamente não pode ser erradicado,

¹⁵⁷ ROBINSON, Paul H. El papel que corresponde a la comunidad en la determinación de la responsabilidad penal y de la pena. In: MIR PUIG, Santiago; CORCOY BIDASOLOS, Mirentxu. (Dir.); HORTAL IBARRA, Juan Carlos (Coord.). *Constitución y sistema penal*. Madrid: Marcial Pons, 2012., p. 41.

¹⁵⁸ PANOEIRO, op. cit., p. 129.

inviabilizado por meio de regramentos estatais. Em igual forma, as atividades econômicas não podem servir ao auferindo inconsequente de vantagens para aqueles que detêm capital para investir e dele abusar. Nessa linha, a empresa tem responsabilidades para com seus clientes, seus funcionários, com a comunidade em que está inserida, com o meio ambiente, devendo cumprir sua função social, assim como toda propriedade privada (art. 5º, XXIII, da Constituição da República de 1988). Não figura como acertado que a necessária proteção legal conferida aos entes morais para o desempenho de atividade empresarial sirva como chancela para prática de crimes, como a sonegação fiscal ou a lavagem de capitais, muito menos como mecanismo dissimulador da ação criminosa e impeditivo da imputação penal.

Como bem perceptível na legislação brasileira, a tendência é a implementação de instrumentos despenalizantes, de justiça negocial e de justiça restaurativa, para delitos com menor reprovabilidade, menor afetação de bens jurídicos. Ao passo que para os delitos de maior gravidade, com maior repulsa social, o caminho é a sofisticação dos mecanismos de investigação e maior rigidez no tratamento. Nesse sentido, tendo em vista o paradoxo entre resistência e expansão do Direito Penal, Roxin¹⁵⁹ afirma que:

o Direito Penal tem futuro. Conciliações sem a intervenção do Estado, como defende o abolicionismo, conseguirão substituir o Direito Penal de modo tão precário quanto o poderá fazer um puro sistema de medidas de segurança; também uma vigilância mais intensa dos cidadãos pode, enquanto ela for permitida, ter uma certa eficácia preventiva, mas não conseguirá tornar o Direito Penal supérfluo.

Continua Roxin¹⁶⁰:

apesar das limitadas possibilidades de descriminalização e dos mais intensos esforços de prevenção, o número de dispositivos penais e de infrações deve crescer. Isso em anda altera o fato de que o Direito Penal do futuro se tornará ainda mais suave do que já é hoje, o que decorre principalmente das possibilidades abertas pela diversificação, pela substituição da pena privativa de liberdade pela multa, pela utilização de novas sanções menos limitadoras da liberdade (como a prisão domiciliar ou a proibição de dirigir) [...].

Pode-se exemplificar o acima afirmado com algumas das reformas oriunda pela Lei nº 13.964/19, o chamado pacote anticrime. Se por um lado há a criação do já comentado acordo de não persecução penal, instituto de justiça criminal negocial criticado pela estipulação ampla e abrangente de crimes do colarinho branco, por outro há o acirramento das condições necessárias para a progressão de regime para os crimes hediondos ou equiparados (art. 112 da Lei de Execuções Penais), as ampliações do rol de crimes hediondos (art. 1º da Lei nº 8.072/90),

¹⁵⁹ ROXIN, op. cit., 2006, p. 28.

¹⁶⁰ Ibid., p. 29

como para considerar hediondo o homicídio praticado por atividade própria de grupos de extermínio e o tráfico internacional de armas de fogo, bem como o aumento do tempo máximo de cumprimento de pena para 40 anos (art. 75 do Código Penal). Marca maior de uma tendente modernização do Direito Penal é a ampliação dos mecanismos investigativos utilizados em face da criminalidade organizada, mais sofisticada, como a ampliação na Lei de Interceptação Telefônica para a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos (art. 8-A e 10-A da Lei nº 9.296/96), a admissão de ação controlada e de infiltração de agentes nos crimes de lavagem de capitais (art. 1º, §6º da Lei nº 9.613/98), o novo regramento da colaboração premiada no âmbito da Lei de Organizações Criminosas.

Merece também menção a recuperação de valores, adicionada ao Código Penal como o art. 91-A, a qual significa avanço na prevenção e no combate à criminalidade econômica, pois amplia a possibilidade de confisco de patrimônio com origem ilícita ou de seu equivalente com procedência lícita não comprovada. Contudo, é preciso destacar um possível equívoco no requisito utilizado, qual seja, o quantum de pena em abstrato, figurando como, em teoria, muito mais efetiva a utilização de bens jurídicos afetados como critério, o que não ocasionaria a exclusão de diversos crimes contra o sistema financeiro e contra a ordem tributária como ocorre atualmente.

Esse novo contexto de combate à criminalidade no século XXI acarreta em mudanças na própria estruturação do Direito Penal, como, por exemplo, a responsabilidade penal da pessoa jurídica, *compliance*, *gatekeepers*, entre outros, institutos importados da tradição jurídica de matriz anglo-saxã. Em igual forma, torna-se necessária a reinterpretação dos institutos clássicos da teoria do delito, ação, tipicidade, ilicitude e culpabilidade, estruturados em consonância às condutas delituosas do século XIX, de modo a permitir uma fundamentação sistêmica aberta, capaz de abranger as novas valorações provenientes do meio econômico e social, as novas condutas socialmente indesejadas criminalizadas pelo legislador, sem abrir mão das garantias penais oriundas do Direito Penal liberal¹⁶¹. Nessa linha, embasado nos pensamentos de Silva Sánchez e Quintero Olivares, defendendo a criação de uma teoria geral dos delitos econômicos sob o prisma de um Estado Social e fundada na intervenção do Estado no âmbito dos contratos e da propriedade para, nas falas de Eros Grau, proteger o capitalismo dos capitalistas, José Maria de Castro Panoeiro¹⁶² afirma:

[...] [a] suposta incapacidade dos princípios gerais do Direito Penal para explicar os

¹⁶¹ PANOEIRO, op. cit., p. 158-160.

¹⁶² Ibid., p. 161-162.

fenômenos do Direito Penal Econômico, no qual a contingência necessária do elemento econômico abala, em certa medida, categorias estáveis do Direito Penal. Reconhecer a legitimidade concreta do Direito Penal Econômico não implica, segundo o mencionado autor, curar-se a um uso político de tal instrumento, mas, apenas, reconhecer que, por se tratar de um corpo de norma relativamente homogêneas e destacados do Direito Penal nuclear surgido no Século XXI, ainda falte à doutrina – e também ao Judiciário – instrumental para compreender o fenômeno, e interpretá-lo, pois continuam presos às premissas da criminalidade clássica.

Ante o exposto, pode-se afirmar a expansão do Direito Penal como inexorável e com inegável repercussão em todas as partes da tríade consubstanciadora das ciências criminais, pois, é mais do que natural, é necessário o processo de modernização dos institutos do Direito Penal clássico para a sociedade de riscos do século XXI. Sendo o campo jurídico marcado pelos embates doutrinários para construção do que é o Direito, cabe aos intérpretes atualizarem as bases teóricas do Direito Penal, em especial teoria do delito, de forma crítica.

O projeto do Novo Código Penal (PLS 236/2012)¹⁶³, como melhor elucidado à frente, traz previsão expressa de responsabilização penal das pessoas jurídicas nos atos praticados contra a administração pública, a ordem econômica, o sistema financeiro e o meio ambiente, reforçando as disposições do Art. 10 da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional¹⁶⁴. Tal possibilidade, como enunciado na exposição de motivos, parte do pressuposto que as disposições constitucionais sobre o tema são meramente exemplificativas, o que abre caminho para sua ampla aplicação e demonstra um movimento, tanto legislativo, como social, em prol da expansão do Direito Penal no ordenamento pátrio. Assim, cabe à dogmática pátria acompanhá-lo de maneira crítica, desenvolvendo e debatendo os novos institutos, e não obstá-lo por simples resistência ideológica, pois trata-se de futuro inevitável¹⁶⁵.

¹⁶³ BRASIL. *Relatório Final da Comissão de Juristas para elaboração de anteprojeto de Código Penal e Exposição de Motivos*, p. 229. Disponível em: <<https://www.mppa.mp.br/arquivos/CAOPCRIM/Relat%C3%B3rio%20final%20do%20Anteprojeto%20do%20Novo%20C%C3%B3digo%20Penal.pdf>>. Acesso em: 27. mai. 2020.

¹⁶⁴ Artigo 10. Responsabilidade das pessoas jurídicas. 1. Cada Estado Parte adotará as medidas necessárias, em conformidade com o seu ordenamento jurídico, para responsabilizar pessoas jurídicas que participem em infrações graves envolvendo um grupo criminoso organizado e que cometam as infrações enunciadas nos Artigos 5 [Criminalização da participação em um grupo criminoso organizado], 6 [Criminalização da lavagem do produto do crime], 8 [Criminalização da corrupção] e 23 [Criminalização da obstrução à justiça] da presente Convenção. 2. No respeito pelo ordenamento jurídico do Estado Parte, a responsabilidade das pessoas jurídicas poderá ser penal, civil ou administrativa. 3. A responsabilidade das pessoas jurídicas não obstará à responsabilidade penal das pessoas físicas que tenham cometido as infrações. (BRASIL. *Decreto nº 5.015*, de 12 de março de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm>. Acesso em: 11 ago 2020.)

¹⁶⁵ Ainda que sob grande resistência de parte da doutrina nacional, a qual inegavelmente é grande fonte de inspiração para a dogmática penal brasileira e possui fortes tendências ao Direito Penal liberal, a Alemanha tem caminhado a passos largos para a aprovação da nova Lei de Sanções de Crimes Corporativos – Gesetz zur

Ademais, sendo o Direito Penal Econômico definido fundamentalmente pelos bens jurídicos protegidos e pelas circunstâncias dos crimes – sua relação com desenvolvimento de atividades econômicas –, é preciso ter em mente que a maior das atividades econômicas e, conseqüentemente, da atividade delitiva econômica envolvem pessoas jurídicas, pois é o modo mais comum de exercício de empresas. De tal forma, Luis Gracia Martin se posiciona no sentido de que, em realidade, o Direito Penal Econômico pode ser compreendido como o Direito Penal da Empresa, apontando para necessidade de modernização da teoria do delito, até o momento estruturada com base na criminalidade violenta e individual, para compreender o fenômeno delitivo oriundo dos entes fictícios¹⁶⁶.

Como acima assinalado, a criminalidade do colarinho branco é caracterizada por ocorrer, principalmente, no desempenho de atividades econômicas, as quais, ao tomarem vulto e complexidade, são desempenhadas por meio de entes morais criados com tal finalidade. Por óbvio, não se advogada aqui pela criação de um Estado policial ou pelo cerceamento deliberado do livre mercado de modo a inviabilizá-lo, conduto não se pode levantar o manto da liberdade econômica para encobrir a utilização abusiva da propriedade, não se pode permitir que os entes morais, criações jurídicas, sejam utilizados como guarita para lesionar ou para burlar o ordenamento jurídico.

Consistindo o presente trabalho em um esforço para colaborar com o arcabouço teórico acerca da responsabilização penal de pessoas jurídicas, instrumento de combate da criminalidade com respaldo constitucional e há anos aplicado pela jurisprudência brasileira, faz-se agora necessário adentrar no tema em capítulo próprio. Adianta-se que, em igual forma ao Direito Penal como um todo, a imputação criminal dos entes morais deve ser analisada sob o prisma da complexa e nova sociedade de riscos, requerendo a modernização de seus moldes, pois não é mais suficiente à efetiva defesa do corpo social sua aplicação na forma em que foi concebida pela legislação norte-americana no começo do século XX.

Sanktionierung von verbandsbezogenen Straftaten) –, instrumento normativo que prevê forma híbrida de autorresponsabilização e heterorresponsabilização penal da pessoa jurídica. Ademais, também são estruturadas medidas incentivadoras dos programas de *compliance* e de instrumentos de controle como investigação interna, além de ampliar mecanismos investigativos. Tal movimento legislativo demonstra uma tendência mundial – já adotado na Itália, na Espanha e no Chile, esse último pelo interesse de integrar a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) – e muito provavelmente ensejará a revisão e o desenvolvimento de novos paradigmas dogmáticos no campo teórico alemão, estruturado até o presente momento sob a responsabilidade penal da pessoa física, o que reverberará na doutrina penal brasileira. (TEIXEIRA, Adriano; GÓES, Guilherme; ENSEL, Linus. O projeto de lei de sanções corporativas da Alemanha: Análise sobre responsabilidade penal da pessoa jurídica, investigações internas, sigilo profissional e compliance. *Jota*, [S. l.], 16 jan. 2020. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/penal-em-foco/o-projeto-de-lei-de-sancoes-corporativas-da-alemanha-06012020>>. Acesso em: 20 mai. 2020.)

¹⁶⁶ GRACIA MARTÍN, op. cit., p. 63-64.

2. RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA E A VISÃO ANALÍTICA DO DELITO

Como exposto no capítulo anterior, a complexificação do corpo social requer do Direito Penal um movimento de expansão, uma reestruturação de seus clássicos institutos para abranger os riscos antes inimagináveis. Uma das facetas do processo de modernização se relaciona ao desenvolvimento do Direito Penal Econômico, o qual compreende a criminalidade que ameaça ou que lesiona bens jurídicos por meio do desempenho da atividade empresarial, principalmente nas searas econômico-financeira e ambiental.

É preciso atentar que a criminalidade relacionada ao desempenho econômico, na grande maioria das vezes, vale-se das pessoas jurídicas como centro de organização da atividade empresarial e limitação de eventuais responsabilidades dela advindas. Por tal razão, os entes fictícios assumem papel fulcral na atual sociedade de riscos, fazendo-se necessário repensar os pilares da teoria do delito para adaptá-los à realidade do século XXI, ao contexto de globalização e ao alto grau de sofisticação das atividades empresariais, os quais requisitam novos meios de prevenção e de combate à criminalidade do colarinho branco, em especial a responsabilização penal da pessoa jurídica.

Ainda que grande parte da doutrina pátria demonstre resistência à responsabilização criminal dos entes morais, trata-se de uma real possibilidade no Direito brasileiro, com aceitação nos âmbitos legislativo e jurisprudencial, demonstrando-se mais efetivo e coerente com as necessidades sociais efetuar esforços no desenvolvimento crítico dessa realidade do que o seu negacionismo. Em verdade, o próprio constituinte de 1988, ao estruturar as balizas político-criminais do Estado brasileiro, em consonância com um movimento mundial, previu a possibilidade das pessoas jurídicas responderem criminalmente. Nesse sentido, Fernando Galvão¹⁶⁷ afirma:

quando se discute o tema da responsabilidade penal da pessoa jurídica não se pode esquecer que o equacionamento da questão deve ser feito no âmbito político. A opção política sobre o tema já foi feita e por aqueles que detinham legítimo poder para tanto. O ponto de vista contrário à responsabilização da pessoa jurídica foi vencido no debate institucional, segundo as regras do jogo democrático. A opção política foi inserida no ordenamento jurídico, o que significa a preponderância do entendimento da conveniência e oportunidade de utilizar a responsabilidade penal da pessoa jurídica como instrumento eficaz no combate à criminalidade ambiental.

¹⁶⁷ GALVÃO, Fernando. *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica*. 4. ed; rev. atual. ampl. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 24.

Coadunando com tal entendimento, o presente capítulo não visa tratar da possibilidade ou não da responsabilização penal das pessoas jurídicas, pois, “feita a opção política, cabe aos operadores construir o caminho dogmático necessário a realização da vontade do legislador”¹⁶⁸. Atentando à necessidade da modernização da teoria do delito, pretende-se questionar e expor, de modo não exauriente, quais são os possíveis posicionamentos doutrinários – em sua grande maioria alienígenas – a serem adotados pelo Ordenamento Jurídico pátrio para a estruturação de um Direito Penal consonante à responsabilização penal das pessoas jurídicas.

Para tanto, considerando que a principal missão do Direito Penal é a defesa de bens jurídicos relevantes com chancela constitucional, inicia-se com uma necessária e breve exposição histórico evolutiva dos entendimentos acerca deles e do atual embate das teorias monista e dualista do bem jurídico. Sendo a ação ou a omissão penalmente relevante analisada sob a ótica da afetação de bens jurídicos – tipicidade material –, demonstra-se importante seu estudo antes de adentrar em como as pessoas jurídicas realizam tal mácula.

Depois, compreendendo que a conduta – ação ou omissão – penalmente relevante é um dos fundamentos da responsabilização penal, passa-se a analisá-la sob a perspectiva dos entes fictícios. Opta-se pela não realização de uma abordagem histórico evolutiva acerca das teorias da ação, uma vez que estas foram desenvolvidas nos séculos passados para compreender a ação das pessoas naturais, fundando-se em paradigmas ontológicos de ação, os quais são de pouca utilidade na compreensão das condutas penalmente relevantes advindas de pessoas jurídicas. Assim, o tratamento da matéria dá maior enfoque à teoria da ação significativa – bem como à teoria significativa do delito e às pretensões de relevância e de ilicitude que a compõe – e ao modelo de autorresponsabilidade da pessoa jurídica – com breves apontamentos do voto da relatora no Recurso Extraordinário nº 548.181/PR¹⁶⁹, no qual o Supremo Tribunal Federal firmou a adoção do citado modelo de responsabilidade de entes morais pelo ordenamento pátrio.

Por ser um dos pilares da responsabilização penal e um dos principais embates dogmáticos da atualidade, a culpabilidade, assim como a conduta penalmente relevante, também é analisada no presente capítulo sob o prisma de sua aplicabilidade aos entes fictícios. Não sendo as teorias majoritariamente adotadas pela doutrina pátria – finalista e funcionalista – plenamente aplicáveis às pessoas jurídicas – pois foram desenvolvidas com base na conduta e na consciência da pessoa humana –, entende-se como mais proveitoso a apresentação de

¹⁶⁸ Ibid., p. 18.

¹⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *RE nº 548.181/PR*. Relatora: Ministra Rosa Weber. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7087018>>. Acesso em: 13 mai. 2020.

teorias estruturadas com o fito de abranger, de forma paralela ou conglobante, a culpabilidade dos entes coletivos, bem como das pretensões de reprovabilidade e de punibilidade da teoria significativa do delito. Trata-se, pois de uma breve e singela tentativa de apresentação de um tema pouco ventilado na doutrina nacional, tendo como intuito destacar sua relevância.

Considerando a responsabilização penal da pessoa jurídica uma realidade na ordem jurídica pátria, a qual tende a ser expandida cada vez mais, efetua-se uma brevíssima passagem por seus fundamentos constitucionais para firmar os dispositivos como meramente exemplificativos. Por fim, realiza-se uma pequena análise crítica do art. 41 do projeto de novo Código Penal, o qual traz de forma expressa a possibilidade de responsabilidade penal da pessoa jurídica, sugestionando possíveis alterações redacionais.

Importante repisar que aqui não se pretende firmar ou apresentar uma teoria do delito para os entes fictícios, mas chamar a atenção para sua necessidade e para seus possíveis elementos ou caminhos. Como perceptível ao longo do capítulo, ainda que exista previsão constitucional e aceitação jurisprudencial, para existência efetiva da responsabilização penal da pessoa jurídica no ordenamento pátrio, além de sua melhor estruturação e sua ampliação por meio de lei, são necessários maior aceitação e desenvolvimento da dogmática nacional sobre o assunto.

2.1. Bens jurídicos, o escopo principal da proteção do Direito Penal

Majoritariamente¹⁷⁰ pode-se entender a missão do Direito Penal como a proteção de bens jurídicos¹⁷¹¹⁷². Assim, a ação ou a omissão relevante ao Direito Penal deve ser analisada sob o prisma de uma dimensão formal – tipicidade formal – e de uma dimensão material – tipicidade material, ou seja, violação de um bem jurídico¹⁷³. Para análise da possibilidade e dos

¹⁷⁰ Roxin aponta que, hodiernamente, Gunther Jakobs e seus seguidores discordam do comentado entendimento, firmando que o Direito Penal não protege bens jurídicos, mas a vigência da norma, pois ela quem seria maculada pelo crime. O professor de Munique reputa como equivocada o pensamento de Jakobs, uma vez que, além de excessivamente normativista, a reafirmação da norma não é um fim em si, mas visa a prevenção de lesões reais, individuais e sociais, ou seja, ofensa a bens jurídicos. (JAKOBS apud ROXIN, Claus. O conceito de bem jurídico como padrão crítico da norma penal posto à prova. *Revista portuguesa de ciência criminal*, Coimbra, ano 23, nº 1, jan./mar, 2013, p. 10-11.)

¹⁷¹ HEFENDEHL, op. cit., p. 104.

¹⁷² Interessante destacar o apontamento de Ana Elisa Liberatore Silva Bechara: ao se proclamar a submissão do Direito Penal ao princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos, persegue-se, porém, mais do que a mera constatação do estabelecimento de normas penais incriminadoras em função da tutela de certos tipos de interesses. A enunciação do mencionado princípio busca, na verdade, atribuir funções ao bem jurídico em relação ao exercício do poder punitivo estatal. (BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 89).

¹⁷³ BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 346-347.

moldes de responsabilização penal das pessoas jurídicas, parece essencial uma breve exposição dos entendimentos acerca do bem jurídico-penal, pois só seria possível a legítima penalização de entes morais se estes forem capazes de ameaçar ou de lesionar bens jurídicos. Em igual modo, como a frente será melhor exposto, a afetação de bens jurídicos também é relevante para a análise da culpabilidade dos citados entes – requisito da clássica teoria do delito.

Entendendo que o delito não é um fenômeno ontológico, mas uma artificialidade oriunda dos processos comunicativos de definição realizados por diversos fatores sociais, não é possível, aprioristicamente, firmar a existência de um conteúdo absoluto ou imutável que o singularize. Levando em consideração os momentos históricos e os processos de inter-relação dos diferentes grupos sociais, a intolerância a certos comportamentos sofre variações dentro de uma mesma sociedade¹⁷⁴. Portanto, demonstra-se necessária realizar a exposição proposta por meio de um rápido apanhado histórico evolutivo da doutrina sobre o assunto e destacar, em breves linhas, parte das atuais teoria monista do bem jurídico – coadunante com o discurso de resistência à expansão do Direito Penal – e teoria dualista do bem jurídico – alinhada ao discurso de expansão do Direito Penal.

O conceito de bens jurídicos surge no século XIX, no período da ilustração. Antes do rompimento com o metafísico para busca de valores justificantes da norma no sistema social – em especial, no contrato social –, o delito era entendido como contrariedade à vontade divina, uma maldade que infringia a lei, identificando-se com o pecado¹⁷⁵. Com a ascensão do iluminismo, passou-se a entender que o Direito Penal defendia direitos, pois o delito era compreendido como a mácula à liberdade conferida pelo direito social. Merece destaque o pensamento de Johann Anselm Ritter von Feuerbach, o qual entendia como função estatal precípua, incluso pelo viés punitivo, a proteção de direitos subjetivos dos indivíduos por meio da criação de meios adequados¹⁷⁶.

Entendendo que direitos não podem sofrer lesões ou reduções, pois tais máculas, em verdade, recaem sobre o objeto que o materializa, Johann Michael Franz Birnbaum foi o primeiro a falar em bem jurídico como o alvo dos ataques realizados pelos delitos. Para o citado autor, bem jurídico seria um bem oriundo da natureza ou do convívio social juridicamente reconhecido, não criado pelo Estado, mas por ele protegido¹⁷⁷.

¹⁷⁴ BECHARA, op. cit., 2014, p. 89.

¹⁷⁵ Ibid., p. 90.

¹⁷⁶ VON FEUERBACH apud BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. *Introducción al Derecho Penal: fundamentos para un sistema penal democrático*. Managua: INEJ, 2009, p. 61.

¹⁷⁷ BIRNBAUM apud Ibid., p. 61-62.

Posteriormente, sob um paradigma jurídico-positivista, o bem jurídico perdeu o seu caráter limitador e autônomo, passando a ser extraído da norma positiva, a qual não encontrava limites nele, mas o continha como um produto da decisão política do Estado. Nesse sentido Karl Binding, compreendia que, se o delito é a infração culpável de uma norma, o bem jurídico é estabelecido dentro da norma jurídica, sendo um estado valorado pelo legislador e sua lesão significa uma infração ao direito subjetivo de obediência que o Estado possui contra seus súditos¹⁷⁸.

Por outro lado, sob um enfoque naturalista sociológico, Franz von Lizst coloca que todos os bens jurídicos são interesses vitais, essenciais à sociedade e ao indivíduo. Sendo o Direito uma criação humana voltada à proteção de situações reais, os bens jurídicos não se originariam do ordenamento jurídico – o qual apenas os defenderia –, mas da própria vida, determinando-se conforme a política criminal¹⁷⁹¹⁸⁰.

Por meio da filosofia Neokantiana, atentando-se a uma natureza teleológica, surge uma corrente de pensamento que firma as bases do bem jurídico conforme a *ratio legis* das normas penais. Assim, Richard Honing conceitua o bem jurídico como a forma mais sucinta dos fins reconhecidos pelo legislador nos preceitos penais, ou seja, um critério de interpretação, uma síntese categórica com a qual o pensamento jurídico interpreta o sentido e a finalidade das prescrições penais¹⁸¹¹⁸².

Posteriormente, para a denominada Escola de Kiel, em divergência aos liberais, aos positivistas e aos neokantianos, o conceito de bem jurídico foi reputado como inútil. Para a citada corrente de pensamento realidade e valores não se separam, pois o povo – entendido como sangue, solo e gerações passadas, presentes e futuras – é o foco principal, a fonte de todo

¹⁷⁸ BINDING apud Ibid., p. 62.

¹⁷⁹ VON LIZST apud Ibid., p. 62-63

¹⁸⁰ Em crítica ao pensamento de Von Lizst, Bechara afirma que: a adoção do conceito de bem jurídico independentemente do direito positivo, caracterizando-se como um conceito previamente dado, possui conteúdo material elaborado de forma insatisfatória, revelando limitado valor a dogmática jurídico-penal. Isso porque um conceito prévio ao direito não se mostra capacitado a abranger o núcleo material de todos os comportamentos puníveis contidos na lei, pertencendo mais ao âmbito da política social. (BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. O rendimento da teoria do bem jurídico no direito penal atual. *Revista Liberdades*, São Paulo, nº 1, mai./ago. 2009, p. 18.)

¹⁸¹ HONING apud BUSATO, op. cit., 2009, p. 63-64.

¹⁸² Bechara critica o explicitado pensamento pontuando que: “[...] se a partir da referida transformação do conteúdo do bem jurídico, tomou-se consciência quanto à sua fundamental significação para a interpretação dos tipos penais, o novo conceito acabou perdendo sua incidência no âmbito da dogmática. Representando, na verdade, uma fórmula vazia de conteúdo, tal concepção de bem jurídico constitui mais um princípio metodológico interpretativo de tipos penais, deixando de explicar a espécie de injusto de cada delito. Justamente por isso, por não poder ser utilizada como padrão crítico de aferição da legitimidade da criminalização, essa concepção também não soa adequada.” (BECHARA, op. cit., 2009, p. 19.)

o ordenamento e de todo direito, sendo o Estado o intérprete do espírito do povo, o delito não é uma lesão a um bem jurídico, mas o descumprimento de um dever para com o coletivo¹⁸³¹⁸⁴.

Após a segunda guerra mundial, Hans Welzel propõe uma nova forma de se ver os bens jurídicos – bem como o Direito e até mesmo o Estado. Reestabelecendo as garantias mínimas dos indivíduos, o citado autor colocou o bem jurídico como um tema secundário ante a efetivação dos deveres ético-sociais, pois a missão do direito penal seria proteger valores primordiais da consciência e do caráter ético-social, não bens jurídicos, os quais apenas poderiam ser individuais¹⁸⁵. Nesse sentido, pontua Bechara¹⁸⁶:

ainda que não seja propriamente um contraditor da teoria do bem jurídico, WEZEL privilegia o conteúdo do desvalor da ação em relação ao desvalor do resultado, haja vista que o novo sistema de delito estruturado sobre a teoria da ação final via à tutela de valores ético-sociais. Assim, mais essencial do que a proteção de bens jurídicos concretos é a missão de assegurar a observância dos valores da consciência jurídica, que constituem o aspecto mais sólido que sustenta o Estado e a sociedade.

Embasado na teoria do sistema social de Nicklas Luhmann e nas ideias de danos sociais de Talcott Parsons, Gunther Jakobs coloca que a função principal do Direito Penal é dar respostas contrafactuais simbólicas, confirmar o reconhecimento normativo e preservar a confiança na norma, sendo a pena um mecanismo de preservação do equilíbrio sistêmico e tendo como função a prevenção geral por meio da confirmação da própria norma. Renegando a ideia de proteção de bens jurídicas como pedra angular do Direito Penal, Jakobs se afasta de um sistema garantista de Direito Penal e relega a proteção do bem jurídico, bem como a importância do próprio instituto, para um plano secundário¹⁸⁷.

Busato¹⁸⁸ critica o entendimento de Jakobs afirmando que qualquer sistema pode ser justificado sob a missão de Direito Penal por ele apontada e, valendo-se das ideias de Baratta, coloca que:

el principio del delito como lesión de bienes jurídicos, que conjuntamente con el principio de culpabilidad, nasce como baluarte erigido por el pensamiento penal liberal e fin de limitar la actividad punitiva Estatal frente al individuo. El individuo era considerado em centro y fin de la sociedad y del derecho. Sin embargo, estas garantías parecen sucumbir definitivamente a la irrupción del pensamiento sistémico.

¹⁸³ BUSATO, op. cit., 2009, p. 64.

¹⁸⁴ Criticando tal pensamento, valendo-se do pensamento de Juan Bustos Ramirez, Busato expõe: “[...] *el constituir la lesión de un deber el centro de la construcción de un injusto borra todo carácter garantista, donde lo único que interesa es lo social y no el individuo, donde el Estado se constituye en el interprete del espíritu del pueblo, siendo el jefe de Estado quien dirige tal interpretación, y como consecuencia de ello no existe más límites que a la propia voluntad del dictador.*” (BUSTOS RAMIREZ apud Ibid.)

¹⁸⁵ Ibid., p. 65.

¹⁸⁶ BECHARA, op. cit., 2014, p. 116.

¹⁸⁷ JAKOBS apud BUSATO, op. cit., 2009, p. 66.

¹⁸⁸ BARATTA apud Ibid., p. 87.

A decir de Baratta, “el individuo deja de ser el centro y el fin de la sociedad y del derecho, para convertirse en un “sistema físico-síquico”, al que el derecho valora en la medida en que desempeñe un papel funcional en relación con la totalidad del sistema social.

Mostram-se acertadas as críticas conferidas à Jakobs por Busato, não parecem corretos o entendimento funcionalista sistêmico de Jakobs e a compreensão do Direito Penal como mero reafirmador da norma positivada, pois tal visão asséptica se presta a justificar qualquer sistema normativo. Assim, como indicado por Busato¹⁸⁹, as tendências atuais para fundamentação do bem jurídico, ao vinculá-lo com os fins do Ordenamento Jurídico e do Estado, partem da política criminal, destacando-se a tendência jurídico-constitucional e a tendência sociológica.

As concepções jurídico-constitucionais do bem jurídico remetem à Constituição como marco para definição de bens jurídicos. Para Figueiredo Dias a Constituição é a baliza dos valores sociais e a seleção dos bens jurídicos deve respeitar esse filtro. Já Silva Sánchez, buscando um funcionalismo moderado e inferindo que o conceito de bem jurídico, por si só, não é capaz de sustentar a função limitadora da intervenção penal, entende que a configuração histórica da interpretação constitucional integra a norma jurídica, representando sua estabilização o desafio do Direito Penal¹⁹⁰.

Busato¹⁹¹ critica as supramencionadas visões afirmando que nem sempre a Constituição representa os interesses primordiais da sociedade, haja vista a existência de Constituições Política outorgadas, não servindo como arrimo para a identificação dos bens jurídicos, pois suas disposições nem sempre coincidirão com os bens jurídicos essenciais ao convívio social. Em igual forma, nem os direitos fundamentais constitucionalmente previstos serviriam como parâmetro para a definição de bens jurídicos, pois são conceitos que não se confundem¹⁹².

Para as concepções sociológicas de bens jurídicos, estes se originam anteriormente ao Direito que assim os reconhece, sendo-os bens vitais ou bens culturais oriundos da ordem social. Assim, Amelung extrai a ideia de bem jurídico da ideia de danosidade social, conferindo-os a

¹⁸⁹ Ibid.

¹⁹⁰ Ibid., p. 68.

¹⁹¹ Ibid., p. 68-69.

¹⁹² Nesse sentido, citando Juan Bustos Ramirez, Busato expõe: “En la constitución y en el Derecho constitucional los Derechos fundamentales cumplen una función muy específica, que es regular las relaciones entre la sociedad política y la sociedad civil, y por tanto constituye un límite a la intervención del Estado respecto a los ciudadanos. En cambio, los bienes jurídicos tienen una función mucho más amplia y compleja, pues implican relaciones sociales concretas de los individuos respecto de todos los posibles sujetos u objetos que pueden entrar dentro de esta relación, en ese sentido también el Estado, pero no sólo este.” (BUSTOS RAMIREZ, apud Ibid., p. 69.)

função de estabilização e de desenvolvimento do sistema social. Em iguais linhas, Jescheck entende bem jurídico como os interesses essenciais da comunidade, os valores abstratos que o Direito protege. Já Aníbal Bruno os coloca como interesses individuais ou coletivos que, em razão de sua relevância social, a consciência comum do grupo os eleva à condição de bens jurídicos¹⁹³.

Busato¹⁹⁴, valendo-se em parte das ideias de Juan Terradillos Basoco, se opõe as concepções sociológicas do bem jurídico colocando que sua conversão em uma categoria do sistema social impossibilita a função de garantia peral e dogmática desempenhada pelo instituto. Assim, ao fixar o bem jurídico somente como elemento de conservação do sistema social, as condutas sobre as quais recairão a repressão jurídico-penal são aquelas que atentarem contra este sistema, pois o dogma do bem jurídico não poderia contrair o princípio da danosidade social e o Direito Penal se transformaria em mero consolidador da ordem social vigente¹⁹⁵.

Como se pode perceber, a conceituação de bem jurídico é equívoca, não havendo consenso nem mesmo sobre sua existência. Para Busato¹⁹⁶, o bem jurídico prescindiria de um conceito, pois caminha para se tornar um princípio, um postulado. Assim, o importante seria o seu conteúdo, os “[...] requisitos para que se possa identificar a validade do bem jurídico como elemento de preenchimento da dimensão material do tipo de ação e, ao mesmo tempo, de um instrumento de recorte na legitimidade da intervenção do sistema punitivo”¹⁹⁷.

Como já exposto em crítica ao pensamento de Jakobs, a negativa da primazia da proteção de bens jurídicos no âmbito penal descamba para modelos que se prestam à justificar qualquer ordem social, isto porque, como pontuado por Bechara¹⁹⁸, “a finalidade do direito penal de proteção da própria vigência do ordenamento jurídico não permite avaliar, de forma explícita, quais sejam os efeitos concretos buscados para a proteção da norma”. Assim, parece acertado o entendimento de Roxin¹⁹⁹ de que o Direito Penal somente se presta a proteger bens

¹⁹³ Ibid., p. 69-70.

¹⁹⁴ TERRADILLOS BASOCO apud Ibid.

¹⁹⁵ Nesse sentido, pontua Juan Terradillos Basoco: “[...] Si sólo la idea de disfuncionalidad respecto a la estructura social es el criterio determinante del ejercicio del ius puniendi, pueden subordinarse las necesidades del individuo a las sociales hasta el extremo de estar justificadas la eliminación de los seres humano inútiles o molestos, por esta funcional. (...) se es funcional respecto a ciertas reglas y a ciertos objetivos, y la discrepancia se castiga penalmente. Los riesgos de criminalización de amplias minorías, y no sólo de subordinación del individuo, son, pues, evidentes, como evidente es la tendencia, sólo controlable acudiendo a instancias ajenas al Derecho penal, a la transformación de éste en mero instrumento de consolidación de un orden dado.” (TERRADILLOS BASOCO apud Ibid., p. 70.)

¹⁹⁶ BUSATO, op. cit., 2015, p. 381.

¹⁹⁷ Ibid.

¹⁹⁸ BECHARA, op. cit., 2009, p. 23.

¹⁹⁹ ROXIN, op. cit., 1997, p. 52-53.

jurídicos de maior importância, não recaindo sobre meras imoralidades.

Em igual forma, a compreensão acerca do bem jurídico – o qual, apesar de poder coincidir, não se confundiria com o objeto violado pela ação²⁰⁰ – confeccionada por Roxin parece ser a mais adequada. Entendendo que as limitações ao legislador e ao poder punitivo do Estado se encontram nas linhas político-criminais da Constituição, o autor²⁰¹ coloca que os bens jurídicos são “[...] *circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del próprio sistema*”. Por esse conceito, não estariam abrangidos as cominações penais arbitrárias, as finalidades puramente ideológicas e as meras imoralidades²⁰²²⁰³.

No embate teórico sobre o conteúdo material dos bens jurídicos – quais seriam os escopos da proteção penal e qual é sua abrangência –, os hodiernos avanços tecnológicos e econômicos e a complexificação das relações sociais – elementos que incrementam os riscos no convívio social –, trazem à lume os debates acerca da expansão do Direito do Penal, uma vez que requisitam a releitura de antigos ou a criação de novos bens jurídicos e de novos mecanismos para protegê-los. Nesse sentido, expõe Bechara²⁰⁴:

[...] a sociedade pós-industrial caracteriza-se pela insegurança objetiva, combinada com a insegurança subjetiva sentida pelos cidadãos, gerando, finalmente, uma sensação geral de insegurança que determinará a demanda ao Estado, por meio do recurso ao Direito Penal, não apenas voltada à proteção objetiva diante de riscos, como também ao asseguramento da confiança social. (...) Longe de aspirar à conservação de seu caráter fragmentário, referido modelo punitivo, também denominado de “Direito Penal do risco”, revela-se expansivo na medida em que compreende o reconhecimento de novos bens jurídicos, o adiantamento das fronteiras do comportamento punível e a redução das exigências de imputação [...].

Para o presente trabalho, demonstra-se suficiente apenas a breve exposição das teorias monista e dualista do bem jurídico, pois grande parte das divergências e das críticas aos pensamentos delas oriundos remontam ao já exposto embate acerca da expansão do Direito Penal.

²⁰⁰ Ibid., p. 61-62.

²⁰¹ Ibid., p. 55-56.

²⁰² Ibid., p. 56.

²⁰³ Reforçando o conceito, cabe aqui reproduzir a citação de Roxin utilizada por Bechara, a qual firma que os bens jurídicos são: “realidades ou fins necessários do indivíduo, ou para o funcionamento do sistema estatal voltado à consecução de tais fins. A distinção entre realidades e fins leva a conclusão de que os bens jurídicos não necessariamente vêm dados ao legislador, como ocorre, a título de exemplo, com a vida humana, senão que também podem ser criados, como sucede em matéria tributária.” (ROXIN apud BECHARA, op. cit., 2009, p. 24)

²⁰⁴ Ibid., 2014, p. 212-213.

A teoria monista, ou teoria personalista, do bem jurídico é um denominador comum da Escola de Frankfurt – vinculada ao patrimônio ideológico do Iluminismo Penal –, e traduz o bem jurídico-penal como expressão de um interesse individual, pois opta por um Direito Penal nuclear. De tal paradigma, a inserção de novos bens jurídicos universais subverteria o caráter de *ultima ratio* do Direito Penal, pois somente se prestaria a justificar a intervenção do legislador, maculando a concepção do instituto como limitador do *ius puniendi*.²⁰⁵

Assim, o Direito Penal não seria capaz de enfrentar os perigos globais e os fenômenos massivos – possuindo as tentativas mero caráter simbólico –, devendo tal tarefa ser conferida ao “Direito de Intervenção”. O Direito Penal deve “contentar-se com apenas com a proteção de bens jurídicos individuais ou onde claramente estivesse identificada uma individualização do seu aspecto coletivo”²⁰⁶²⁰⁷.

Por outro lado, a teoria dualista pode ser suficientemente compreendida a partir dos escritos de Roland Hefendehl, o qual a denomina de teoria social dos bens jurídicos²⁰⁸. Pontuando que o Direito Penal desde o seu início se dedicou à proteção da propriedade, Hefendehl²⁰⁹ coloca que tal paradigma encontra-se superado e defasado, pois não se pode proteger a propriedade e ignorar a manifesta injustiça material em sua origem e em sua distribuição. A proteção jurídico-penal apenas de bens individuais – por óbvio, sem aqui questionar a proteção à vida, à integridade física e à congêneres – se demonstraria ambivalente, pois de tal prisma se consideraria a agressão à propriedade como socialmente lesiva – e merecedora de pena – e paradoxalmente se renegaria a tutela penal de bens jurídicos essenciais à sociedade e seus membros – como a confiança no mercado de capitais e o meio ambiente. Assim, a dicotomia entre bens jurídicos “bons” e bens coletivos “ruins” seria anacrônica e salvaguardaria tradicionais estruturas hierárquicas, devendo ser substituída por uma visão social do bem jurídico, considerando indiscriminadamente cada integrante da sociedade²¹⁰.

Dissertando sobre as linhas mestras de uma teoria social do bem jurídico, Hefendehl²¹¹

²⁰⁵ BUSATO, op. cit., 2015, p. 375-376.

²⁰⁶ Ibid., p. 376.

²⁰⁷ Para além das já citadas críticas conferidas a tal linha de pensamento em local próprio, cabe apontar as realizadas por Busato: a opção pelo Direito penal nuclear parece criticável em três aspectos: padece de um grave déficit de realidade, uma vez que a realidade da sociedade atual é a convivência com o risco de ordem coletiva; não isenta de riscos, uma vez que propõe como alternativa a dualidade do sistema persecutório, transferindo parte dos problemas penais para um direito de intervenção; e deixa à margem do Direito penal situações de clara urgência para o interesse humano, como o ambiente, por exemplo. (Ibid., p. 376.)

²⁰⁸ HEFENDEHL apud Ibid., p. 377.

²⁰⁹ HEFENDEHL, op. cit., p. 110.

²¹⁰ Ibid., p. 111-112.

²¹¹ Ibid., p. 112.

coloca que é de suma importância a definição do objeto a ser protegido e o respectivo titular do direito. Quanto ao objeto, abandonando a dicotomia entre bens jurídicos individuais e coletivos, mas sem descartar os primeiros, o autor²¹² realiza a divisão dos bens coletivos em três ordens: (i) os de proteção do Estado, os quais se subdividiriam nos de proteção dos recursos estatais e nos de proteção ao trabalho de polícia; (ii) os recursos ambientais, tendo esse maior legitimidade em sua proteção por não serem uma criação humana, mas decorrerem da natureza; (iii) os bens jurídicos clássicos caracterizados pelos predicados da não exclusividade do gozo, da não rivalidade no consumo e da não distributividade – os quais os tornariam de interesse comum e não apenas de certo grupo. No tangente à titularidade, o Estado seria o detentor dos bens jurídico-penais da primeira ordem e os membros da sociedade os da segunda e da terceira²¹³.

Exemplificando com a crise financeira de 2007 – cuja a falha não foi inerente ao sistema, mas criada por pessoas –, Hefendehl²¹⁴ sustenta a defasagem da teoria individual dos bens jurídicos em abranger fenômenos semelhantes e em responsabilizar os agentes. Nesse sentido, o autor²¹⁵ considera que a etiqueta da criminalidade seria distribuída de forma injusta, reforçando o caráter seletivo do Direito Penal, pois a criminalidade oriunda dos estratos sociais menos favorecidos não conta com lobby para descriminalizar suas condutas. Assim, a mudança de paradigmas para uma teoria social dos bens jurídicos visaria proteger não apenas a confiança dos magnatas no sistema financeiro, mas de todos os membros da sociedade que por ele são afetados, pois além das medidas estatais de salvamento arcadas pelo contribuinte, também deve incidir sobre os agentes envolvidos a responsabilização penal em razão da quebra da confiança depositada pelo corpo social no mercado financeiro.

Pela já exposta necessidade de modernização do Direito Penal à atualidade, a opção por um Direito Penal voltado à proteção de bens jurídicos – estes compreendidos não só como os individuais do Direito Penal liberal, mas também abrangendo a exposta visão social dos bens jurídicos –, balizado pelas linhas político-criminais constitucionais, parece ser a mais adequada. Tal entendimento é reforçado ao analisar os delitos cometidos com utilização e pelos entes morais, os quais afetam bens jurídicos coletivos constitucionalmente ungidos de proteção²¹⁶ e,

²¹² Ibid., p. 112-115.

²¹³ Ibid., p. 116.

²¹⁴ Ibid., p. 117.

²¹⁵ Ibid., p. 118-119.

²¹⁶ Pode-se exemplificar tal proteção com o artigo 225, §3º, da CRFB/88 (vide nota 46) o qual enuncia o meio ambiente como bem jurídico-penal – indubitavelmente coletivo – e submete as pessoas jurídicas às sanções de

em sua maioria, possuem efeitos difusos, atingindo um grande contingente de pessoas e até mesmo todo corpo social, em especial na atual sociedade de riscos²¹⁷.

Pontuado o entendimento de que o teor material das condutas e das omissões a serem criminalizadas devem ser compreendida à luz da política criminal elegida pela constituição e sob a perspectiva social dos bens jurídicos²¹⁸, demonstra-se agora necessário a análise acerca das condutas penalmente relevantes. Pois a conduta é pedra angular do conceito analítico de delito e o estudo dos moldes de responsabilização penal das pessoas jurídicas deve passar pelos entendimentos dogmáticos sobre o assunto.

2.2. Conceito de ação, modelos de responsabilização penal dos entes morais e evolução dogmática

No Direito Penal do fato, a análise da ação ou da omissão perpetrada pelo agente é fundamental para a aplicação da teoria do delito, para o enquadramento da conduta dentro do conceito de crime e, evidentemente, para a responsabilização criminal. Por tal motivo, demonstra-se essencial ao presente trabalho uma breve e não exauriente exposição do assunto sob o enfoque da conduta – atividade – dos entes morais e da autonomia da responsabilização penal das pessoas jurídicas. Destaca-se que, diferentemente do realizado na abordagem acerca dos bens jurídicos, ainda que não haja unanimidade doutrinária sobre a compreensão do conceito de ação, não aparenta necessária uma dissertação histórico evolutiva do assunto, pois

correntes de sua lesão.

²¹⁷ Nesse sentido, vale nota a citação da Suprema Corte Norte-americana no caso *New York e Hudson River R.R v. US*, 212 U.S 481/1901 realizada pela Ministra Rosa Weber do Supremo Tribunal Federal brasileiro no julgamento do RE 548.181/PR: O Direito não pode fechar os seus olhos para os fatos de que a grande maioria das atividades econômicas nos tempos modernos é conduzida por empresas, de que particularmente todo o comércio entre Estados está inteiramente em suas mãos, e de que conceder a elas imunidade de qualquer punição, em razão da velha e explodida doutrina de que uma empresa não pode delinquir, iria tornar indisponíveis os únicos de efetivamente regular a matéria e de corrigir abusos praticados. (BRASIL, op. cit., nota 169).

²¹⁸ Sob tal paradigma e remontando a já exposta ideia de ideologia constitucional adotada pela carta de 1988, demonstra-se interesse expor o pensamento de Washington Peluso Albino de Barros acerca da correlação entre Direito Econômico e Direito Penal, a qual indica a existência de bens jurídico-penais oriundos da Ordem Econômica: o Direito Econômico cuida das medidas de política econômica voltadas para a efetivação da ideologia econômica constitucionalmente adotada. Quando as normas legais dessa política econômica são transgredidas, caracteriza-se o “ilícito econômico” do ponto de vista do Direito Econômico. Então, se a sanção a ser aplicada baseia-se em ato ou fato que corresponda ao “tipo penal”, e também predefinido em termos de Direito Econômico, temos estabelecida a relação entre o Direito Econômico e o Direito Penal. Exemplo: determinada prática econômica, por exemplo, a fusão de empresas no mercado, pode ser considerada “uso” ou “abuso” do Poder Econômico. Quem o determina é o Direito Econômico. Entretanto, a mesma pode ter sido efetuada mediante “fraude”, instituto de Direito Penal. Aplicado à prática tipificada pelo Direito Econômico, passará a ser punida pelo Direito Penal, em face da modalidade delituosa penal que assumiu. (SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de direito econômico*. São Paulo: LTr, 2005, p. 66-67.)

a maioria das teorias da ação possuem bases ontológicas e foram estruturadas com enfoque nas condutas de pessoas físicas. Assim, opta-se por aqui tecer apenas breves linhas acerca das teorias finalista e funcionalistas da ação, dando maior relevo à teoria da ação significativa.

Inobstante a importância da teoria finalista de Welzel, tal concepção não é capaz de abranger a criminalidade oriunda dos entes morais, uma vez que suas premissas ontológico-personalistas são fundadas no elemento psíquico – o qual, por óbvio, inexistente nos entes fictícios – propulsor da ação – essa compreendida em sentido cartesiano – e direcionada ao resultado típico²¹⁹.

Em igual forma, ainda que as teorias funcionalistas tenham tornado a teoria do delito permeável aos princípios como forma de correção de distorções do sistema, realçando o caráter instrumental do mecanismo punitivo e mitigando o caráter ontológico, estas também não abrangem de forma satisfatória as ações delituosas das pessoas jurídicas. O funcionalismo teleológico de Roxin²²⁰ funda o conceito de ação na manifestação da personalidade humana, sendo o ser humano o centro anímico espiritual da ação, o único capaz de praticar ações para fins penais²²¹. Por sua vez, o funcionalismo sistêmico, pela já criticada negativa da proteção dos bens jurídicos como função precípua do Direito Penal, não aparenta ser adequado para explicar a ação e lastrear uma teoria do delito em razão do seu exagero normativista.

Nesse sentido, sugerindo a filosofia da linguagem como base da construção jurídico de modo a mesclar elementos objetivos e subjetivos, descritivos e normativos, para compreensão da ação relevante ao Direito Penal, Busato²²², valendo-se das palavras de José Luis Díez Ripollés, pontua:

é evidente o esgotamento das duas perspectivas [referindo-se ao finalismo e ao funcionalismo]. A superação do paradigma não pode escapar a uma necessária mudança de algumas teorias de base. Exemplo disso é a dificuldade existente no que refere aos elementos subjetivos do injusto, põe em evidência um dilema básico: ‘ou é

²¹⁹ WELZEL apud SILVA, Marco Antônio Chaves da. *A responsabilização penal da pessoa jurídica e ação significativa*. 2019. 171 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2019, p. 62.

²²⁰ ROXIN, op. cit., 1997, p. 245.

²²¹ Sobre as limitações da aplicabilidade do funcionalismo de Roxin para a delinquência dos entes fictícios, é preciso pontuar que o professor alemão, ao contrário do *Bundesverfassungsgericht*, não admite a aplicação da autoria mediata pelo domínio da organização no âmbito empresarial. Nessa linha, sobre a necessidade de se penalizar a pessoa jurídica, José Maria de Castro Panoeiro pontua que: “[...] o cometimento de crimes em benefício da pessoa jurídica não vê na punição de empregados e dirigentes, necessariamente, fator de intimidação, na medida em que tais pessoas podem ser facilmente substituídos no mercado. Assim, embora determinada pessoa não possa se beneficiar de sucessivas reparações do dano, a substituição dos autores (pessoas naturais) dos delitos, abriria espaço a que a pessoa jurídica fizesse ineficaz a sanção penal. Esta segunda ponderação reforça a necessidade de se discutir a responsabilidade penal da pessoa jurídica.” (PANOEIRO, op. cit., p. 132.)

²²² RIPOLLÉS apud BUSATO, Paulo César. Bases de uma teoria do delito a partir da filosofia da linguagem. *Revista Direito e Liberdade*, [Rio Grande do Norte], v. 14/ano 8, nº 1, p. 188-207, jan./jun. 2012a. p. 243.

necessário o apego a uma configuração realista, naturalista, de tais elementos, ou é preciso dar-lhes, ou se lhes dá, um conteúdo fundamentalmente normativo'. Parece que o caminho correto está em ajustar ambas as perspectivas.

Parece certa a premissa de que é o Direito quem deve se adaptar a realidade e não o contrário. Como já exposto, a hodierna sociedade de risco impõe ao Direito Penal a necessidade de expansão e de modernização de seus clássicos institutos para a efetiva proteção de bens jurídicos essenciais, inclusive os metaindividuais. Em igual forma, as balizas político-criminais da Constituição da República apontam para a pessoa jurídica como sujeita à imputação criminal, não cabendo a dogmática, seja por resistência, seja por ausência de seu desenvolvimento, inviabilizar a efetivação comando constitucional²²³.

A organização empresarial moderna não pode mais ser tratada como uma soma de indivíduos, a maior complexidade das relações sociais enseja novas realidades organizacionais, não sendo a dogmática clássica – a qual é estruturada sob o prisma de pessoas físicas atuando individual e isoladamente – capaz de compreendê-la. Em grandes empresas há o desmembramento das atividades de direção, da disponibilidade de informação e do poder de decisão, podendo tais dispersões culminar na impossibilidade de responsabilização ante a ocorrência de um fato típico, pois a pluralidade de ações realizadas por diversos indivíduos poderia impedir a imputação da totalidade ou de parte importante do resultado de forma isolada²²⁴²²⁵. Nesse sentido, Bernado Feijoo Sanchez²²⁶ expõe:

se a dogmática tradicional se revela insuficiente para resolver o problema das actividades empresariais organizadas de forma complexa, tal acontece por ainda não ter sido tratada de forma satisfatória uma característica central das sociedades modernas, como o é a organização empresarial com a consequente repartição de

²²³ Interessante pontuar a observação realizada por Marco Antônio Chaves da Silva valendo-se do pensamento de José Figueredo Dias: “[...] a discussão sobre a estrutura dos organismos sociais e de seu papel no pensamento penal, não quer significar uma releitura integral dos postulados defendidos por Welzel, mas que essa constatação implica o acompanhamento do desenvolvimento sócio-ontológico da estrutura social, que cabe a dogmática penal, como já alertava Claus Roxin.” (DIAS apud SILVA, op. cit., p. 55.)

²²⁴ SANCHEZ, Bernardo José Feijoo. Autoria e participação em organizações empresariais complexas. *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 9, p. 26-57, jan./abr. 2012. p. 27.

²²⁵ O setor de “operações estruturadas” do Grupo Odebrecht, uma espécie de departamento de *compliance* às avessas, ou seja, voltado para prática de crimes – como corrupção ativa –, tendo estrutura própria e autonomia para gerir pagamentos ilícitos e realizar a comunicação reservada entre os executivos e os funcionários envolvidos nas atividades ilegais, parece um bom exemplo da complexidade das atividades empresariais na atualidade. Tanto o é verdade que o setor continuou operando mesmo após a prisão do presidente da companhia, demonstrando que a estruturação das atividades com a dispersão da disponibilidade de informação e do poder de decisão torna o indivíduo substituível, não sendo a atividade criminosa essencialmente oriunda de uma conduta individual, mas parte da estrutura e do funcionamento do próprio ente moral. (CONSULTOR JURÍDICO. Pagamento de propina: grupo odebrecht é alvo na nova fase da operação “lava jato”. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-mar-22/grupo-odebrecht-alvo-fase-operacao-lava-jato>>. Acesso em: 12 ago. 2020.)

²²⁶ SANCHEZ, op. cit., p. 27.

funções e tarefas dentro da organização.

Continua Bernado Feijoo Sanchez²²⁷

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.

Para superação das perspectivas normativas e ontológicas do século passado, parece acertada a adoção da teoria da ação significativa visando conformar a teoria do delito à nova realidade da complexa sociedade de risco. Como pontuado por Busato²²⁸, esse novo referencial²²⁹ toma como base as teorias da argumentação e da comunicação – tendo como lastro filosófico o pensamento de Wittgenstein e de Habermas – de modo a alterar as aspirações do próprio direito, “no sentido de, por um lado, trocar a pretensão de verdade por uma pretensão de justiça e, de outro, permitir a confluência de aspectos normativos e ontológicos sob a medida da comunicação de um sentido”.

A teoria da ação significativa foi formulada por Tomás Salvador Vives Antón e foge do escopo do presente trabalho a completa exposição de suas bases na filosofia da linguagem, em especial nos jogos de linguagem²³⁰, cabendo apenas a sucinta exposição de alguns aspectos de sua aplicação no Direito Penal. Sob o citado paradigma, as ações são conceituadas como “[...] interpretações que, segundo os distintos grupos de regras sociais, possíveis de dar-se ao comportamento humano e, portanto, elas deverão representar, em termos de estrutura do delito,

²²⁷ Ibid., p. 28.

²²⁸ BUSATO, op. cit., 2012a, p. 191.

²²⁹ Em verdade, a teorização de Tomás Salvador Vives Antón não recai somente sobre a ação, mas realiza a releitura de toda a teoria do delito sob um novo paradigma filosófico. Contudo, no presente momento, mostra-se relevante apenas a exposição acerca da teoria da ação e seus consectários diretos.

²³⁰ Em sua obra *Investigações filosóficas*, Ludwig Wittgenstein se refere diversas vezes aos jogos de linguagem. Superficialmente, pode-se dizer que o autor entende o modo como nos comunicamos linguisticamente de forma análoga às regras de um jogo, ou seja, assimilamos a linguagem como incorporamos as regras de um jogo e, guiando-nos por tais regras, construímos estruturas de sentido. Assim, é a partir da vivência de um contexto que atribuímos sentidos ao mundo que nos rodeia. Sob tal paradigma, Wittgenstein compreende que as coisas não teriam existência em si, mas somente existem porque são vivenciadas ou experimentadas no mundo, tendo seu sentido por nós atribuídos por meio da linguagem e dos jogos que jogamos ao nos comunicarmos entre nós e com a realidade que nos cerca. Tal raciocínio também valeria para o campo jurídico, pois as instituições, como o Estado, surgiriam pela atribuição de sentido para uma série de relações e de reiterados comportamentos. As normas jurídicas surgem em razão do sentido a elas conferidos por meio de contextos linguisticamente articulados por regras de um jogo de linguagem, ganhando função e relevância porque conferimo-las o papel de impor as condições universalizáveis de orientar comportamentos e atribuir sanções aos desviantes.

já não o substrato de um sentido, mas o sentido de um substrato”²³¹.

Compreendendo que as ações, diferentemente dos fatos, são dotadas de sentido ou significado e comportam interpretações²³², seus sentidos seriam ditados pelas regras dos jogos de linguagem que as regem, regras que são entendidas como tais pelo reconhecimento de seu uso. Assim, o reconhecimento da ação advém da demonstração de sentido que a mesma possui, fundando esse sentido no significado socialmente atribuído – independentemente da concreta intenção do agente, pois a determinação da ação derivaria do código social que a interpreta²³³. As classes de ações seriam determinadas em termos normativos e não ontológicos, pois o significado da ação, e não o seu fim, a definiria. Assim, pontua Busato²³⁴:

[...] Vives, ao seguir o modelo filosófico de Wittgenstein, se afasta de tudo isso [da residência do núcleo da ação na intencionalidade] para identificar a ação segundo o significado, as regras e a obediência às regras, o que se, por um lado, reconhece que há uma relação interna entre ação e intenção, de modo algum termina que toda a ação, enquanto expressão de sentido, deve consistir, necessariamente, na expressão de uma intenção.

Destaca-se que a ideia de liberdade de ação é elemento fundamental do mencionado esquema, o qual insere a dimensão de conservação do componente humano e realiza o ponto de convergência da teoria da ação e da teoria da norma de Vives²³⁵. A culpabilidade não seria fundamentada pela liberdade de ação, mas pela própria ação, pois a liberdade de ação é considerada o pressuposto da imagem de mundo que confere sentido à ação²³⁶. Assim, afirma

²³¹ VIVES ANTON apud BUSATO, op. cit., 2012a, p. 198

²³² Para melhor elucidação, pare interessante expor o exemplo utilizado por Busato: não se pode afirmar que um tapa no rosto seja uma lesão corporal, uma injúria, um cumprimento rude ou até mesmo um ato reflexo sem uma análise das circunstâncias em que ocorre, para verificação de como deve ser interpretado e compreendido referido tapa, até mesmo para a definição de se pode mesmo ser considerado um tapa. (BUSATO, op. cit., 2015, p. 273.)

²³³ Nesse sentido, expondo as ideias de Vives Anton, Busato coloca que “as práticas sociais são, pois, contingentes da ação e da intenção. Fala-se de intenções já expressas nas ações e não determinantes delas. Por isso, ‘os movimentos corporais não são interpretados como ações por causa da presença prévia do concomitante de intenções’, na realidade, é a existência de uma obediência a regras que permite identificar o sentido que jaz na ação e inferir a realização de uma intenção. Logo, ‘há uma intencionalidade externa, objetiva, uma prática social constituinte do significado’. Mas é também certo que nem toda ação é intencional, o que comprova que o núcleo da ação não está na intencionalidade [...]”. (VIVES ANTON apud BUSATO, op. cit., 2012a, p. 199-200)

²³⁴ BUSATO, op. cit., 2012a, p. 200

²³⁵ Quanto a organização do sistema normativo, Busato expõe que: “[...] Vives propõe a substituição da discussão entre o ser e o dever ser, entre o ontologismo e o deontologismo, entre norma de valoração e de determinação, por um sistema que substitua a razão técnico instrumental pela razão prática. A razão fundamental pela qual existe o sistema jurídico é responder a exigências de justiça. O que pretende a norma jurídica é ser essencialmente válida, cuja pretensão obviamente não resta satisfeita com a presunção de legitimidade formal. Também é certo que não se pode aspirar sua conversão em norma moral, pois, ainda que pretenda afirmar-se por si mesma e não em relação a um fim, não aspira o aperfeiçoamento humano, mas simplesmente a gerir a ordem coexistência humana.”. (VIVES ANTON apud, Ibid., p. 201.)

²³⁶ Ibid., p. 200.

Busato²³⁷: “é que não se comprova a liberdade de ação com bases empíricas, mas sim, trata-se de conceber o mundo desde a liberdade de ação expressa nela mesma, que é o que permite o juízo de aplicabilidade de alguma norma”.

Quanto ao limite negativo da ação, abandonando o ponto de vista do ser, esse seria extraído na prática, na identificação ou não do sentido de ação e do tipo de ação, de modo a diferenciá-los dos simples fatos²³⁸. Para obter as hipóteses de inexistência da ação, deve-se realizar a “análise prática da ausência de ação a partir de considerações sobre o sentido da ação nas hipóteses dos atos reflexos, dos realizados sob o domínio de forças alheias ao sujeito e nas demais hipóteses que pouco a pouco foram formando o acervo jurisprudencial”²³⁹.

No concernente à causalidade, apontando pela superação do determinismo na epistemologia da ciência ensejado pelo princípio da indeterminação de Heisenberg²⁴⁰²⁴¹, Busato²⁴² afirma que “parece que a causalidade deve, sem dúvidas, receber a adição de critérios axiológicos para a determinação da imputação do resultado a efeitos de reconhecer a pretensão conceitual de relevância”, sendo-os dados no âmbito da teoria da imputação objetiva. Sob o enfoque da filosofia da linguagem, aplicando o método clássico quando for cabível, “a imputação objetiva deve receber a interpretação restritiva dos critérios de criação e de realização do risco oferecidos por Roxin, entendidos como adições axiológicas à relação entre desvalor da ação e de resultado²⁴³, variáveis conforme o tipo de ação a que se referem”²⁴⁴.²⁴⁵

²³⁷ Ibid., p. 200-201.

²³⁸ BUSATO, op. cit., 2015, p. 276-277.

²³⁹ Ibid., p. 277.

²⁴⁰ Ibid., p. 321.

²⁴¹ O princípio da incerteza de Heisenberg funda-se no fato de que, em nível subatômico, quanto menor for a incerteza na medida de posição de uma partícula, maior será a incerteza de seu momento linear e vice-versa. Diante de tal constatação, há o esvaziamento do determinismo na epistemologia, pois nem as ciências exatas seriam absolutas, uma vez que os postulados da mecânica clássica não se aplicam à qualquer situação, sendo imprestáveis para explicar a dualidade onda-partícula da mecânica quântica.

²⁴² BUSATO, op. cit., 2015, p. 322.

²⁴³ Nesse sentido, vale destacar as palavras de Bustos Ramírez: os tipos penais na verdade não descrevem ações, mas situações com um processo complexo de comunicação entre dois sujeitos (ou um sujeito e um coletivo); a interação própria de um processo comunicativo é o que cumpre destacar. E isso implica, portanto, considerar todo um complexo de sentido, para que se possa afirmar a existência de um tipo legal. (BUSTOS RAMÍREZ apud Ibid., p. 333.)

²⁴⁴ Ibid., p. 337.

²⁴⁵ Importante aqui a complementação com a justificativa de Busato para o citado entendimento: Por outro lado, creio ser adequada essa adesão [à teoria da imputação objetiva nos moldes de Roxin]. Em primeiro lugar, porque a relação de causalidade, por sua fragilidade teórica, não pode mais sustentar, de modo válido, o nexo entre conduta e resultado sem um suplemento axiológico. Em segundo lugar, esse complemento axiológico é determinado pela moderna tendência evolutiva do próprio Direito penal, que tende a reconhecer-se hoje com um instrumento político-criminal de controle social e não como uma estrutura dogmática universal, imutável e perfeita. Em terceiro lugar, é óbvio que a causalidade que dota de sentido uma expressão a ponto de fazê-la ser identificada como um tipo de ação contém, no próprio processo de comunicação que a identifica, um necessário componente axiológico.

Para melhor compreensão do exposto acima e de suas consequências, parece interessante a exposição breve da justificação procedimental da imputação penal sob o esquema da teoria significativa do delito, Busato²⁴⁶ explica:

a justificação procedimental do sistema penal se procede para atribuir responsabilidade penal mediante a comprovação, primeiramente, da execução de uma ação lesiva ameaçada de pena, uma pretensão de relevância expressa pela realização de um tipo de ação, logo a verificação de se a intenção que regia a ação estava ou não de acordo com a exigências do ordenamento jurídico, correspondendo a uma pretensão de ilicitude, em seguida, se aquele que atuou sabia que não pode fazê-lo e podia atuar de outro modo, o que permite identificar uma pretensão de reprovabilidade e, finalmente, comprovando se o castigo efetivamente era necessário, relevando uma pretensão de punibilidade.

No presente momento, figura como oportuno apenas uma rápida abordagem de alguns componentes da teoria significativa do delito, quais sejam, a pretensão de relevância e a pretensão de ilicitude, os mais próximos à teoria da ação. Quanto à pretensão de reprovação e à pretensão de punibilidade, opta-se por abordá-las no próximo tópico, o qual soa como mais adequado para os temas por tratar da culpabilidade das pessoas jurídicas.

A pretensão de relevância pode ser entendida como o tipo de ação – a realização de algo que interessa ao direito –, sendo a categoria central do sistema de imputação no lugar da ação típica. Seu conteúdo é uma pretensão conceitual de relevância – a compreensão linguística da definição típica pela lei, ou seja, tipicidade formal. Seus elementos subjetivos são extraídos das manifestações externas do agente, não guardando relação com os processos psicológicos do mesmo – assim, o dolo ou a culpa não possuem relação com a expressão conceitual do tipo. O problema da ação e da omissão, bem como de relação de causalidade, se torna meramente aparentes, pois sua resolução resolveria pela identificação circunstancial da ação ou da omissão tipicamente relevante. Por fim, o componente material, aquele que determinaria se a ação ou a omissão é relevante para o Direito Penal, é entendido como a ofensividade – lesão ou perigo – a um bem jurídico relevante – ou seja, tipicidade material²⁴⁷.

A pretensão de ilicitude pressupõe a existência da pretensão de relevância, compondo-se da existência ou não de um compromisso com a violação de um bem jurídico. Tal mácula corresponde ao tipo subjetivo – o qual deixa de definir a ação – e aos permissivos dos sistemas, permissões fortes ou permissões fracas que excluem a ilicitude – inclusive a inexigibilidade de

Ademais, tudo recomenda que assim se faça, já que a inclusão de critérios axiológicos na causalidade, para a determinação de sentido do tipo de ação, obrigatoriamente recorta o âmbito da imputação, o que, do ponto de vista político-criminal, é altamente recomendável (Ibid., p. 335-336.)

²⁴⁶ BUSATO, op. cit., 2012a, p. 201-202.

²⁴⁷ Ibid., p. 202-203.

conduta adversa. A verificação é realizada de um ponto de vista subjetivo, pois a verificação objetiva é realizada na pretensão da ação, e recai sobre o sentido da ação, se ela manifesta o compromisso de atuar por parte do autor – situação em que se reconhece o dolo – ou se há uma dupla ausência de compromisso – com o resultado típico e com a possibilidade de evitá-lo –, caso em que se caracteriza a culpa. Por fim, a antijuridicidade formal é verificada pela presença de causas de justificação ou pela presença de excludentes de responsabilidade²⁴⁸.

Como se pode notar, a teoria da ação significativa propõe o rompimento com o modelo cartesiano – o qual entende ação como movimento físico (corporal) e mental (vontade) – e, tomando como ponto de partida o significado linguístico manifestado na proposição legal, pressupõe o conceito epistemológico de ação na primazia da ação, na primazia da linguagem e na primazia da liberdade. Com o abandono do conceito ontológico da ação e sua ressignificação, ela deixa ser o resultado do que as pessoas fizeram e passam a ser valoradas pelo significado do que fizeram²⁴⁹. Como consequência, nas palavras de Juan Carlos Carbonell Mateu²⁵⁰:

o sentido será atribuível a tudo aquilo que, de acordo com a nossa linguagem social e comunicativa, possa ser fonte de significado, ou seja, a tudo aquilo a que juridicamente decidamos outorgar de capacidade de comportamento, de decisão e de submetimento a normas. Se é preferível uma expressão mais contundente: todo sujeito de Direito que pode descomprimir uma norma – que é todo aquele ao qual se pode exigir seu cumprimento – pode ser objeto de atribuição de um sentido e, por conseguinte, tem capacidade de ação.

Parece correto afirmar que a teoria da ação significativa se amolda ao que a teoria do delito em partes necessita hodiernamente, pois o seu lastro nas regras dos jogos de linguagem utilizados para dotar o mundo de significado retira do conceito de ação o caráter ontológico e, concedendo um caráter normativo, permite a identificação de comportamentos dos entes fictícios capazes de violarem bens jurídicos essenciais, possibilitando sua responsabilização penal sem comprometer ou depender da responsabilização de pessoas físicas. Ademais, havendo previsão constitucional da responsabilização dos entes morais e respeitando o princípio da culpabilidade, a ausência de elemento psíquico não inviabiliza a responsabilização penal dos entes fictícios, pois sua verificação não é mais essencial para caracterização da ação penalmente relevante, ocorrendo a substituição de tal requisito pela análise da relevância da conduta – atividade – do ente coletivo.

Posta em breves linhas a compreensão do porquê a teoria da ação significativa é a

²⁴⁸ Ibid., p. 203-204.

²⁴⁹ SILVA, op. cit., p. 63-64.

²⁵⁰ CARBONELL MATEU apud SILVA, Ibid., p. 64.

concepção que, no atual estado da dogmática penal, figura entre as que melhor explicam a existência de condutas penalmente relevantes perpetradas por entes morais, como constitucionalmente previsto, considera-se oportuna a realização de uma pequena exposição acerca dos modelos de responsabilização dos entes fictícios para depois adentrar na culpabilidade dos mesmos. Por óbvio, em razão da teoria da ação pela qual se manifestou adesão e por existir relevante decisão do Supremo Tribunal Federal em prol da autorresponsabilização da pessoa jurídica, a explanação abaixo não tem como objetivo firmar posição a favor do citado modelo, mas demonstrar as incorreções dos demais.

O clássico modelo de responsabilização individual dos representantes legais segue a tradicional concepção de delito e, considerando que apenas a ação humana – essa entendida nos termos ontológicos do finalismo – é penalmente relevante, não admite que a pessoa jurídica possa sofrer a responsabilização penal, limitando-a apenas às pessoas físicas que em nome do ente coletivo teriam agido²⁵¹. Não requer delongas a explanação de que tal entendimento demonstra-se defasado, seja por ignorar a complexidade da sociedade atual²⁵², seja por contrariar com as disposições político-criminais da atual Constituição da República e os entendimentos consolidados na jurisprudência pátria²⁵³.

Dentre os modelos que entendem como possível a responsabilização penal da pessoa jurídica, a heterorresponsabilidade – alinhada à teoria da ficção de Savigny²⁵⁴ – funda-se na vinculação da responsabilização penal do ente moral à da pessoa natural que representava seus

²⁵¹ Ibid., p. 96-97.

²⁵² Atentando que o Direito Penal edificado sobre a culpabilidade individual não é capaz de compreender o fenômeno da delinquência no âmbito econômico, Silva, citando Silva Sánchez, expõe três distorções oriundas da aplicação da tradicional teoria do delito às empresas: “(i) a dissociação entre ação e a responsabilidade, pois (...) o executor direto é normalmente um subordinado de último nível (...) [em razão da estrutura hierárquica, não possuindo autonomia decisória]; (...) (ii) a fragmentação dos elementos do tipo, pois (...) as condições subjetivas da autoria, [a posse de informações e a capacidade de decisão] podem se encontrar [difundidas entre diferentes sujeitos no contexto de divisão funcional do trabalho]; (...) (iii) [os] efeitos derivados das dinâmicas de grupo, [como] défices cognitivo-valorativo (...) ou volitivo, [os quais atenuariam ou excluiriam as imputações subjetivas dolosas ou da culpabilidade dos integrantes do grupo].” (SILVA SÁNCHEZ apud Ibid., p. 98-99.)

²⁵³ Nesse sentido, parece interessante destacar parte do voto da Ministra Rosa Weber do Supremo Tribunal Federal brasileiro no julgamento do RE 548.181/PR: “as pessoas jurídicas tornaram-se destinatárias da lei penal desde 1988, há 25 anos portanto, em decorrência de imposição expressa da norma constitucional acima transcrita. A Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1988, conferiu a possibilidade de concreção da Constituição, ao estipular os pressupostos e as penas aplicáveis às pessoas jurídicas. Não cabe retomar, portanto, a discussão sobre a legitimidade jurídica substancial da atribuição de responsabilidade penal aos entes morais. (...) Os argumentos teóricos e as concepções abstratas do modelo dogmático da ciência penal tradicional, embasados na ação do indivíduo (*societas delinquere non potest*), não convenceram o legislador constitucional originário, e, desse modo, são insuficientes para que se afirma a ilegitimidade da opção feita. (BRASIL, op. cit., nota 169.)

²⁵⁴ Em tal concepção a pessoa jurídica é criação artificial do Direito e, portanto, não é capaz de agir, apenas transparecendo as decisões e condutas dos seres humanos por trás dela.

interesses – sendo perceptível o entendimento de que unicamente a pessoa humana pode agir²⁵⁵. Utilizando o pensamento de Nieto Martín, Silva²⁵⁶ expõe a existência de dois principais submodelos, o da responsabilidade subsidiária – *vicarious liability* – adotado na Áustria, em França, na Itália e em Portugal e o modelo britânico da teoria da identificação – *identification theory*.

O primeiro, o sistema vicarial, possuiria três condições para responsabilização penal dos entes fictícios: (i) a comissão da infração por um agente do ente coletivo; (ii) que tal agente esteja no desempenho de suas funções atribuídas pela pessoa jurídica; (iii) que a atuação tenha como intenção a obtenção de alguma espécie de vantagem para o ente moral²⁵⁷.

Já no segundo, o sistema britânico, há o entendimento de que o agente se confunde com a da própria pessoa jurídica, compreendendo suas ações como as ações do ente moral, o que retiraria a necessidade de identificação da obtenção de vantagem pelo ente coletivo, sendo-a presumida. Assim, para aplicação da teoria da identificação, bastaria a comissão de infração por um agente da pessoa jurídica regularmente atribuído do exercício da função²⁵⁸.

Com a devida vênia e sem a pretensão de exaurir o debate, pode-se rapidamente levantar ao menos três pontos que supostamente tornariam inadequado o modelo de heterorresponsabilidade. O primeiro reside na adoção de uma visão ontológica da ação, entendendo que a conduta penalmente relevante sempre se originaria de um ser humano, havendo uma transferência da culpabilidade desse para o ente moral – o que violaria o princípio da culpabilidade. O segundo está na desatenção ao desenvolvimento social e à vultosa complexidade que as atividades empresariais tomam hodiernamente, requisitando a identificação de um agente para imputar a conduta quando, em muitas das vezes, há o desmembramento das atividades de direção, da disponibilidade de informação e do poder de decisão, principalmente em órgãos colegiados. O terceiro, ao menos para o Brasil, é o esvaziamento da opção político-criminal da Constituição da República de 1988 ao impor condição não preestabelecida pelo legislador originário, criando indevido óbice, pois a previsão da Carta Política é de responsabilização penal das pessoas jurídicas de forma autônoma.

Por outro lado, o modelo de autorresponsabilidade visa a responsabilização penal da pessoa jurídica de forma autônoma, independentemente da transferência de responsabilidade

²⁵⁵ SILVA, op. cit., p. 99-100.

²⁵⁶ NIETO MARTÍN apud Ibid., p. 101.

²⁵⁷ Ibid.

²⁵⁸ Ibid., p. 101-102.

individual da pessoa natural que age em nome do ente coletivo²⁵⁹. Reforça-se que tal modelo não inviabiliza, macula ou desincentiva de modo algum a persecução penal de qualquer pessoa responsável, mas apenas a descompatibiliza da responsabilidade criminal do ente moral, tornando-as independentes.

Pela compreensão de ação penalmente relevante acima exposta, é evidente que o presente trabalho se filia ao entendimento de que os entes morais podem ser responsabilizados penalmente de forma autônoma. Não sendo a exposição delongada do embate doutrinário acerca dos modelos de responsabilização penal dos entes morais essencial à presente monografia, passa-se a uma breve exposição de alguns pontos – interessantes para este trabalho – do voto da relatora Ministra Rosa Weber no julgamento em que o Supremo Tribunal Federal afirmou a aplicabilidade do modelo de autorresponsabilidade no Brasil – o Recurso Extraordinário nº 548.141/PR.

O primeiro ponto é o destaque para o acento constitucional das balizas político-criminais, dentro das quais o legislador infraconstitucional é livre para atuar, devendo a dogmática se adaptar a realidade fática e normativa e não o contrário. A relatora²⁶⁰ afirma que “não há reserva de Constituição para a criminalização de condutas, nem para a definição de quem possa ser sujeito ativo da prática de crimes. Trata-se de matéria que se encontra, guardados os limites constitucionais, no âmbito da liberdade de conformação do legislador”. Complementa tal ideia a afirmação de que “ao legislador é conferido amplo espaço de configuração, o qual não é necessariamente coincidente com o espaço pretendido pela dogmática penal”²⁶¹.

O segundo ponto é a constatação de que a tradicional dogmática penal – fundada no conceito ontológico de ação e no brocardo *societas delinquere non potest* – não foi adotado pelo constituinte, cabendo a doutrina realizar a evolução dos tradicionais institutos e não esvaziar o comando constitucional em prol de um apego à dogmática do século passado²⁶². A Ministra Rosa Weber²⁶³, valendo-se das palavras de Busato, completa o entendimento afirmando:

de qualquer modo, na própria doutrina penalística nacional já se encontram críticas ao que seria um insustentável e superado atrelamento aos conceitos de ação e culpabilidade forjados na dogmática tradicional para refutar a imposição de crimes

²⁵⁹ Ibid., p. 106.

²⁶⁰ BRASIL, op. cit., nota 169, p. 36.

²⁶¹ Ibid., p. 48.

²⁶² Ibid., p. 45.

²⁶³ BUSATO apud Ibid., p. 45-46.

aos entes morais. Nessa linha, Busato acrescenta que “a teoria do delito já evoluiu o suficiente para enfrentar e superar, com facilidade, as dificuldades clássicas do tema da ação (vontade) e da culpabilidade” relacionados à capacidade de delinquir da pessoa jurídica.

O terceiro ponto é a separação da responsabilidade penal da pessoa jurídica da do agente a ela ligado, pois, ante a complexidade existente nas atividades empresariais e da atual sociedade de riscos, tal condicionamento pode resultar indevidamente na impossibilidade de qualquer persecução ou responsabilização penal²⁶⁴. Novamente, é possível a justificação da persistência de tais ideais que levam à impunidade pela adoção de paradigmas teóricos do século XIX para explicar a realidade do século XXI, figurando como necessária a superação do pensamento de que o homem é o único sujeito irradiador do Direito Penal moderno. Nesse sentido, pode-se destacar no voto da Ministra²⁶⁵:

entre os fundamentos remotos da norma que contempla apenação da pessoa jurídica, em dissintonia com a dogmática penal evoluída ao longo de anos, pode-se referir uma relativa insuficiência ou quase inadequação do Direito Penal clássico para lidar com os injustos penais na sociedade moderna, como revelam ilustrativamente, as inúmeras condutas ilícitas, de efetiva lesão de bens jurídicos de expressão, que emergiram no âmbito do direito econômico-financeiro, na seara ecológica e ambiental, em organizações estruturadas e organizadas de forma estável, e ainda no âmbito das organizações empresariais.

Em igual forma, também pontua a Ministra²⁶⁶:

a decisão atacada, ao entender que o ente moral não pode figurar isoladamente no polo passivo da ação penal, por ausência de capacidade de ação – indispensável seria a descrição de uma conduta humana –, está, visivelmente, pretendendo transpor a dogmática clássica do Direito Penal individual, elaborada a partir da ação humana consciente e dirigida a um fim, para a responsabilização da pessoa jurídica. Mais que isso, a bem da verdade, conforme sustenta-se nas razões recursais, está condicionando a interpretação e aplicação da norma constitucional do §3º do art. 225 da Carta Política a uma concreta identificação e imputação também da pessoa física, restringindo sobremaneira sua eficácia e contrariando a intenção expressa do constituinte originário, não apenas a de ampliar o alcance das sanções penais, mas sim de evitar a impunidade [...].

O quarto ponto é a requisição constitucional de desenvolvimento dos entendimentos dogmáticos para efetivação das balizas político-criminais estipuladas pelo constituinte originário²⁶⁷. Assim, não pode figurar como empecilho à proteção de bens jurídicos essenciais,

²⁶⁴ Ibid., p. 51.

²⁶⁵ Ibid., p. 50.

²⁶⁶ Ibid., p. 49.

²⁶⁷ Ibid., p. 48-49.

com expressa previsão na Constituição da República, a insuficiência ou a resistência da dogmática penal em evoluir os tradicionais institutos da teoria do delito. Nesse sentido, coloca a Ministra Rosa Weber²⁶⁸:

[...] a finalidade da imposição de uma pena aos entes coletivos não pode se guiar por critérios embasados na comparação ou na pretensão de correlação das pessoas jurídicas com as pessoas físicas, tornando-se indispensável, portanto, a elaboração de novos – exclusivos ou conglobantes conceitos de ação e de culpabilidade válidos para as pessoas jurídicas. Nessa linha, após fazer a constatação da necessidade de alguma readequação das bases dogmáticas do Direito Penal clássico, seja pela elaboração de diferentes noções de ação e de culpabilidade, seja fundamentado a aplicação de pena à pessoa jurídica sem a existência de culpabilidade; ou ainda moldando-se um sistema de imputação específico a partir das características das pessoas jurídicas.

O quinto ponto é a fixação de dois critérios – em partes semelhantes ao sistema vicariante de responsabilização das pessoas jurídicas –, não definitivos e passíveis de desenvolvimento por parte da doutrina e da jurisprudência, para a imputação do injusto penal ao ente moral. O primeiro critério é entendido como a necessidade da infração ser cometida por meio de decisão de representante legal ou contratual, ou de órgão colegiado do ente moral devidamente atribuído da função – princípio da pertinência do ato à pessoa jurídica –, ou seja, “o ato apontado como lesivo decorra do processo normal de deliberação interna da corporação, (...) se houve aceitação da pessoa jurídica, no sentido de ciência, pelos órgãos internos de deliberação, do que se estava a cometer e da aceitação, ou absoluta inércia para impedi-lo”, o que dependerá da análise da organização da própria empresa²⁶⁹. O segundo requisito é materializado na necessidade de aproveitamento do ilícito parte da pessoa jurídica, ou seja, que “a infração seja cometida no interesse ou benefício da entidade de modo a afastar a possibilidade de atribuição de fato ilícito ao ente moral se o indivíduo ou órgão responsável pelo ato tenha atuado unicamente para satisfação de interesse próprio” e até em detrimento dos interesses da empresa²⁷⁰.

Aliando os quatro primeiros pontos destacados com as exposições acerca das teorias da ação, pode-se concluir que, dentro da necessária evolução dos entendimentos dogmáticos, a teoria da ação significativa, diferentemente das outras expostas, é compatível à política criminal escolhida pelo constituinte. Assim, ao reformular as categorias da teoria do delito para abranger a responsabilização penal das pessoas jurídicas sem afetar a das pessoas físicas, o entendimento

²⁶⁸ Ibid.

²⁶⁹ Ibid., p. 55.

²⁷⁰ Ibid., p. 56.

significativo de ação pode ser utilizado como norte para o desenvolvimento de uma teoria do delito das pessoas jurídicas.

O quinto ponto traz balizas para, independente da forma como se entende a ação, responsabilizar a pessoa jurídica de forma autônoma. Interessante destacar que mesmo firmando um modelo de autorresponsabilidade do ente moral, o Supremo Tribunal Federal estipula requisitos coadunantes com o modelo de heterorresponsabilidade, o que reforça o argumento de necessidade de melhor desenvolvimento doutrinário do tema.

Isto posto, para continuar o presente estudo, não exaustivo, em prol da modernização dos clássicos institutos do Direito Penal a luz da responsabilidade penal dos entes morais, demonstra-se interessante tratar da questão da culpabilidade dos mesmos. Pois, ainda que o tema seja o centro de grandes controvérsias na atualidade, sua abordagem, seja para reafirmá-la, seja para reformulá-la, seja para afastá-la, é essencial ao estudo da teoria do delito.

2.3. Teorias acerca da culpabilidade dos entes fictícios

Tradicionalmente, a culpabilidade pode ser entendida como um juízo individualizado de atribuição de responsabilidade penal, representando uma garantia do indivíduo ante possíveis excessos do poder punitivo estatal²⁷¹. Dentro da doutrina penal, o termo assume um triplo sentido: (i) culpabilidade como fundamento da pena, entendida como a possibilidade ou não de imposição de pena ao autor de um fato típico e antijurídico, ligando-se a capacidade de culpabilidade, consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta; (ii) culpabilidade como medida da pena, ligada à modalidade e ao quantum a ser fixado individualmente; (iii) culpabilidade como vedação à responsabilidade objetiva, ou seja, como marco da responsabilidade individual e subjetiva²⁷².

Desde que Von Lizst o fixou como reprovação de um injusto penal e o atrelou à ideia de “poder atuar de outro modo”, o conceito e o conteúdo da culpabilidade têm-se demonstrado um dos maiores pontos de embate na dogmática penal, pois, se tratando de uma análise a posteriori, não há como comprovar, ou ao menos figura como excessivamente difícil, que a possibilidade de atuação de outra forma por parte do agente no caso concreto²⁷³. Nesse sentido,

²⁷¹ BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral* 1. 24. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 639-640.

²⁷² Ibid., p. 641.

²⁷³ BUSATO, op. cit., 2015, p. 77-78.

remontando o pensamento de Tomás Salvador Vives Antón, Busato²⁷⁴ coloca que as raízes da crise da culpabilidade residem na matriz filosófica determinista – tanto física, quanto lógica – da qual seu conceito advém, pois este seria “incompatível com o direito e com a liberdade de vontade, como critério absoluto, não se liga à ideia de culpabilidade, porque também indemonstrável”²⁷⁵²⁷⁶.

Ainda que de extrema relevância à dogmática penal, as poucas linhas que limitam este trabalho, bem como seu objetivo, impedem que se adentre mais aprofundadamente nas questões jurídicas e filosóficas acerca da problemática comentada. De igual forma a abordagem da ação, ainda que o conceito de culpabilidade seja equívoco, opta-se aqui por não realizar uma exposição histórico evolutiva do instituto, principalmente em razão dos entendimentos hoje predominantes na dogmática pátria – finalista e funcionalista – se sedimentarem sob uma concepção ontológica de ação e focarem em especial na culpabilidade do indivíduo. Assim, entende-se como suficiente ao presente trabalho uma breve e não exauriente explanação das pretensões de reprovação e de punibilidade – para concluir a abordagem acerca da teoria significativa do delito – e a demonstração de diversas teorias acerca da culpabilidade da pessoa jurídica – estruturadas de modo autônomo ou conglobante.

No tocante à pretensão de reprovação, aquela que se dirige ao sujeito traduzindo um juízo de culpabilidade, Busato²⁷⁷ aponta que, no entendimento de Tomás Salvador Vives Antón, sua proposta central é a reprovação jurídica do autor de um fato ilícito, o qual, podendo, não se comportou de forma coadunante com o direito. Contudo, dentro da teoria significativa do delito, o comportamento conforme o direito não é fundando numa ideia de livre arbítrio, mas “[...] no sentido de que a ação é fundamentalmente a expressão de um atuar incondicionado pelo meio,

²⁷⁴ Ibid., p. 80-82.

²⁷⁵ Ibid., p. 84

²⁷⁶ Ainda que superficial a exposição dos comentários tecidos por Busato sobre “as verdadeiras raízes da crise da culpabilidade”, parece interessante destacar um ponto elucidativo com as palavras do autor: “[...] Em sendo a realização do direito um procedimento de atribuição de responsabilidades, a análise da conduta compete a um terceiro observar que também produz uma relação de interdependência com o fato observado, de modo que há outra variável mutuamente condicionante entre o fato incriminado e o sujeito incriminador. Aquele que vê uma pessoa dirigindo vários impropérios a outra pode concluir, a partir das circunstâncias em que se desenvolve o fato, de que está ocorrendo uma injúria ou de que aquele que fala está narrando uma história, incorporando um personagem e, nem sempre, essa conclusão estará conforme o que pretendeu o agente ou mesmo ajustada ao que ocorreu de fato. Ou seja, a raiz do problema reside na concepção de mundo que deriva de uma linguagem expressada por uma ação. O quadro de mundo composto a partir da linguagem das ações que podem ser atribuídas a um autor impescindem do ponto de partida da liberdade de ação. A liberdade de ação é um pressuposto de organização da definição da própria ação como algo que pode ser atribuído a um autor.” (Ibid., p. 82-83.)

²⁷⁷ BUSATO, op. cit., 2012a, p. 204.

pois, se fosse o contrário, não transmitiria sentido de ação, e, sim, de mero acontecimento”²⁷⁸.

A análise da pretensão de reprovação se resumiria na verificação de duas condições: (i) imputabilidade, se o sujeito possui capacidade de ser reprovado; (ii) consciência da ilicitude, se o sujeito possui conhecimento da ilicitude de sua ação, local em que discutiria os erros de proibição.²⁷⁹

A pretensão de punibilidade coincide com o funcionalismo teleológico de Roxin, entendendo que se não há necessidade de pena, não há razão para se falar em delito. Tal análise não é realizada apenas à luz ausência de condições objetivas de punibilidade ou de causas pessoais de exclusão de pena, compreendendo também as causas pessoais de anulação ou suspensão da pena, como a graça, a anistia e os demais institutos que afastam a aplicação de pena no caso concreto – ou seja, trata-se de levar ao extremo o princípio da proporcionalidade como marco abstrato das demais pretensões de validade. Nas palavras de Busato²⁸⁰, a pretensão de punibilidade “[...] acrescenta uma pretensão de necessidade de pena, que deve fazer parte da pretensão de validade normativa, que pode eventualmente ser comparada com o que alguns autores chamam de punibilidade, mas com conteúdo distinto”.

Concluída a breve apresentação da parte relacionada à culpabilidade na teoria significativa do delito – modelo apresentado em razão da possível aplicabilidade nos moldes da Constituição da República de 1988 –, passa-se a uma rápida e superficial exposição de uma miscelânea de teorias sobre a culpabilidade da pessoa jurídica. Ainda que algumas das teses apresentadas a seguir não possuam aplicabilidade direta nos atuais moldes do Ordenamento Jurídico pátrio, com a exposição pretende-se demonstrar a existência de diferentes entendimentos, os quais, além de significar possibilidades, demonstram a necessidade de evolução da dogmática penal pátria e de revisão da legislação acerca da culpabilidade para melhor abranger e maximizar a efetivação do comando político-criminal de responsabilização penal das pessoas jurídicas.

Brend Schunemann, entendendo pela necessidade de elaboração de novos conceitos dogmáticos penais de válida aplicação para as pessoas jurídicas – ainda que isso signifique a renúncia à capacidade de ação e à punibilidade –, parte do pressuposto da inaplicabilidade da concepção tradicional do princípio da culpabilidade no citado âmbito e busca apoio no que denomina de “estado de necessidade do bem jurídico”. De tal forma, o que importa para a

²⁷⁸ Ibid.

²⁷⁹ Ibid.

²⁸⁰ Ibid., p. 205.

responsabilização criminal dos entes fictícios é verificar a necessidade de proteção de um bem jurídico ameaçado ou lesionada por um ente moral, para a qual as medidas penais existentes se demonstram insuficientes²⁸¹.

Já Ernest Hafter desenvolve um conceito de culpabilidade para a pessoa jurídica. O autor entende que os entes morais possuem uma vontade especial, que se difere da vontade individual dos agentes e emana da decisão de órgãos competentes ou do acordo conjunto daqueles a quem incumbe a formação da vontade do ente fictício. Assim, o agir ou querer com tal qualificação especial seria distinguível do agir ou querer dos indivíduos e penalmente culpável²⁸².

Por sua vez, Klaus Tiedemann recorre às categorias sociais e administrativas para fundamentar sua culpabilidade das pessoas jurídicas, entendendo que ela decorreria de um defeito organizacional, uma deficiência na organização da empresa que possibilitaria a prática delitiva. Valendo-se da ideia de “fato de conexão” – fato realizado pelos indivíduos que compõe a estrutura empresarial e compreendido como fato próprio do ente coletivo a medida em que reflete a deficiência organizativa –, o autor coloca o ente moral numa posição similar à do garante e lhe imputa eventuais condutas delitivas perpetradas em seu bojo ou que o tenha como instrumento, pois tal agir ilícito decorreria de uma falha organizativa da empresa²⁸³.

Ulrich Schroth reconhece uma capacidade de ação da pessoa jurídica derivada de seus componentes, ou seja, entende como do ente moral as ações dos indivíduos componentes de sua estrutura que estejam autorizados a agirem em nome dela, sendo imputada ao ente moral a vontade coletiva defeituosa emanada por seu órgão. A culpabilidade da empresa seria aferida conforme tais ações oriundas de uma vontade maculada emitida pelos órgãos se afastassem de um padrão de conduta esperado, conforme transbordassem as ações de uma “empresa média” – compreendida a partir de standards de condutas esperadas.²⁸⁴

Na concepção de Hans Joachim Hirsch, fundada nas denominadas “constatações da realidade”, o ente fictício é capaz de ação por meio de sua estrutura, pois seriam, em verdade, suas as ações de seus órgãos e de seus representantes. A culpabilidade do ente moral, lastreada em juízos éticos sobre as empresas, se distinguiria da de seus integrantes por meio do “fato de

²⁸¹ SCHUNEMANN apud BARBOSA, Julianna Nunes Targino. *A culpabilidade na responsabilidade penal da pessoa jurídica*. 2014. 207 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2014, p. 106-107.

²⁸² HAFTER apud, Ibid., p. 108-109.

²⁸³ TIEDEMANN apud, Ibid., p. 110-111.

²⁸⁴ SCHROTH apud, Ibid., p. 116.

conexão” – fato realizado pelos indivíduos que compõe a estrutura empresarial e compreendido como fato próprio do ente coletivo a medida em que reflete a deficiência organizativa – e seria aferida conforme a evitabilidade apurada nas falhas na seleção e na supervisão dos representantes, nas falhas organizativas, nas falhas na adoção de políticas empresariais²⁸⁵.

No entendimento de Gunter Heine, o erro da maioria das teorias acerca da culpabilidade dos entes fictícios está em atrelá-la ou em baseá-la na ação ou na culpabilidade das pessoas físicas, razão pela qual o autor propõe um sistema paralelo ao Direito Penal individual. No modelo tautócrono em comento, a culpabilidade seria uma categoria sistêmica com requisitos normativos, derivados do consenso social e entendida como um conceito análogo-funcional ao de culpabilidade individual. A “dimensão temporal” seria o critério para definição do paralelismo, originando uma espécie de “culpabilidade pela condução da empresa”, na qual a empresa é considerada como “garante de controle”, ou seja, tem o dever de gerenciar os riscos próprios da atividade que desenvolve. Assim, a responsabilidade penal do ente coletivo não dependeria de comportamentos individuais, mas da administração incorreta do risco e da materialização do perigo típico da empresa. A culpabilidade em si seria aferida pelo julgador com base na “dimensão temporal” – entendida como a administração do risco próprio da atividade empresarial – e na atitude empresarial – consistente na falha na organização das estruturas empresariais em decorrência de uma concreta atitude empresarial, como, por exemplo, a adoção de uma nova tecnologia sem as precauções necessárias para minimizar ou evitar os riscos que dela possam advir²⁸⁶.

Brent Fisse e John Braithwaite propõem uma reestruturação no esquema do Direito Penal de modo a possibilitar a reformulação da culpabilidade em seu aspecto temporal. Sem excluir a possibilidade de haver a constatação da responsabilidade no tempo da conduta delinquente ou antes dela pela não formulação de programas de cumprimento, os autores apresentam uma concepção de culpabilidade sob a perspectiva pós-delitiva (*reactive fault*), fundada na reação da empresa ao delito cometido em seu bojo – na adoção de medidas corretivas ou preventivas adequadas – para os casos em que seria de difícil constatação da infração no tempo de seu cometimento²⁸⁷.

Visando um conceito funcionalmente equivalente ao da culpabilidade individual e aplicável dentro do contexto de autorresponsabilidade do ente moral independentemente dos

²⁸⁵ HIRSCH apud, Ibid., p. 118-119.

²⁸⁶ HEINE apud Ibid., p. 120-122.

²⁸⁷ FISSE; BRAITHWAITE apud Ibid., p. 130-131.

aspectos derivados das pessoas físicas que a compõe, Carlos Gómez-Jara Díez constrói o seu entendimento acerca da culpabilidade dos entes morais com base na teoria dos sistemas sociais autopoieticos²⁸⁸ – oriundos do construtivismo operativo. A empresa seria um sistema autopoietico social – em contraposição aos indivíduos que são um sistema autopoietico psíquico –, pois é um sistema organizativo que se compõe e se reproduz por suas decisões, constituindo sua realidade, criando conhecimento organizativo, desenvolvendo uma capacidade de aprendizagem e se tornando uma realidade independente do entorno social e humano a partir da reiteração contínua desses processos decisórios. Dessa capacidade auto-organizativa, da sua autorreflexividade, emanaria os deveres de controlar e de gerir os riscos oriundos de sua atividade, sendo sua culpabilidade alicerçada em três elementos semelhantes aos do funcionalismo sistêmico de Jakobs: (i) na fidelidade ao Direito, podendo ser entendida como a adoção de programas de cumprimento; (ii) na igualdade objetiva entre as pessoas, entendida como a igual submissão ao Direito; (iii) na possibilidade de questionar a vigência da norma a qual a pessoa jurídica é submetida²⁸⁹.

Por fim, Adan Nieto Martín coloca que a autorresponsabilização dos entes morais origina-se da não organização da empresa de modo a prevenir de forma razoável os riscos derivados da atividade empresarial, sejam os riscos diretos a bens jurídicos gerados

²⁸⁸ Conforme a enciclopédia jurídica da PUCSP: “[...] seu significado literal é autoprodução. Os subsistemas produzem, e reproduzem, a sua própria organização circular por meio de seus próprios componentes. Na comunicação luhmanniana, *autopoiesis* se refere a um sistema autopoietico, definido como rede de produção de componentes e estruturas. Como emissor da própria comunicação, opera, por isso mesmo, de forma autorreferencial. Implica autorganização: elementos produzidos no mesmo sistema. Decorre da auto-organização da natureza e da sua comunicação com o seu ambiente, como se fossem células do corpo autorregenerado. Os sistemas autopoieticos são sistemas abertos ao futuro e teleológicos. Com isso, têm a possibilidade de projetar e de reclamar a própria finalidade. Quaisquer das operações realizadas são coligadas às suas antecessoras e às que lhes sucedem. Então, no sistema econômico, pode-se encontrar uma diferenciação comunicativa ligada ao dinheiro, em que as suas comunicações somente serão produzidas neste sentido, daí o termo diferenciado. Neste processo de remeter o sistema a si mesmo pela comunicação, produzir-se-á a *autopoiesis* do sistema econômico: a economia produz economia. Nessas autorreferências, além do controle da produção, tem-se a condução dos seus elementos como algo gerador de unidade indisponível, levando os sistemas a se tornarem independentes, praticamente autossuficientes (...) A autopoiese foi utilizada no campo do direito pela teoria dos sistemas para resolver o fundamental problema de delimitar externamente um sistema nos confrontos do seu ambiente, sem excluir a própria capacidade de introduzir ao seu interno mudanças que assegurem a sua sobrevivência. Em particular, a teoria dos sistemas considera o sistema jurídico apto a gerir as relações entre os próprios elementos com diversos níveis de complexidade do ambiente e da específica normatividade capaz de atingir níveis de generalizações superiores aos dos outros sistemas normativos. Em suma, o direito como organismo vivo é capaz de produzir-se e de sobreviver mudando a si mesmo de modo autônomo para ser sempre mais adaptado a desenvolver a própria tarefa numa sociedade que muda. Os confins externos do sistema jurídico se ampliarão se a sua complexidade crescer e se o seu horizonte ampliar a própria complexidade.” (FEBBRAJO, Alberto; LIMA, Fernando Rister de Souza. Autopoiese. In: Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Tomo 1: teoria geral e filosofia do direito. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/152/edicao-1/autopoiese>>. Acesso em: 22 mai. 2020).

²⁸⁹ GÓMEZ-JARA DÍEZ apud BARBOSA, op. cit., p. 137-141.

independentemente de um comportamento individual, sejam os riscos derivados de condutas dolosas ou imprudentes dos componentes da estrutura empresarial. Nessa linha, a culpabilidade da empresa seria entendida como defeito na organização empresarial – em exemplo, a inércia na criação de sistema de prevenção de riscos –, o que ensejaria uma busca de autorregulação por parte da pessoa jurídica e transferiria os custos da prevenção de fatos delitivos do Estado para as empresas – as quais assumiriam deveres compatíveis com sua posição de predominância nas relações sociais.²⁹⁰

Como pode ser observado nos pensamentos expostos, parece não haver um consenso sobre a culpabilidade da pessoa jurídica. As proposições apresentadas vão desde a negativa da existência de culpabilidade para o ente moral, fundamentando a punição dos entes fictícios de forma diversa a tradicional estrutura do delito, como no pensamento do Brend Schunemann, até concepções que entendem a pessoa jurídica como um sistema autopoietico social – uma realidade autofundante e autojustificante em si – e, portanto, completamente capaz de possuir uma vontade de agir autônoma, a qual deve se pautar na fidelidade ao Direito, como no pensamento do Carlos Gómez-Jara Díez.

Ainda que rasa a exposição das diversas compreensões da culpabilidade da pessoa jurídica aqui realizada, por um ponto de visto político-criminal adotado pela Constituição da República de 1988, as proposições de Gunter Heine e de Adan Nieto Martín figuram como boas fontes de inspiração para o Ordenamento Jurídico e para a doutrina pátria. Não soa compatível buscar um paralelo na culpabilidade individual para estruturar a culpabilidade dos entes morais – pois os processos decisórios em ambos são construídos de formas diferentes – e nem figura como correta para análise da responsabilidade autônoma das pessoas jurídicas atrelar a existência de sua conduta aos comportamentos individuais coletivamente considerados.

Em igual forma, pela vocação constitucional conferida ao Direito Penal pátrio – a proteção de bens jurídicos –, não parece acertada a adoção de uma culpabilidade lastreada na fidelidade ao Direito – marca do funcionalismo sistêmico. Por outro lado, também não soa razoável ignorar o princípio da culpabilidade e fundar a responsabilização penal das pessoas jurídicas em um suposto “estado de necessidade do bem jurídico”.

Como já apontado, não cabe nas curtas linhas do presente estudo uma análise mais detida do complexo tema da culpabilidade das pessoas jurídicas, inclusive saindo de seu escopo. Contudo, como demonstrado na rápida apresentação da compreensão de diversos autores, tal

²⁹⁰ NIETO MARTÍN Ibid., p. 144-145.

tema fulcral à responsabilização penal da pessoa jurídica requisita maior elaboração teórica e a busca de consensos dogmáticos. Repisa-se tal importância ao considerar a tendência de expansão do Direito Penal, a qual requisitará a compreensão de novas e complexas formas de delinquência oriundas da sociedade de riscos, muitas provenientes de atividades empresariais.

Pode-se exemplificar a mencionada necessidade com o projeto do novo Código Penal (PLS 236/2012), no qual é expressamente previsto a possibilidade de responsabilização penal das pessoas jurídicas de direito privado, uma realidade sobre a qual a doutrina deverá se debruçar mais detidamente. Em atenção a essa possibilidade, demonstra-se interessante a realização de uma rápida análise das balizas político-criminais da Constituição da República sobre o assunto e uma breve e não exauriente exposição do relatório final projeto do novo Código Penal (PLS 236/2012), com enfoque no concernente à responsabilização dos entes morais.

2.4. Balizas constitucionais e a responsabilidade penal do ente moral no projeto do novo Código Penal

Como acima pontuado, as balizas político-criminais e os bens jurídicos relevantes a serem tutelados devem ser extraídos da Constituição da República, sendo conceitos emanados e interpretados à luz da opção política do legislador constituinte²⁹¹. Com a devida vênia aos que se posicionam de forma diferente, o debate sobre a possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica demonstra-se superado, tanto no âmbito legal, quanto no âmbito jurisprudencial, cabendo à dogmática, de modo crítico, buscar os meios para a materialização da opção do constituinte e não obstá-la como tentativa de prorrogação do embate político realizado na criação da Lei Maior. Ademais, como também já dito, dentro dos moldes da Carta Política, a escolha de condutas a serem criminalizadas e as pessoas que por elas responderão é opção do legislador em atenção ao seu tempo, nesse sentido, coloca Fernando Galvão²⁹²:

a experiência jurídica busca a especificação das formas de tutela ou garantia para o que se considera socialmente valioso, em determinado tempo e lugar. Mas, a escolha

²⁹¹ Neste sentido, interessante ressaltar as palavras de Fernando Galvão: “o jurídico é, antes de tudo, político, porque fruto de uma toma de posição frente ao fato social, ou seja, de uma resolução. A norma jurídica, necessariamente, resulta de uma tomada de posição frente ao fato social, de uma opção política. A consideração do que seja socialmente inadequado e quem será responsabilizado criminalmente depende sempre do ponto de vista daqueles que legitimamente detêm o poder de imposição. Não se trata de encontrar solução para determinadas questões, posto que a solução é reservada a sanar problemas técnicos, mas de optar por um caminho, dentre tantos outros igualmente possíveis.” (GALVÃO, op. cit., 2017, p. 21-22.)

²⁹² Ibid., p. 22-23.

dos bens a serem juridicamente tutelados e das pessoas a serem responsabilizadas depende dos juízos de valor próprios do legislador. Um ato não é criminoso em si mesmo, só o passando a ser em virtude de norma jurídica que o qualifica como tal. De mesma maneira, as pessoas somente são responsabilizadas quando e na medida em que a lei determine. Importa notar que a criminalidade e o crime não fazem parte de uma realidade natural, mas sim de uma construção jurídico-social que depende dos juízos valorativos que produzem a qualidade de criminosa na conduta a qual se aplicam e impõem responsabilidade a determinadas pessoas.

Adentrando sob a criação do crime e do criminoso pelas agências legitimadas para tanto, continua Fernando Galvão²⁹³:

é a atividade de definição do que é delituoso ou não, realizada pelos componentes das instâncias que detêm o poder de controle social, que relaciona os indivíduos e suas condutas à consideração de criminoso e de crime. A responsabilidade penal, do mesmo modo, resulta de um processo político de escolha sobre quem deva suportar a pena a ser imposta pela violação da norma jurídico-penal. As definições de crime e de responsável dependem dos interesses, das crenças e da cultura dos indivíduos que usufruem de posição de predomínio na determinação do que seja inadequado, em última instância, das *ideologias*.

Repisando um ponto já exposto, parece correto entender que a atual sociedade de risco impõe à dogmática penal a necessidade de modernização de seus clássicos institutos da teoria do delito para atender à nova realidade de ameaças e de lesões à bens jurídicos oriundas de atividades empresariais. Já traçados breves comentários em relação aos bens jurídico-penais e aos entendimentos acerca da conduta penalmente relevante e da culpabilidade dos entes morais, soa como interessante a realização de uma rápida análise da legislação sobre o tema, adentrando, sem pretensão de exaurir o tema, nas disposições constitucionais e no relatório final do projeto do novo Código Penal (PLS 236/2012) no tocante à responsabilidade penal da pessoa jurídica.

Sendo os limites do poder punitivo estatal extraídos da Constituição da República, em decorrência do princípio da legalidade, cabe ao legislador ordinário, sempre em atenção às margens constitucionais, em especial à proteção de bens jurídicos, definir o que se considerará infração penal e de suas respectivas consequências jurídicas²⁹⁴. De forma expressa, a Constituição da República prevê a responsabilidade penal dos entes morais em seu art. 173, §5º²⁹⁵ – recaindo o comando sobre atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular – e em seu art. 225, §3º²⁹⁶ – previsão abrangente das atividades

²⁹³ Ibid., p. 23.

²⁹⁴ FLACH, Michel Schneider. Mandados de Criminalização, Tutela Penal e Constituição. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo*, São Paulo, v. 7, p. 17-44, 2015. p. 19-21.

²⁹⁵ BRASIL, op. cit., nota 46.

²⁹⁶ Ibid.

lesivas ao meio ambiente –, não havendo a vedação expressa para a responsabilização penal da pessoa jurídica em outras searas.

Considerando a função principal do Direito Penal como a proteção dos bens jurídicos revelantes constitucionalmente eleitos e entendendo que a atividade das pessoas jurídicas é plenamente capaz de ameaçá-los ou lesioná-los, parece possível concluir que o legislador não foi taxativo nas citadas previsões. Em verdade, para evitar a proteção deficiente de bens jurídicos²⁹⁷ e a cegueira seletiva sobre determinado setor da criminalidade, parece mais acertado entender os citados dispositivos como meramente exemplificativos, justificando seus posicionamentos topográficos e os âmbitos citados nas normas em razão de serem os comumente relacionadas às atividades empresariais e, conseqüentemente, às pessoas jurídicas. Nesse sentido, abordando o tema em análise do projeto do novo Código Penal, afirma Busato²⁹⁸:

[...] as normas em questão [arts. 173, §5º e 225, §5º, ambos da Constituição da República] são claramente programáticas e sequer insinuam um rol taxativo. Não cabia nem mesmo a discussão sobre o assunto. O fato é que a Constituição da República em momento algum obsta a responsabilidade penal de pessoas jurídicas, chegando, em tópicos específicos, como é o caso dos artigos mencionados, a estimulá-la.

Assim, pode-se entender que as barreiras para a responsabilização criminal das pessoas jurídicas encontram-se no estágio de desenvolvimento da dogmática penal e na deficiência legislativa em não possuir disposições aplicáveis de forma ampla à realidade da delinquência oriunda dos entes morais. Coaduna tal entendimento a Exposição de Motivos do projeto do novo Código Penal Brasileiro²⁹⁹, a qual, ao abordar o tema, traz que:

[...] ele [o Direito Penal] não é uma construção intelectual autojustificável, um fim

²⁹⁷ Sobre a proteção deficiente de bens jurídico-penais, parece interessante a exposição de parte da ementa do acórdão do Supremo Tribunal Federal referente ao HC 104.410: “[...] a Constituição de 1988 contém um significativo elenco de normas que, em princípio, não outorgam direitos, mas que, antes, determinam a criminalização de condutas (CF, art. 5º, XLI, XLII, XLIII, XLIV; art. 7º, X; art. 227, §4º). Em todas essas normas é possível identificar um mandato de criminalização expresso, tendo em vista os bens e valores envolvidos. Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (Übermassverbote), como também podem ser traduzidos com proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (Untermassverbote). Os mandatos constitucionais de criminalização, portanto, impõe ao legislador, para o seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente [...]”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 104.410*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3903548>>. Acesso em: 27. mai. 2020).

²⁹⁸ BUSATO, Paulo César. Responsabilidade penal de pessoas jurídicas no projeto do novo Código Penal Brasileiro. *Revista Liberdades*, [S. l.]. Ed. Esp. – Reforma do Código Penal, p. 98-120. 2012b, p. 106-107.

²⁹⁹ BRASIL, op. cit., nota 163, p. 41-43.

em si mesmo. O fenômeno de condutas socialmente danosas, gerenciadas custeadas ou determinadas por pessoas jurídicas (outra construção intelectual humana) foi, de há muito, identificado pelos estudiosos. Sancioná-las e prefini-las, portanto, é preocupação comum. (...) A comissão de Reforma, por maioria de votos, entendeu que as hipóteses constitucionais [arts. 173, §5º e 225, §5º, ambos da Constituição da República] são exemplificativas e não exaurientes, permitindo ao legislador que examine a conveniência de estender esta responsabilização a outros crimes [...].

Sendo o atual Código Penal fundando na teoria finalista do delito – com permeações do funcionalismo de Roxin –, a ampla responsabilização penal dos entes morais só seria possível por meio de profundas reformas legislativas ou pelo advento de um novo digesto criminal³⁰⁰. Por alargar tal possibilidade, figura como interessante uma breve análise do relatório final do projeto do novo Código Penal efetuando breves comentários.

Antes, em um breve adendo, é preciso destacar a falha da Exposição de Motivos em não pormenorizar o modelo de responsabilização a ser adotado para os entes morais – autorresponsabilização ou heterorresponsabilização – e em não adentrar nas suas intenções ou esclarecer suas preferências dogmáticas no tocante à culpabilidade da pessoa jurídica. A responsabilidade penal da pessoa jurídica é prevista no artigo 41 do relatório final projeto do novo Código Penal³⁰¹, eis sua redação:

Art. 41. As pessoas jurídicas de direito privado serão responsabilizadas penalmente pelos atos praticados contra a administração pública, a ordem econômica, o sistema financeiro e o meio ambiente, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.

§1º A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, coautoras ou partícipes do mesmo fato, nem é dependente da responsabilização destas.

§2º A dissolução da pessoa jurídica ou a sua absolvição não exclui a responsabilidade da pessoa física.

§3º Quem, de qualquer forma, concorre para a prática dos crimes referidos neste artigo, incide nas penas a estes cominadas, na medida da sua culpabilidade, bem como o diretor, o administrador, o membro de conselho e de órgão técnico, o auditor, o gerente, o preposto ou mandatário da pessoa jurídica, que, sabendo da conduta criminosa de outrem, deixar de impedir a sua prática, quando podia agir para evitá-la.

³⁰⁰ Ainda que existam entendimentos de que o art. 3º da Lei nº 9.605/98, com fundamento no art. 255, §3º da Constituição da República, seria uma cláusula geral de responsabilização das pessoas jurídicas no âmbito ambiental, o que torna o mandado de criminalização do art. 15 da Lei nº 7.802/89 aplicável aos entes morais, tal aplicação, diferentemente dos riscos oriundos da atividade empresarial, se restringe aos delitos ambientais (UFMG. *DIÁLOGOS Sobre a Criminalidade Empresarial*. [Belo Horizonte], UFMG, 22 maio 2020. 1 vídeo (ca184 min). Publicado pelo canal Programa de Pós-Graduação em Direito - UFMG. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=_Vx2ou9u6qU>. Acesso em: 22 mai. 2020.). Por tal razão, demonstra-se necessária uma construção normativa geral para possibilita a imputação penal dos entes coletivos de forma abrangente.

³⁰¹ BRASIL, op. cit., nota 163, p. 41-43.

Chama atenção a quantidade de ressalvas e condições previstas para a responsabilização penal das pessoas jurídicas. Como abaixo mais detalhado, o *caput* a restringe às pessoas jurídicas de direito privado, às condutas criminosas de apenas alguns âmbitos, à decisão de representante legal e à existência de interesse ou benefício do ente fictício. Sobre tais limitações, destaca Busato³⁰²:

a imposição de um conjunto de ressalvas não apenas contribui para uma quebra da lógica sistemática, desajustando a responsabilidade das pessoas jurídicas em face do sistema geral de atribuição de responsabilidade às pessoas físicas, como político-criminalmente põe em risco qualquer efetividade que se tenha pretendido lograr com a providência, convertendo um mecanismo legítimo de defesa das pessoas em face do abuso do capital, novamente, em um mecanismo meramente simbólico, sem maiores efeitos.

Continuando a crítica sobre os condicionamentos indevidamente estipulados pelo projeto, Busato afirma:

mantida a fórmula de recorte e limitação da responsabilização penal de pessoas jurídicas, este efeito placebo se cristalizará. É importante perceber que nenhuma das características elencadas como recortes ao âmbito do imputável às pessoas jurídicas dizem respeito a qualquer dos problemas dogmáticos comumente apontados como impeditivos da responsabilidade penal de pessoas jurídicas. O que se procurou delimitar foi, isto sim, a questão político-criminal, fazendo opções nem sempre das mais felizes e que, ao final, resultam, inclusive, prejudiciais à interpretação de gestões dogmáticas de relevo.

Não figura acertada a exclusão das pessoas jurídicas de direito público da responsabilização penal, uma vez que elas possuem a mesma capacidade de afetar bens jurídicos que as pessoas de direito privados. Como apontado por Busato³⁰³, parece mais adequado optar por um regime de delitos próprios ou especiais – em semelhança aos funcionários públicos nos delitos funcionais – para os entes morais de direito público.

Outro possível erro está na restrição da responsabilidade aos delitos praticados contra a administração pública, a ordem econômica, o sistema financeiro e o meio ambiente, pois, como já pontuado, não há nenhuma restrição constitucional nesse sentido e, podendo o ente fictício ameaçar ou lesionar bens jurídicos de quase todas as órbitas em sua atuação, figura como deficiente a proteção ensejada com tal restrição. Como pontua Busato³⁰⁴, pela restrição a

³⁰² BUSATO, op. cit., 2012b, p. 104.

³⁰³ Ibid., p. 105.

³⁰⁴ Ibid., p. 107.

determinadas searas, a linha hermenêutica defensiva sempre se valeria da reinterpretação da norma incriminadora visando retirar a conduta analisada dos âmbitos arrolados. Ademais, pode-se, ao delimitar dessa forma a incidência da responsabilização, incentivar a produção de resultados, por vezes mais danosos, visando afastar a responsabilidade do ente moral³⁰⁵. Busato³⁰⁶ exemplifica o exposto de forma interessante:

serve de exemplo a previsão das condutas lesivas do ambiente. Imagine-se um caso de poluição, que evidentemente é um crime absolutamente suscetível de realização por pessoas jurídicas. Caso a poluição seja de tal monta que produza efetivamente – vale dizer, que resulte e não simplesmente que possa resultar (como refere o tipo penal do art. 54 da Lei 9.605, de 12.02.1998 – a morte de pessoas, seria de todo conveniente para a pessoa jurídica sustentar como tese de defesa (!?) que as eventuais mortes produzidas pela poluição seriam, na verdade, homicídios. Ou seja, que o objetivo colimado pela empresa seria de produção deliberada dos resultados mortes, e que a poluição seria apenas um meio para sua consecução.

Valendo-se da hipótese exposta, Busato³⁰⁷ coloca que poderia se tornar interessante para pessoa jurídica o incremento da poluição para que essa tomasse monta suficiente de modo a produzir um resultado letal e configurar a assunção de dolo *necandi* para isentá-la da responsabilização penal. A princípio tal possibilidade pode soar como grotesca, contudo o citado autor³⁰⁸ menciona a ocorrência na legislação pátria de aparente paradoxo semelhante, quando ao castigar delitos contra a ordem tributária, em especial o art. 2º da Lei nº 8.137/90, previu penas muito inferiores à de falsidade ideológica do Código Penal, o que culminou em linhas defensivas alegando a intenção de cometimento de sonegação fiscal, quando apreendidos apenas documentos falsos, para afastar a imputação exclusiva pelo falso.

Assim, soa como mais adequado a não restrição das searas nas quais a pessoa jurídica pode ser responsabilizada penalmente. Nem todos os crimes são compatíveis com a natureza e a capacidade de realização dos entes fictícios, cabendo aos intérpretes, não ao legislador, delinear tal barreira³⁰⁹.

Outro ponto que soa equivocado é a vinculação da responsabilização penal do ente moral à “decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado”, pois não se coaduna com o modelo de autorresponsabilidade da pessoa jurídica. Se a vontade de ação que resultou no delito advém dos sócios e não da pessoa jurídica, a produção física dos

³⁰⁵ Ibid.

³⁰⁶ Ibid., p. 107-108.

³⁰⁷ Ibid., p. 108.

³⁰⁸ Ibid.

³⁰⁹ Ibid., p. 108-109.

resultados a eles deve ser imputada, pois o ente fictício foi apenas um instrumento e os representantes é quem detinham o domínio do fato. Assim, o dispositivo perpetuaria uma mácula ao princípio da culpabilidade, ensejando a responsabilização do ente fictício por fato de outrem³¹⁰.

Ainda sobre o *caput* do art. 41 do relatório final do projeto do novo Código Penal, também figura como inadequado o condicionamento da responsabilização penal da pessoa jurídica à necessidade de que o delito tenha sido praticado em seu interesse ou em seu benefício. De tal requisito, Busato³¹¹ extrai duas possíveis conclusões: (i) ou o favorecimento é um resultado específico do crime perpetrado, o que figuraria como a equivocada necessidade de exaurimento para configuração da consumação; (ii) ou a vantagem é um “especial fim de agir que deve ser adicionado aos tipos como recorte de identificação da responsabilidade penal de pessoas jurídicas”, o que, em uma interpretação estrita, significará que não haverá crime se a conduta criminosa não for vantajosa para pessoa jurídica. Em ambos os casos, a exigência de que a conduta delituosa interesse ou beneficie a pessoa jurídica não parece acertada, além de ser um requisito do modelo de heteroresponsabilidade dos entes morais, o que contradiz com o afrente comentado §1º do art. 41 do relatório final do projeto do novo Código Penal.

O §1º do art. 41 do relatório final do projeto do novo Código Penal dispõe sobre a independência da responsabilização penal da pessoa jurídica em relação a da pessoa física e vice-versa, o que entra em contradição com a vinculação da responsabilização do ente moral à decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado. Assim, Busato³¹² entende que a única interpretação extraível do dispositivo é a criticada vinculação realizada pelo *caput*, indicando o citado §1º uma correta adoção do modelo de autorresponsabilidade do ente fictício e a necessidade de reformulação do *caput*³¹³.

O §2º do art. 41 do relatório final do projeto do novo Código Penal é uma desnecessária reafirmação da desvinculação da responsabilização penal da pessoa jurídica em relação a da pessoa física. Pois, se são independentes na forma do §1º do art. 41 do relatório final do projeto

³¹⁰ Ibid., p. 109-111.

³¹¹ Ibid., p. 111-112.

³¹² Ibid., p. 114-115.

³¹³ Sobre os elementos do modelo de heteroresponsabilidade descritos no *caput* do art. 41 do relatório final do projeto do novo Código Penal, Busato afirma que: “[...] justamente a esta perspectiva que o legislador pátrio se viu impelido por não ter logrado cortar o cordão umbilical que o une às vestutas bases teóricas do finalismo, especialmente no que tange à teoria da ação. (...) As mais atualizadas concepções jurídicas que não negam a normativização da base do sistema de imputação reduzindo as funções da ação a uma função de delimitação negativa e a uma ideia de garantia do Direito Penal do fato. Por outro lado, cada vez mais se adotam conceitos axiológicos de ação, especialmente o conceito significativo que torna perfeitamente viável a identificação da autorresponsabilidade penal da pessoa jurídica.” (Ibid., p. 113-114.)

do novo Código Penal, obviamente a dissolução da pessoa jurídica ou a sua absolvição não exclui a responsabilidade da pessoa natural.

Por fim, o §3º do art. 41 do relatório final do projeto do novo Código Penal repete o pensamento do *caput* adicionando uma série de integrantes da pessoa jurídica, os quais, em teoria, possuiriam alguma ingerência em sua estrutura hierárquica. Pode-se dizer que o dispositivo transforma as pessoas nele elencadas em garantes de evitação do resultado criminoso, em partícipes obrigatórios de fato de outrem, independente da existência de vínculo subjetivo. Não figura como razoável tal estipulação, sendo preferível a adequação da questão ao regramento dos fatos comissivos por omissão, pois produziria melhores resultados³¹⁴.

Pela exposição do art. 41 do relatório final do projeto do novo Código Penal, pode-se dizer que a comissão responsável, em grande parte pelas divergências de seus membros a respeito do assunto, perdeu uma grande oportunidade de trabalhar a matéria em maneira e em profundidade semelhante a diversos ordenamentos jurídicos de vanguarda ao redor do mundo. Para além das críticas realizadas ao texto apresentado, salta aos olhos a brevidade, ou até mesmo a inexistência, com que temos como a conduta penalmente relevante e a culpabilidade dos entes fictícios é tratada, ignorando os apresentados pontos existentes nos embates dogmáticos sobre o assunto em nível global e se apegando às ideias finalistas sobre a teoria do delito³¹⁵.

Brevemente apresentados alguns pontos supostamente falhos do art. 41 do relatório final do projeto do novo Código Penal, demonstra-se interessante apresentar algumas propostas para a matéria no âmbito legislativo. Durante a quarentena da pandemia de 2020, em webinar transmitido pelo canal do YouTube do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, o professor Fernando Galvão expôs algumas de suas proposições para a responsabilização das pessoas jurídicas no projeto do novo Código Penal, as quais, trabalhando com os pilares da teoria do delito – tipicidade, ilicitude e culpabilidade – fundariam uma construção normativa da citada responsabilidade e facilitariam a implementação de um modelo de autorresponsabilidade. No citado viés, o professor³¹⁶ sugere a seguinte redação para o *caput* e para o parágrafo primeiro:

as pessoas jurídicas de direito privado serão responsabilizadas penalmente pela realização de crime contra a administração pública, a ordem econômica-financeira ou o meio ambiente que lhe possa ser diretamente atribuída.

³¹⁴ Ibid., p. 116-117.

³¹⁵ Ibid., p. 100.

³¹⁶ UFMG, op. cit., nota 300.

§1º A responsabilidade das pessoas jurídicas é independente da responsabilidade das pessoas físicas.

Sobre a imputação objetiva, o professor³¹⁷ sugere a aplicação dos tipos aplicáveis à pessoa humana aos entes morais por meio da utilização da construção dos crimes omissivos impróprios. Assim, sugere a seguinte redação: “§2º A atividade da pessoa jurídica é penalmente relevante quando violar dever que lhe é diretamente dirigido e a decisão institucional que a determine for motivada pelo interesse ou benefício da entidade”.

Já em relação à imputação subjetiva, esta seria caracterizada por meio de critérios de atribuição, os quais não levariam em consideração consciência ou compreensão para o crime doloso, ou se fundariam no defeito da organização – inobservância de do dever objetivo de cuidado – para o crime culposos. Dessa forma, a redação do parágrafo terceiro seria³¹⁸:

§3º Atribui-se o crime:

I – doloso, quando decisão institucional determinar a realização de atividade que viole a norma incriminadora ou aceitar a ocorrência de sua violação.

II – culposos, quando a violação da norma incriminadora decorrer do defeito de organização da entidade.

No tocante à exclusão da ilicitude, não há o afastamento da ideia de ponderação de bens jurídicos, de justificar a ofensa um bem jurídico para salvar ou proteger outro bem jurídico. Assim, aplicar-se-ia às pessoas jurídicas, no que lhes couber, as causas de justificação de semelhante maneira à pessoa física sob a seguinte redação³¹⁹: §4º A atividade da pessoa jurídica pode se justificar nas situações previstas no art. 26 [dispositivo que prevê as causas de exclusão da ilicitude no projeto de novo Código Penal].

No âmbito da culpabilidade, essa existiria a partir da constituição formal da pessoa jurídica na forma do Código Civil. Nessa linha, Fernando Galvão³²⁰ sugere que os questionamentos dogmáticos acerca de uma maior necessidade de desenvolvimento da organização para a pessoa jurídica cometer determinados delitos mais complexos devem ser analisados e respondidos casuisticamente. O autor também pontua que a extinção do ente fictício para evitar a punição somente fulminaria a pretensão punitiva quando não houvesse a constituição de outro ente moral para sucedê-lo na atividade. Destarte, a redação do parágrafo quinto ficaria:

³¹⁷ Ibid.

³¹⁸ Ibid.

³¹⁹ Ibid.

³²⁰ Ibid.

§5º A pessoa jurídica é imputável desde a sua constituição formal. Extinta a pessoa jurídica posteriormente ao fato criminoso, com a finalidade de evitar ou mitigar os efeitos da aplicação da lei penal, o juiz poderá determinar que as penas sejam aplicadas à pessoa jurídica que a suceder.

Por fim, quanto a compreensão da ilicitude da atividade e da culpabilidade, a ideia de defeito da organização volta a aparecer e é utilizada para aferir a escusabilidade do comportamento e do erro. Os programas de cumprimento tomariam especial relevância, pois sua estruturação e eficiência é fulcral ao entendimento da pessoa jurídica sobre as possíveis ilicitudes em sua atividade, podendo ser utilizado em defesa do ente moral para comprovar o esforço em compreender e ao desenvolver a atividade conforme os padrões técnicos, mitigando ou até excluindo sua culpabilidade³²¹. Para tal, sugere o professor³²²:

§6º O desconhecimento institucional sobre a regulamentação da atividade é inescusável. O erro sobre a ilicitude da atividade, se inevitável, exclui a culpabilidade; se evitável, o juiz poderá diminuir proporcionalmente a pena a ser imposta. Considera-se evitável o erro se a pessoa jurídica decide por realizar a atividade sem compreensão de sua ilicitude, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa compreensão.

Ainda que ricas as proposições do professor Fernando Galvão, pode-se observar a repetição de alguns pontos criticados no relatório final do projeto do novo Código Penal, como a limitação do dispositivo às pessoas jurídicas de direito privado e aos crimes contra a administração pública, a ordem econômica-financeira ou o meio ambiente, a necessidade de existência de interesse ou benefício ao ente moral para sua responsabilização e a necessidade de melhor estruturação para se pensar na “exigibilidade de atividade diversa”. Contudo, as indicações expostas possuem seu valor, pois parecem se aproximar mais das visões dogmáticas expostas e de um modelo efetivamente funcional de autorresponsabilidade da pessoa jurídica.

Em verdade, a maioria da doutrina brasileira, alinhada ao discurso de resistência à expansão do Direito Penal, também é resistente à responsabilização penal de entes morais, o que, por óbvio, reflete na produção acadêmica nacional, nos entendimentos dogmáticos comumente reproduzidos, na produção legislativa, sendo tal fenômeno parte da disputa pelo monopólio de dizer o Direito. Pode-se evidenciar a mencionada objeção na Exposição de Motivos do projeto do novo Código Penal, onde a matéria foi aprovada por maioria dos votos,

³²¹ Ibid.

³²² Ibid.

podendo tal divergência ter dado azo aos pontos contraditórios, incongruentes e irrelevantes da normativa proposta³²³.

Como já pontuado, os novos riscos apresentados pela complexa sociedade atual requerem uma modernização do Direito Penal, somente assim este poderá atingir o seu objetivo de proteger bens jurídicos relevantes. A resistência por parte da doutrina nacional figura como retrógrada e, até mesmo, contrária à vontade do constituinte, além de virar as costas para uma realidade e uma necessidade mundial, colocando o Brasil na retaguarda do assunto.

Para a mitigação na seletividade do Direito Penal contemporâneo, a adequada responsabilidade penal da pessoa jurídica demonstra-se imprescindível, uma vez que esta, muitas vezes, é o principal instrumento ou agente da criminalidade do colarinho branco. Contudo, para a efetiva e real imputação de fatos criminosos aos entes morais, parece clara a necessidade de inovação no campo legislativo, a qual só será pertinente quando lastreada em uma teoria do delito elaborada em atenção às peculiaridades das pessoas jurídicas, concebida de modo conglobante ou de modo paralelo às pessoas físicas, mas com atenção às especificidades da ação e da culpabilidade dos entes fictícios. O que não se pode permitir é que uma criação do ordenamento jurídico seja utilizada como guarita para a maculação do mesmo, cabendo à dogmática pátria incorporar e desenvolver os institutos necessários em conformidade com as balizas político-criminais da Constituição da República.

Assim, em um modesto esforço de demonstrar a necessidade de modernização do Direito Penal, figura como interessante a realização de um pequeno estudo de caso acerca dos crimes perpetrado pela Samarco Mineração S/A. – mineradora de propriedade da Vale S/A e da BHP Billiton – na cidade de Mariana/MG. Destaca-se que o Direito Penal Ambiental é um dos ramos do Direito Penal Econômico, pois os crimes contra o meio ambiente, em sua grande maioria, advém de atividades empresariais e é dentro delas que tomam grandes vultos. Em igual forma, o rompimento da barragem de rejeitos da extração e do processamento de minério de ferro no distrito de Bento Rodrigues também interessa ao Direito Penal Econômico, não só pelos crimes ambientais, mas também por suas repercussões econômicas e sociais, pois, como já exposto, um dos primeiros pontos contingenciados em prol do lucro na economia neoliberal são os gastos com segurança por parte das empresas, o que pode ensejar ameaças ou lesões à bens jurídico-penais.

³²³ BUSATO, op. cit., 2012b, p. 99.

3. OS CRIMES DA SAMARCO MINERAÇÃO S/A

Dando continuidade a este modesto trabalho, figura como interessante a realização de um breve e não exauriente estudo de caso acerca do rompimento da barragem de Fundão, pertencente a Samarco Mineração S/A, no município de Mariana/MG. Busca-se com isso levantar os possíveis motivos e causas diretas e indiretas relacionados aos crimes da Samarco, para, no próximo capítulo, tentar correlacioná-los com aspectos da economia política na mineração, com a necessidade de adaptação da teoria analítica do delito para melhor compreensão da delinquência praticada pelas pessoas jurídicas e com questões político-criminais.

Desde já pontua-se que, ciente da inexistência de neutralidade na ciência e da necessidade de se posicionar de forma clara como demonstração de honestidade intelectual, opta-se por extrapolar os limites estritos da técnica jurídica e qualificar os eventos relacionados ao rompimento da barragem de Fundão como os “crimes da Samarco”. A opção é motivada pela necessidade de se quebrar a benévola imagem de “bom homem de negócios”, de “produtor de riquezas acima do bem e do mal”, atrelada ao criminoso do colarinho branco, trazendo o estigma do direito penal para aqueles que no bojo da sua atividade profissional, por mais sofisticada e economicamente relevante que seja, criam riscos exacerbados, extrapolam limites e ofendem bens jurídicos metaindividuais. Assim, buscando holofotes para a criminalidade econômica e ambiental, bem como tentando participar da construção do campo jurídico na disputa pelo monopólio do poder de dizer o Direito, não se pode qualificar como acidente, desastre, tragédia ou mero acontecimento inerente à atividade econômica – retirando ou minimizando a contribuição do agente para o resultado – a ação que direcionada à aquisição de lucros sobre qualquer custo macula bem jurídicos penalmente relevantes, devendo suas condutas e consequências serem rotuladas como de fato o são, crimes³²⁴.

Importante frisar que os fatos e consequências atinentes à esfera criminal encontram-

³²⁴ Coadunando com tal entendimento, parece interessante colacionar o seguinte entendimento: “Medeiros e Alcadipani (2013) esclarecem ainda que os comportamentos criminosos nas corporações dificilmente recebem tal classificação - geralmente denominados como falhas, acidentes, tragédias ou fatalidades. Parte disso se deve ao fato das próprias corporações possuírem poder de influência sobre a elaboração e aplicação das leis, beneficiando cidadãos corporativos. ‘O país tem leis, mas essas leis têm brechas e é por entre elas que as corporações continuam a agir no país sem serem consideradas criminosas pela justiça’”. (MEDEIROS; ALCADIPANI apud MARANHÃO, Carolina Machado Saraiva de A.; FERREIRA, Pamella Thais Magalhães. A lama da Samarco e o crime corporativo: uma reflexão necessária. *Administração Pública e Gestão Social*, v. 9, n° 2, p. 75-87, abr./jun. 2018, p. 81.)

se em discussão judicial por meio da Ação Penal nº 0002725-15.2016.4.01.3822 – Subseção Judiciária de Ponte Nova, Tribunal Regional Federal da Primeira Região³²⁵ –, a qual, devido sua enorme complexidade, até o momento de elaboração do presente trabalho, ainda está na fase instrutória. Por tal razão, sem embargos de supervenientes versões e constatações de fatos, a presente exposição lastreia-se, principalmente, na denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal na citada Ação Penal e no *Report on the Immediate Causes of the Failure of the Fundão Dam*³²⁶, os quais figuram como suficientes para apresentação do caso concreto necessária à discussão proposta pelo presente trabalho, em especial pela barragem de Fundão não possuir *As Built*³²⁷.

A escolha do caso se deu por basicamente dois motivos e acredita-se que, com as devidas adaptações, as possíveis conclusões dele extraído podem servir de parâmetro para pensar a criminalidade econômica e a responsabilização penal da pessoa jurídica como um todo. O primeiro é em razão Samarco Mineração S/A ser uma premiada³²⁸ *joint-venture* da Vale S/A e da BHP Billiton, figurando como um possível modelo de financeirização das empresas a ser seguido, como melhor exposto no próximo capítulo. O segundo são as consequências advindas da conduta criminosa, como a morte de 19 pessoas³²⁹, mais de 256 feridos e 280 doentes, além

³²⁵ Os autos da mencionada ação penal não são eletrônicos, contudo, a movimentação processual pode ser acompanhada pelo site do Tribunal Regional Federal da Primeira Região. (BRASIL. *Ação Penal nº 0002725-15.2016.4.01.3822*. Disponível em: <<https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?proc=27251520164013822&secao=PNV>>. Acesso em: 18 ago. 2020.).

³²⁶ O Relatório sobre as Causas Imediatas da Ruptura da Barragem de Fundão foi elaborado pelo Comitê de Especialistas para Análise da Ruptura da Barragem de Rejeitos de Fundão, o qual investigou a ruptura da barragem sob encomenda da BHP Billiton Brasil Ltda, da Vale S.A. e da Samarco Mineração S/A ao escritório de advocacia norte-americano Cleary Gottlieb Steen & Hamilton. (MORGENSTERN, Norbert; et al. *Report on the Immediate Causes of the Failure of the Fundão Dam*. Cleary Gottlieb Steen & Hamilton, [S. l.], 2016. Disponível em: <<http://fundaoinvestigation.com/the-report/>>. Acesso em: 18 ago. 2020).

³²⁷ Em tradução livre “como construído”, é um documento que, a grosso modo, contém todos os percursos da construção de uma estrutura. Sendo as barragens de alteamento constantemente construídas com o rejeitos que nelas são depositados, o documento seria como um histórico, um histórico da vida e de tudo que ocorreu com a barragem de rejeitos. Ressalta-se que trata-se de documento de suma importância, mas não obrigatório.

³²⁸ Cinco vezes campeã do prêmio “Maiores e Melhores” da revista Exame, sendo três nos anos de 2013, 2014 e 2015. Em 1º julho de 2015, a companhia ganhou o prêmio de melhor mineradora do Brasil, a segunda maior do setor, a 10ª maior exportadora e 28ª maior indústria do país. (SERRA, Cristina. *Tragédia em Mariana: a história do maior desastre ambiental do Brasil*. Rio de Janeiro: Record, 2018, p. 70, 71). Mesmo que se possa cogitar na existência de jogada de marketing na reunião e na divulgação de tais dados, é possível compreender que eles fazem da Samarco Mineração S/A um exemplo de sucesso, algo a ser seguido.

³²⁹ Para que não sejam tratados apenas como números, nas curtas linhas que comportam este trabalho, cabe consignar o nome das vítimas: Ailton Martins dos Santos, Antônio Prisco de Souza, Claudemir Elias dos Santos, Cláudio Fiúza da Silva, Daniel Altamiro de Carvalho, Edinaldo Oliveira de Assis, Edmirson José Pessoa, Emanuelle Vitória Fernandes Izabel, Marcos Aurélio Pereira de Moura, Marcos Roberto Xavier, Maria das Graças Celestino da Silva, Maria Eliza Lucas, Mateus Márcio Fernandes, Pedro Paulino Lopes, Samuel Vieira Albino, Silenio Narkievicius Lima, Thiago Damasceno Santos, Vando Maurílio dos Santos e Waldemir Aparecido Leandro.

da destruição da biodiversidade da bacia hidrográfica do Rio Doce e outros danos ambientais, sociais, econômicos, históricos e culturais, irreparáveis e imensuráveis, sendo o todo qualificado de “crimes ocorridos em Mariana/MG e na Bacia do Rio Doce, após o rompimento da barragem de Fundão, como violações a direitos humanos de excepcional gravidade”, pelo Conselho Nacional dos Direitos Humanos³³⁰.

O presente capítulo tem como finalidade realizar uma breve, e sem pretensão de abordar a totalidade do assunto, explanação dos fatos relacionados a conduta criminosa da Samarco Mineração S/A no quando da gestão e do rompimento da barragem de Fundão, localizada em Mariana/MG. De maneira semelhante, aborda-se também a estrutura organizacional e a gestão de riscos da empresa de 2011 até o rompimento. Almeja-se realizar, inicialmente, um apanhado rarefeito e, na medida do possível, em ordem cronológica de acontecimentos e decisões relevantes, sob diferentes aspectos, para o tema. Depois, em item separado, visa-se uma breve explanação da estrutura organizacional da Samarco Mineração S/A, bem como de parte da gestão dos riscos inerentes à sua atividade.

3.1. Barragem de Fundão, da construção ao rompimento

Tentando se aproximar de um modelo de prognose póstuma objetiva, opta-se inicialmente, dentro do que é possível se averiguar pelas fontes levantadas, por uma exposição cronológica, para demonstrar a ciência dos fatos por parte da companhia a medida em que eles se desenrolaram, e por destacar pontos sob um enfoque extravagante ao estritamente penal, de modo a aprimorar a compreensão das possíveis motivações e decisões. Pontua-se que as informações e comparações expostas sob um ponto de vista financeiro, administrativo ou pertencente à engenharia, não tem por finalidade adentrar no mérito e na forma de estudo de tais áreas, mas apenas enriquecer a explanação. Assim, objetiva-se levantar substrato fático para continuação do debate acerca da necessidade de modernização do direito penal, em especial da teoria analítica do delito para abranger a criminalidade relativa aos entes fictícios.

Visando conferir melhor ordenação aos fatos, utiliza-se de uma divisão temporal semelhante à realizada pelo *Report on the Immediate Causes of the Failure of the Fundão Dam*, a qual é precipuamente guiada pelos eventos ocorridos na construção da barragem, como poderá

³³⁰ BRASIL. *Resolução nº 14*, de 11 de dezembro de 2019. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 11 de dezembro de 2019. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/web/dou/-/resolucao-n-14-de-11-de-dezembro-de-2019-236401658>>. Acesso em: 18 ago. 2020.

se observar pelos títulos. Ressalta-se no entanto a inserção de elementos e informações, acompanhados das datas, que não necessariamente dizem respeito ao fato consignado no título, mas complementam o histórico da barragem de Fundão como um todo.

Por fim, antes de se adentrar nos fatos propriamente ditos, parece importante tecer rápidos comentários acerca das barragens de rejeitos, pois são estruturas extremamente complexas, não sendo comum ter conhecimento prévio ao seu respeito, o qual pode corroborar com a compreensão do que será pontuado. As barragens de rejeitos são construídas para o depósito do material proveniente da separação do minério da rocha, os rejeitos, que geralmente não apresentam valores econômicos e são constituídos pela mistura de sólidos e água num formato de poupa. “À medida que o rejeito é depositado, a parte sólida se acomoda no fundo da barragem. A água decantada na parte superior é então drenada e tratada, com parte sendo reutilizada no processo de mineração e o restante devolvido ao meio ambiente.”³³¹

Pode-se ter uma melhor noção da estrutura por meio da imagem disponibilizada pela própria Samarco Mineração S/A³³² em seu sítio eletrônico para representar o modelo de suas barragens:



Figura 1 – O que é uma barragem. (Disponível em: <<https://www.samarco.com/wp-content/uploads/2016/08/o-que-e-uma-barragem.pdf>>. Acesso em: 18 ago. 2020.)

Como é construída pela acumulação do próprio rejeito, os materiais utilizados na

³³¹ SAMARCO. *O que é uma barragem*. Disponível em: <<https://www.samarco.com/wp-content/uploads/2016/08/o-que-e-uma-barragem.pdf>>. Acesso em: 18 ago. 2020.

³³² Ibid.

barragem, areia e lama, possuem propriedades físico-químicas diferentes da do solo natural, não se agregando da mesma forma que este. Por tal razão, é necessário a construção de estruturas básicas de contenção e de mecanismos de drenagem, além do monitoramento constante do nível da água para garantia da compactação e da integridade da estrutura. Nesse sentido, Cristina Serra elucida de forma didática³³³:

uma barragem de mineração é uma estrutura complexa e de riscos, entre outros motivos porque rejeitos, basicamente lama e areia, não são solos naturais, têm propriedades físicas e mecânicas diferentes e podem se comportar de maneira inesperada. À medida que vão sendo depositados, introduzem novas pressões na barragem principal e nos diques associados. Outro fator importante é o nível da água, geralmente alto e que exige muita eficiência na drenagem e rigor no monitoramento da camada freática. Pela dinâmica da estrutura, em permanente construção, alguns engenheiros dizem que uma barragem é um ser vivo. Diferentemente de uma barragem de água – em que o reservatório é enchido depois que a parede de contenção está construída –, a de mineração vai sendo ampliada conforme aumenta a necessidade de armazenar o refugo decorrente do processo de extração de minérios, que não tem proveito econômico.

No quando de seu rompimento, a barragem de Fundão possuía cerca de 110 metros de altura, com a crista alcançando a elevação de 900 metros³³⁴, 300 metros de largura e 55 milhões de metros cúbicos de rejeito³³⁵. Com base na imagem e nas informações supra, de modo leigo e didático, pode-se dizer que construir uma barragem de rejeitos é semelhante a construir uma montanha com materiais que naturalmente tendem a desmoronar, pois não se agregam e sedimentam facilmente.

3.1.1. O conceito (2004 – 2007)

Antes de adentrar no referente de forma direta à barragem de Fundão, parece interessante uma rápida abordagem da história da Samarco Mineração S/A e de sua inegável influência no cenário econômico nacional. Tal exposição de números dão uma certa luz à compreensão do porquê da existência de protestos pela reabertura da empresa após o crime³³⁶

³³³ SERRA, op. cit., 2018, p. 101.

³³⁴ De forma técnica e por questões de mesma estirpe, a altura das barragens de rejeito são medidas levando em consideração sua altura em relação ao nível do mar. Adianta-se que, daqui em diante, praticamente todas as informações sobre tal ponto adotarão o critério em comento.

³³⁵ SERRA, op. cit., 2018, p. 15.

³³⁶ GLOBO. Protesto pede volta das atividades da Samarco em Mariana: manifestantes pediram liberação de licenças embargadas após tragédia: com faixas e cartazes, grupo fez passeata pelas ruas da cidade histórica. Minas Gerais. Disponível em: <<http://g1.globo.com/minas-gerais/desastre-ambiental-em-mariana/noticia/2016/03/protesto-pede-volta-das-atividades-da-samarco-em-mariana.html>>. Acesso em: 19 ago.

e, principalmente, da influência da companhia na política nacional, estadual e local – sinais claros da minero dependência³³⁷ no âmbito social e político dos municípios envolvidos –, bem como delimitam o debate no sentido que a restrição ou a inviabilização da atividade não é uma solução.

Criada em 1977, atualmente a empresa, adota a forma de Sociedade Anônima de capital fechado, controlada por uma *joint venture* de outras duas mineradoras acionistas, a BHP Billiton e a Vale S/A, cada uma com 50% das ações³³⁸. Fornecendo, principalmente, minério de ferro para 19 países nas Américas, Oriente Médio, Ásia e Europa, a empresa chegou a representar no ano de 2015 1,5% do Produto Interno Bruto (PIB) de Minas Gerais e 6,4% do PIB do Espírito Santo, gerando em impostos o correspondente a 54% da receita do município de Mariana/MG, 35% de Ouro Preto/MG e 50% de Anchieta/ES, além de ter exportado o equivalente à US\$ 1,9 bilhão, o que significa à 1% das exportações brasileiras em 2015.³³⁹

Ademais, como se extrai do próprio site da companhia³⁴⁰, a Samarco Mineração S/A funcionava com duas unidades operacionais em dois Estados diferentes, interligadas por um mineroduto de 400 quilômetros de extensão. A primeira planta era direcionada à extração e ao beneficiamento do minério de ferro, já a segunda realizava a pelletização³⁴¹. Nesse sentido, consta no site da mineradora que³⁴²:

com 42 anos de história no setor mineral brasileiro, a empresa possui duas unidades operacionais: Germano, em Mariana e Ouro Preto (MG), onde era realizado a extração e o beneficiamento de minério de ferro em três concentrados, e Ubu, em Anchieta

2020.

³³⁷ Dependência política, social e econômica da mineração. Ocorre principalmente em pequenos municípios que recebem grandes plantas de mineradoras, as quais passam a representar a maior, quando não a única, fonte de renda e produção de valor na cidade. Por tal razão, todas as formas como as relações políticas e econômicas, bem como diversas relações sociais se dão na localidade passam a ter influência direta ou indireta da mineração.

³³⁸ PRATA, Daniela Arantes. *Criminalidade corporativa e vitimização ambiental: análise do Caso Samarco*. São Paulo: Liber Ars, 2019, p. 37.

³³⁹ SAMARCO. *A Samarco e a economia*. Disponível em: <<https://www.samarco.com/samarco-e-a-economia/>>. Acesso em: 18 ago. 2020

³⁴⁰ SAMARCO. *A Samarco*. Disponível em: <<https://www.samarco.com/a-samarco/>>. Acesso em: 18 ago. 2020.

³⁴¹ Processo para transformar o minério de ferro em pelotas. Como disposto no site da vale: Pelotas são pequenas bolinhas de minério de ferro usadas na fabricação do aço. Elas são feitas com uma tecnologia de processamento térmico que utiliza os finos gerados durante a extração do minério, que antes eram reservados por não terem aplicação direta na siderurgia. A essa tecnologia de produção se dá o nome de pelletização. O processo surgiu em meados do século XX, sendo desenvolvido na Suécia e Alemanha. Como já dito, as pelotas são usadas na fabricação do aço, o que funciona por meio da circulação do ar: as pelotas proporcionam espaço dentro da carga do alto forno em função de sua esfericidade com resistência suficiente através do processamento térmico em fornos de pelletização, para não serem esmagadas e obstruir o alto-forno. (VALE. Você sabe o que é pelletização? Disponível em: <<http://www.vale.com/brasil/PT/aboutvale/news/Paginas/voce-sabe-o-que-e-pelotizacao.aspx>>. Acesso em: 18 ago. 2020.)

³⁴² SAMARCO, op. cit., nota 340.

(ES), onde estão quatro usinas de pelotização. As unidades são interligadas por três minerodutos de 400 quilômetros de extensão, que atravessam 25 municípios dos dois estados. Em 2015, ano em que a Samarco paralisou suas operações, foram produzidos 24,9 milhões de toneladas, sendo 97% em pelotas e 3% em finos de minério de ferro. Naquele ano, a companhia foi a 12ª maior exportadora do Brasil, faturou R\$ 6,5 Bilhões e gerou cerca de 6 mil empregos diretos e indiretos.

No começo do milênio, em razão do alavancamento da economia chinesa e o aumento da demanda por insumos, há o início do *boom* das commodities, com a valorização do minério de ferro e o consequente aumento das exportações das mineradoras brasileiras³⁴³. Aproveitando o momento e visando galgar maior mercado, na 25ª Reunião do Conselho de Administração da Samarco Mineração S/A, presentes os representantes de suas controladoras e ocorrida no dia 24/03/2004, foi indicada a necessidade de aumento da capacidade de produção de concentrado em Germano, com a instalação de um novo mineroduto e a construção da terceira Usina de Pelotização (P3P)³⁴⁴. Em 2005, cientes de que a barragem de Germano, a qual começou a operar em 1977, estava próxima a sua saturação³⁴⁵, a 45ª Reunião do Conselho, ocorrida em 20/10/2005, decidiu pela construção de uma nova barragem de rejeitos, a qual veio a ser a barragem de Fundão³⁴⁶.

Como já pontuado, o beneficiamento de rejeitos no Complexo de Germano resulta basicamente em duas espécies de rejeitos, areia e lama, os quais eram utilizados na construção das barragens. A areia, retida por um dique de partida em aterro, é depositada como uma pilha visando barrar a lama descarregada separadamente atrás dela. Embaixo dos materiais perpassa o dreno principal, responsável cardial pela captação da água decantada. Esse mesmo conceito utilizado para construção da barragem de Germano, foi empregado pelo engenheiro Joaquim Pimenta de Ávila na barragem de Fundão³⁴⁷.

Uma drenagem adequada dos materiais é o ponto chave para a viabilidade da estrutura, não podendo haver lama nos drenos para impedi-la e devendo as areias permanecerem insaturadas. Para o aumento da capacidade da barragem, deve-se aumentar a altura do dique de partida, por isso diz-se que a expansão da barragem é por alteamento³⁴⁸.

³⁴³ CASTRO, José Roberto. Informações sobre o início do *boom* das commodities em “As commodities e seu impacto na economia do Brasil”. *Jornal Nexo*, [S. l.], 31 mar. 2016. Disponível em: <<https://www.nexojornal.com.br/explicado/2016/03/31/As-commodities-e-seu-impacto-na-economia-do-Brasil>>. Acesso em: 18 ago. 2020.

³⁴⁴ BRASIL. Ministério Público Federal. *Denúncia da Ação Penal nº 0002725-15.2016.4.01.3822*, p. 177. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/docs/denuncia-samarco>>. Acesso em: 18 ago. 2020.

³⁴⁵ Ibid., p. 65.

³⁴⁶ Ibid., p. 199.

³⁴⁷ MORGENSTERN et al., op. cit., nota 326, p. 4-5.

³⁴⁸ Ibid.

A imagem³⁴⁹ a seguir, retirada do *Report on the Immediate Causes of the Failure of the Fundão Dam*, exemplifica a ideia base:

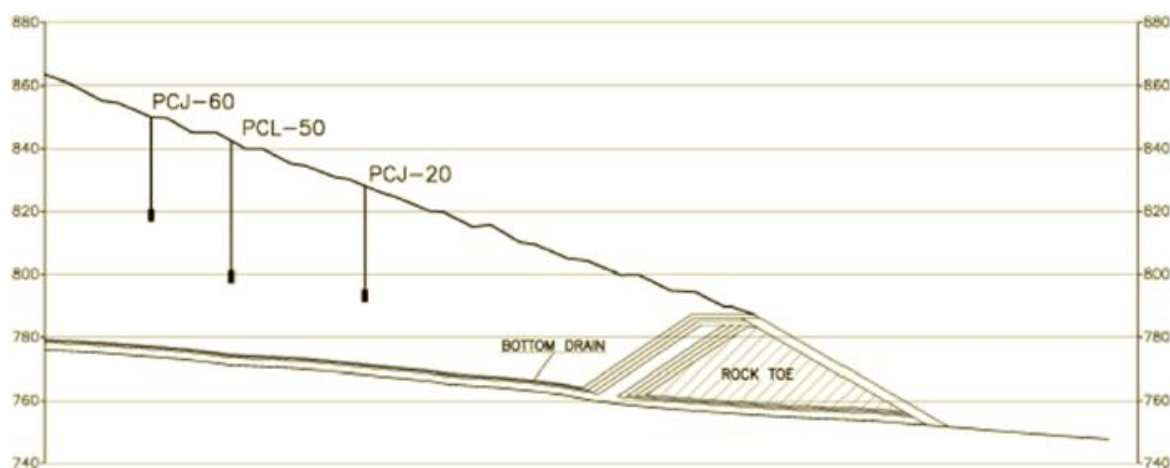


Figura 2 - Germano Buttress (Pimenta de Ávila 2011) (Disponível em: <<http://fundaoinvestigation.com/the-report/>>. Acesso em: 18 ago. 2020.)

Escolhido o vale de Fundão para implementação da barragem, o projeto inicialmente previu que a areia e a lama ficariam em dois reservatórios separados, sendo a primeira atrás do dique 1 e a segunda atrás do dique 2. A areia existente entre os dois diques deveria permanecer em uma elevação maior que a lama durante todo o procedimento de alteamento, de modo a reter a lama e impedir a mistura dos materiais, o que poderia ocasionar o entupimento dos drenos³⁵⁰. A imagem a seguir ilustra como foi pensada a disposição dos rejeitos no projeto inicial³⁵¹:

³⁴⁹ Ibid., p. 4.

³⁵⁰ Ibid., p. 5.

³⁵¹ Ibid.

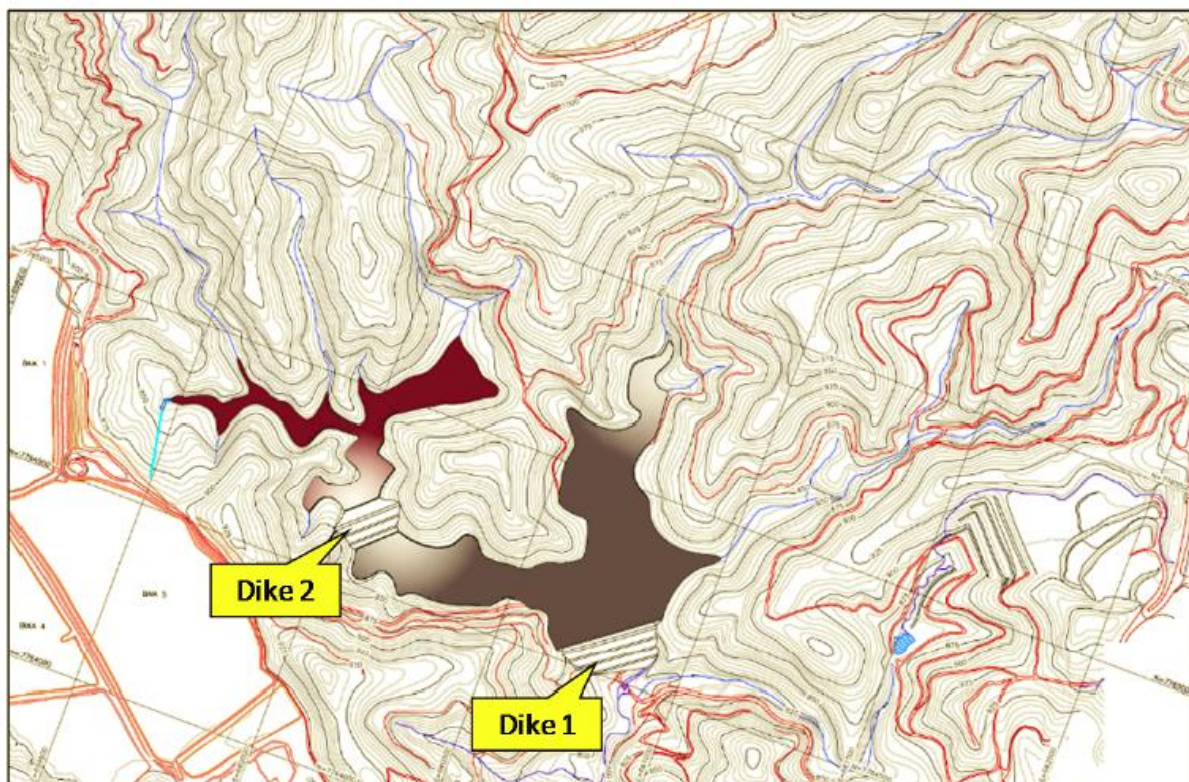


Figura 3 - Fundão Dikes 1 and 2 (Disponível em: <<http://fundaoinvestigation.com/the-report/>>. Acesso em: 18 ago. 2020.)

Para o alteamento, o projeto optou pelo conceito do empilhamento drenado, principalmente por permitir a elevação até 920 metros. O método escolhido, como explanado com fundamentação técnica na denúncia³⁵² da Ação Penal relativa ao presente caso, é o modo mais barato dentre os possíveis – por ocupar menos espaço e possibilitar maior aproveitamento da área – e também o menos seguro, sendo o com maior número de falhas registradas – principalmente em razão da mistura entre areia e lama de modo a liquefazer a barragem, o que torna necessário monitoramento perene das concentrações de água. Pode-se ter uma noção do método de empilhamento drenado a partir da ilustração a seguir, ressalta-se que os triângulos marrons menores são os alteamentos³⁵³:

³⁵² BRASIL, op. cit., nota 344, p. 73-77.

³⁵³ MORGENSTERN et al., op. cit., nota 326, p. 6.

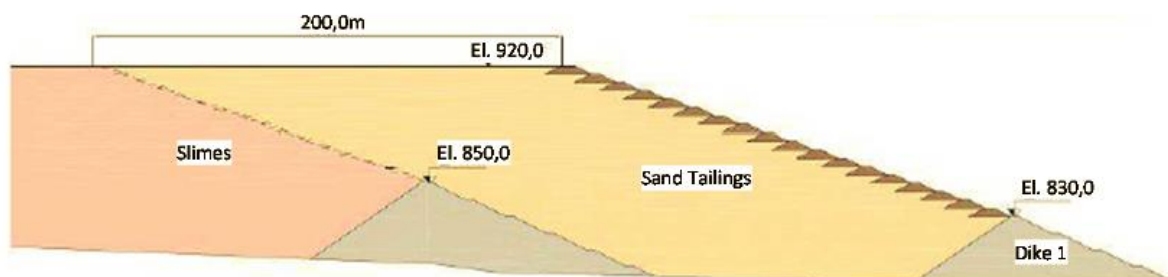


Figura 4 - *Upstream raising of Dike 1 by the “drained stack” concept* (Disponível em: <<http://fundaoinvestigation.com/the-report/>>. Acesso em: 18 ago. 2020.)

Em relação ao sistema de drenagem, semelhante à barragem de Germano, o dique de partida do Dique 1 estaria sobre um dreno de fundo com rocha e brita de alta capacidade, além de outras estruturas complementares de drenagem. Ademais, para absorver a água originária da chuva, de inundações ou da descarga de rejeitos, haveriam duas galerias de concreto que se prolongariam por debaixo dos rejeitos até embaixo da ombreira direita e da ombreira esquerda do Dique 1 da barragem. Pode-se observar o esquema descrito na seguinte gravura³⁵⁴:



Figura 5 - *Main (Principal) and Secondary Galleries* (Disponível em: <<http://fundaoinvestigation.com/the-report/>>. Acesso em: 18 ago. 2020.)

Importante destacar que no projeto apresentado à Secretaria de Estado de Meio Ambiente e Desenvolvimento (SEMAD) de Minas Gerais havia menção à interferência da chamada “Pilha da Vale” – nome dado ao final do sistema de drenagem interno da pilha de

³⁵⁴ Ibid., p. 7.

estéril³⁵⁵ da mina da Fábrica Nova de propriedade da Vale S/A, o qual desaguava em relevante proximidade à ombreira esquerda do Dique 1³⁵⁶. Em igual forma, pontua-se que, no quando da operação da barragem de Fundão, também foram depositados rejeitos provenientes da Usina Alegria da Vale S/A, totalizando mais de 5 milhões de metros cúbicos de 2008 até 2015, sem que houvesse ciência de tanto por parte da SEMAD ou do Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM), o qual apenas tomaria conhecimento em fiscalização de campo empreendida em 27/11/2015³⁵⁷.

Na reunião ocorrida no dia 15/03/2006, o então diretor da Samarco Mineração S/A informou ao Conselho de Administração sobre o andamento da implementação da P3P, constando menção ao atraso no licenciamento ambiental da barragem de Fundão³⁵⁸. Nesse sentido, parece interessante destacar alguns pontos “peculiares” ocorridos no licenciamento ambiental de Fundão.

O primeiro é que o Estudo de Impacto Ambiental (EIA), elaborado pela empresa Brandt Meio Ambiente, Indústria, Comércio, e Serviços Ltda. em 2005, identificou o perigo para a comunidade de Bento Rodrigues e constou a previsão de um programa contínuo de comunicação social entre a Samarco Mineração S/A e as populações de jusante³⁵⁹ como forma de democratização da informação³⁶⁰. Esse sistema nunca existiu, não havendo nem a comunicação efetiva da empresa sobre o rompimento da barragem à comunidade de Bento Rodrigues, quiçá participação da comunidade em assuntos relacionados à barragem. Chama também a atenção o fato de que, ao avaliar as comunidades do entorno do local onde seria instalado a barragem de Fundão na seção relativa ao diagnóstico socioambiental, a comunidade de Bento Rodrigues não foi nem considerada “vizinha”, pois vizinho seria “o que fica ao lado”³⁶¹, influenciando na análise dos riscos do empreendimento e consequentes exigências técnicas para o licenciamento. Nesse sentido, consta na denúncia reprodução do EIA³⁶², o exponho a seguir:

³⁵⁵ Os estéreis são os materiais escavados, gerados pelas atividades de extração (ou lavra) no decapeamento da mina. Eles não possuem valor econômico e geralmente são dispostos em pilhas, as quais, para sua estabilidade, também devem evitar a acumulação de água por meio da utilização de sistema de drenagem.

³⁵⁶ BRASIL, op. cit., nota 344, p. 111.

³⁵⁷ Ibid., p. 161.

³⁵⁸ Ibid., p. 177 e 178.

³⁵⁹ “Secação de um curso de água localizado entre um determinado ponto de referência e a foz. Por exemplo, jusante de uma barragem significa que fica ‘depois da barragem’, no sentido (...) do rio.” A grosso modo, é para onde o fluxo correrá caso a barragem arrebente. (DICIONÁRIO ENGENHARIA CIVIL. *Jusante*. Disponível em: <<https://www.engenhariacivil.com/dicionario/jusante>>. Acesso em: 18 ago. 2020).

³⁶⁰ BRASIL, op. cit., nota 344, p. 61.

³⁶¹ Ibid., p. 62.

³⁶² Ibid.

5.3.3 – Comunidade do entorno e SAMARCO: aspectos constitutivos do relacionamento

Na perspectiva do meio antrópico, o empreendimento não conta com uma comunidade vizinha, entendendo o termo “vizinho” como o que está ao lado. O entorno imediato do empreendimento é ocupado por matas nativas, plantações de eucalipto e planta industrial da CVRD [Companhia Vale do Rio Doce, antigo nome da Vale S/A].

O segundo é a Licença Prévia concedida em 26/04/2007 pelo Conselho Estadual de Política Ambiental (COPAM) de Minas Gerais sob seis condicionantes, entre as quais constavam a apresentação do projeto executivo até a data do requerimento da Licença de Instalação e, até o mesmo marco, a proposição de projeto com adaptações visando assegurar a estabilidade da “Pilha da Vale”, considerando a possível interferência da barragem sobre a mesma³⁶³. Adianta-se que somente em agosto de 2013 foi iniciada a obra para conduzir adequadamente a água oriunda da “Pilha da Vale”.³⁶⁴

O terceiro ponto é a ata de reunião do Comitê de Barragens da Samarco Mineração S/A, realizada no dia 04/06/2007, na qual consta que os integrantes já tinham ciência de que a Licença de Instalação seria negada em um primeiro momento e posteriormente seria aprovada *ad referendum* pelo então Secretário Adjunto da SEMAD, Shelley Souza Carneiro. De fato, no dia 05/06/2007 a Licença Prévia foi negada pela desatenção à necessidade de informações sobre o projeto executivo e em 15/06/2007 a Licença de Instalação foi emitida “*ad referendum*”. Destaca-se que foram desconsideradas as condicionantes previamente fixadas, quais sejam apresentação do projeto executivo e apresentação de projeto com adaptações visando assegurar a estabilidade da “Pilha da Vale”, motivo para a negativa da licença.³⁶⁵ Nesse sentido, a transcrição da ata de reunião³⁶⁶:

Márcio Perdigão: o estatuto do comitê está pronto e foi enviado para o João Pedro. Está confirmado o “ad referendum” para a LI de Fundão. Eduardo Matoso é o contato da Samarco na DEAM e o parecer da análise técnica está previsto para o dia 06/06. Vitor Feitosa está em contato com o Shelim [Shelley Souza Carneiro, Secretário Adjunto da SEMAD].

Ricardo Vescovi: providenciar uma reunião com o Shelim para amanhã, dia 05/06, e aguardar sensibilização do secretário da FEAM.

Gilson: a mobilização da Camter para a execução da obra do Fundão, em 6 meses a partir da liberação da LI, está autorizada. O efeito contratual é a partir desse mês. [sic]

O quarto ponto é a confirmação da Licença de Instalação em 28/06/2007 pela

³⁶³ Ibid., p. 71.

³⁶⁴ Ibid., p. 110.

³⁶⁵ Ibid., p. 111-112.

³⁶⁶ Ibid., p. 111.

Fundação Estadual do Meio Ambiente (FEAM) de Minas Gerais após a provável “sensibilização” acima relatada. Na ratificação da autorização “*ad referendum*”, informou-se que, no tocante à condicionante da “Pilha da Vale”, em reunião com a Samarco Mineração S/A, a mesma comunicou a existência de acordo com a Vale S/A visando a resolução da questão, o que, como já mencionado, só veio efetivamente começar a acontecer em agosto de 2013³⁶⁷.

É possível se conjecturar que tais “particularidades” do procedimento de licenciamento ambiental tenham sido ocasionadas em razão da premente necessidade da Samarco Mineração S/A por uma nova barragem de rejeitos, essencial para o aumento de sua produção. Em 2007 a demanda do mercado mineração estava em alta, permitindo com que a empresa atingisse o, até então, melhor número de vendas da sua história, com faturamento bruto de R\$ 2,4 bilhões e lucro líquido de R\$ 961 milhões³⁶⁸. Corrobora tal entendimento a ata da 60ª Reunião do Conselho de Administração, realizada em 2007, na qual constou-se a necessidade de agilização da construção da barragem de Fundão³⁶⁹, bem como a ata de reunião realizada em junho de 2007, onde o Conselho de Administração recomendou à Diretoria que a barragem fosse construída o mais rápido possível, pois “recente auditoria realizada na barragem de Germano identificara a iminência da exaustão de sua capacidade de reserva de rejeitos”³⁷⁰.

Ademais, parece oportuno expor brevemente uma atual constatação de Daniela Arantes Prata sobre o licenciamento ambiental, ainda que ela se refira a momento posterior aos crimes da Samarco Mineração S/A em Mariana/MG³⁷¹:

observa-se certa negligência do poder público em relação aos projetos de lei decorrentes do desastre [se referindo ao rompimento da barragem de Fundão] e a recente flexibilização do licenciamento ambiental em Minas Gerais, que levantam questionamentos acerca da vontade institucional e política de modificação e melhoria da regulação ambiental e futura prevenção de desastres similares.

Também são dignos de nota dois fatos ocorridos no ano de 2007, pois, como a frente será comentado, são recomendações de suma importância constantemente ignorada pela Samarco Mineração S/A e todos seus integrantes. O primeiro é a existência de ata de reunião do Comitê de Barragens, realizada em 23/01/2007, expressando a necessidade de constante

³⁶⁷ Ibid., p. 112.

³⁶⁸ SAMARCO. *Relatório Anual Samarco*. Belo Horizonte, 2007, p. 78-80. Disponível em: <<https://www.samarco.com/wp-content/uploads/2016/08/2007-Relatorio-Anual-de-Sustentabilidade.pdf>>. Acesso em: 18 ago. 2020.

³⁶⁹ BRASIL, op. cit., nota 344, p. 178.

³⁷⁰ Ibid., p. 111.

³⁷¹ PRATA, op. cit., p. 154.

monitoramento da barragem, bem como da suscetibilidade de liquefação do rejeito³⁷². O segundo é a elaboração do Manual de Operações da barragem pela Pimenta Ávila Consultoria Ltda., empresa do projetista da barragem, requisito para emissão da Licença de Instalação, o qual previa expressamente, dentro outros pontos³⁷³:

a manutenção da praia mínima de rejeitos arenosos com distância superior a 200m, garantindo a condição de seca do empilhamento drenado; A execução criteriosa do dreno de fundo; A execução de fundo, para assegurar a drenagem de toda a água precipitada no reservatório de rejeitos arenosos, em caso de eventual inoperância do dreno do fundo; O monitoramento periódico de estabilidade e do assoreamento da barragem; A manutenção do sistema extravasor e a manutenção do sistema de drenagem superficial; O acompanhamento dos instrumentos de medidas de monitoramento dos níveis piezométricos; A avaliação periódica das condições de segurança da estrutura;

Em reunião com o Conselho de Administração, datada de 12/03/2008, o diretor Paulo Rabelo informou ao Conselho de Administração que o P3P seria implementado em maio do mesmo ano e apresentou, antes da finalização da terceira usina, o projeto para a quarta Usina de Pelotização (P4P)³⁷⁴. Em 22/09/2008 foi concedida a Licença de Operação para a barragem de Fundão, a qual começou a receber rejeitos no final do citado ano³⁷⁵. Contudo, já no começo de dezembro de 2008, foi constatado, por um consultor internacional contratado pela empresa, o mal funcionamento do sistema principal de drenagem, a espinha dorsal da barragem, ocasionado, basicamente, por entupimento³⁷⁶. Em abril de 2009 identificou-se a ocorrência de *piping*³⁷⁷, o que levou a imediata paralisação do lançamento de rejeitos e a drenagem do reservatório do Dique 1, o qual apresentava acúmulo indevido de água³⁷⁸.

Após a implementação de um plano emergencial, o reservatório foi rebaixado, uma berma foi construída na parte afetada do talude da barragem e providências foram tomadas para conter o material proveniente de uma possível ruptura da barragem. Investigações finalizadas em agosto de 2008³⁷⁹ e apresentadas ao Conselho em dezembro de 2008³⁸⁰, concluiriam pela

³⁷² BRASIL, op. cit., nota 344, p. 155.

³⁷³ Ibid., p. 78.

³⁷⁴ Ibid., p. 178.

³⁷⁵ Ibid., p. 79.

³⁷⁶ Ibid.

³⁷⁷ Piping é uma erosão regressiva como seção aproximadamente tubular, ou seja, um carreamento de partículas do solo por fluxo de água sem controle, que ocorre internamente ao maciço de uma estrutura de barramento. É denominada regressiva porque o seu avanço em forma de tubo é no sentido de jusante para montante (contrário ao fluxo). (Ibid., p. 80.)

³⁷⁸ Ibid., p. 80-81.

³⁷⁹ Ibid., p. 81.

³⁸⁰ Ibid., p. 179.

falha na construção dos drenos e em seus filtros, existindo até mesmo partes inacabadas, como a saída do dreno que nunca foi concluída, permitindo o aumento da pressão da água³⁸¹. Em maio de 2009, a *Independent Tailings Review Board* (ITRB), consultoria independente formada por um renomado corpo de engenheiros nacionais e internacionais, foi contratada para realizar a revisão técnica do sistema de rejeitos, operação, monitoramento projetos e manutenção da barragem³⁸².

3.1.2. O incidente de *piping* (2009 – 2010)

Impossibilitados de restaurar o sistema às suas condições originais, os drenos foram selados, o que tornou o dano irreparável. Assim, o arrimo do conceito do projeto inicial tornou-se inoperante. Ademais, em decorrência do evento, a proporção de lama e areia do complexo foi alterada e, por ter começado a ser utilizado antes do previsto, o nível Dique 2, contendo lama, ultrapassou o nível do Dique 1, o qual possuía areia, maculando novamente as bases conceituais do projeto inicial³⁸³.

É preciso destacar que desde 2008 a Samarco Mineração S/A encontrava-se em pleno processo de expansão da produção, com um aumento de 54% da sua capacidade produtiva decorrente do início das operações da P3P. Dada a já conhecida limitação da barragem de Germano, a qual estava próxima de sua exaustão, foram apresentadas cinco possíveis soluções pela empresa Pimenta de Ávila Consultoria para viabilizar o depósito de rejeitos em Fundão. Em 06/05/2009 optou-se pela construção do Dique 1A, solução com o segundo melhor custo-benefício³⁸⁴, e, na 77ª Reunião do Conselho, realizada no dia 22/07/2009, a equipe de gestão de barragens da Vale S/A foi nomeada para acompanhar o projeto³⁸⁵.

O Dique 1A foi construído com rejeito arenoso compactado sobre sua fundação e visava uma contenção emergencial para possibilitar a continuidade das operações. Desde o início da obra, em agosto de 2009, houve um indevido acúmulo de água em seu reservatório, o que fez com que o rejeito a jusante, entre o Dique 1A e o Dique 1, permanecesse saturado no quando do preenchimento, situação que oferecia riscos ao Dique 1³⁸⁶. Posteriormente, a

³⁸¹ MORGENSTERN et al., op. cit., nota 326, p. 8.

³⁸² SERRA, op. cit., p.112.

³⁸³ MORGENSTERN et al., op. cit., nota 326, p. 8.

³⁸⁴ BRASIL, op. cit., nota 344, p. 86.

³⁸⁵ Ibid., p. 84.

³⁸⁶ Ibid., p. 86-87.

proximidade das cristas do Dique 1A e do Dique 1 somada às outras ocorrências seria uma das concausas do rompimento³⁸⁷.

Pode-se entender o posicionamento do Dique 1A pela imagem³⁸⁸ a seguir, pontua-se que no momento de sua construção não havia o tapete drenante – *blanket drain*.

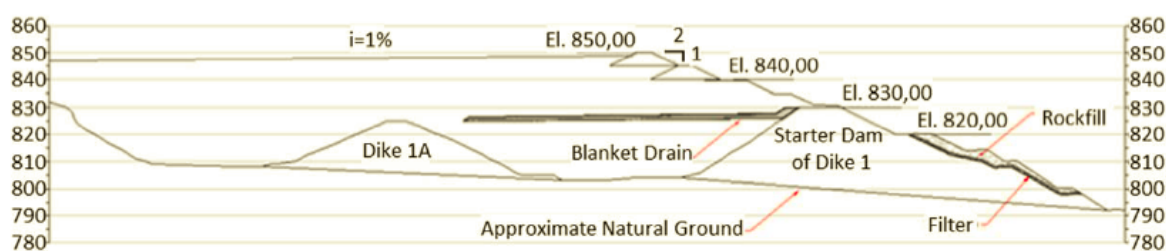


Figura 6 - El. 826 m blanket drain (section) showing extent behind Dike 1 (Disponível em: <<http://fundaoinvestigation.com/the-report/>>. Acesso em: 18 ago. 2020.)

Em reunião do Comitê de Barragens, ocorrida em 04/11/2009, houve a apresentação da proposta de utilização provisória do reservatório do Dique 1A para contingência de lama³⁸⁹. Em 02/12/2012, na 80ª Reunião do Conselho, foram apresentadas todas as medidas tomadas para possibilitar a continuidade de operação e decidiu pela averiguação das possíveis medidas judiciais a serem tomadas³⁹⁰. Em 22/12/2009, ciente das falhas de construção do dreno principal, o Conselho de Administração resolveu abandonar a pedra angular do projeto inicial, isolar o dreno danificado e iniciar uma série de intervenções para que a barragem retornasse à atividade normal³⁹¹.

Cabe também salientar que em dezembro de 2019 o reservatório provisório criado entre o Dique 2 e o Dique 1A encontrava-se com sua capacidade praticamente esgotada, contudo não houve nenhuma alteração na produção³⁹². Em igual forma, salta aos olhos o fato de que até o final de 2009 a barragem operou sem nenhuma instrumentação, ou seja, sem mecanismos de averiguação de seus diversos componentes, não havendo sequer projeto para tanto em setembro de 2009, conforme ata de reunião do ITRB³⁹³. Ademais, desde o final de 2009 a gestão de riscos da Samarco Mineração S/A já estava ciente e trabalhava com as probabilidades de “falha crítica no processo de operação de barragens” e “falha crítica no

³⁸⁷ Ibid., p. 88-89.

³⁸⁸ MORGENTERN et al., op. cit., nota 326, p. 9.

³⁸⁹ BRASIL, op. cit., nota 344 p. 96.

³⁹⁰ Ibid., p. 84-85.

³⁹¹ Ibid., p. 179.

³⁹² Ibid., p. 90.

³⁹³ Ibid., p. 157.

processo de implementação de barragens e pilhas de estéril”³⁹⁴.

Em 25/03/2010, depois de R\$ 18,2 milhões em intervenções para corrigir o já mencionados *piping*, o Dique 1 retornou a operação³⁹⁵. Em reunião ocorrida em 16/04/2010 houve a comprovação, por meio de fotografias, do cumprimento da recomendação do Comitê de Barragens para o depósito de lama misturada com areia no reservatório do Dique 1A, o que contrariava o projeto e o Manual de Operações da barragem de Fundão³⁹⁶.

É importante frisar que o ITRB acompanhou a construção e a utilização do Dique 1A, recomendando o monitoramento constante e a complementação dos dados disponibilizados à consultoria para uma análise completa da questão. Ademais, no tocante à transposição de lama do Dique 2 para o Dique 1A em razão da necessidade de espaço para viabilizar a continuidade de operações, o ITRB anuiu com o citado lançamento de rejeitos condicionando-o à inexistência de contato entre o rejeito mais arenoso, mais próximo ao Dique 1, e a lama, bem como à inexistência de futuros alteamentos em áreas onde houvesse disposição conjunta de lama e areia. Como a frente demonstrado, nenhuma recomendação foi seguida³⁹⁷.

Por conta dos fatos em comento, a Samarco Mineração S/A operou em 2009 com 1/3 da capacidade nominal produtiva, produzindo um total de 17,622 milhões de toneladas de pelotas e finos. Contudo, pasme, o decréscimo de sua produção real foi de apenas 4,6% se comparado ao melhor resultado histórico da empresa, registrado em 2008, 18.482 milhões de toneladas. Em igual forma, o faturamento bruto caiu em 38,9% em relação ao ano anterior, sendo de US\$ 1.436 milhões, grande parte pela perda do valor das commodities no mercado mundial. Já o lucro líquido, quando analisado em real, teve um aumento de 16,7% em 2009, totalizando R\$ 1.474,3 milhões.³⁹⁸

É de se supor que a queda no preço das commodities, aliado à necessidade de aumento de produção para manter a margem de faturamento bruto, tenha colaborado com as decisões de gerenciamento referentes ao Dique 1A. Destaca-se que, conforme o IndexMundi³⁹⁹, em maio de 2008 a tonelada de minério de ferro estava cotada em US\$ 197,12, já em maio de 2009 a

³⁹⁴ Ibid., p. 184.

³⁹⁵ Ibid., p. 180.

³⁹⁶ Ibid., p. 97.

³⁹⁷ Ibid., p. 94-95.

³⁹⁸ SAMARCO. *Relatório Anual de Sustentabilidade*. [Belo Horizonte], 2009. Disponível em: <<https://www.samarco.com/wp-content/uploads/2016/08/2009-Relatorio-Anual-de-Sustentabilidade.pdf>>. Acesso em: 19 ago. 2020.

³⁹⁹ INDEX MUNDI. *Minério de ferro Preço Mensal*: Dólares americanos por tonelada métrica seca. Jul. 2000 – jul. 2020. Disponível em: <<https://www.indexmundi.com/pt/pre%C3%A7os-de-mercado/?mercadoria=min%C3%A9rio-de-ferro&meses=240>>. Acesso em: 19 ago. 2020.

tonelada de minério de ferro estava cotada em US\$ 59,78, reflexo evidente da crise financeira mundial.

Segundo o citado indicador, em abril de 2010 a tonelada de minério de ferro estava cotada em US\$ 172,47, um nítido sinal de aquecimento do mercado⁴⁰⁰. Pode-se pensar que tal retomada tenha motivado a Samarco Mineração S/A, na 85ª Reunião do Conselho, em 12/05/2010, a retomar as atividades normais da barragem de Fundão, orientando que o foco seja mantido em soluções de infraestrutura para a acomodação a longo prazo de rejeitos e resíduos, de forma a viabilizar a aprovação do projeto da P4P⁴⁰¹. Ou seja, aparentemente, antes de se ter uma resolução concreta para a total inutilização do sistema de drenagem principal de Fundão, o projeto da empresa era expandir a produção, e consequentemente a produção de rejeitos, por meio de uma quarta Usina de Pelotização.

Em junho de 2010 foi constatada a passagem de rejeito granular – areia – para além da jusante do Dique 1 pela galeria de drenagem principal, com a formação de um cone de sucção no interior do reservatório, próximo à ombreira direita do Dique 1A. Para corrigir a falha no depósito de materiais, o lançamento de rejeitos no reservatório do Dique 1 foi interrompido, uma enscadeira foi implementada no montante do Dique 1A para isolar a área da galeria principal, onde foi constatada a existência de recalques⁴⁰². Durante todas essas operações, a Samarco Mineração S/A continuou operando normalmente, sendo que em setembro de 2010 o reservatório do Dique 2 já encontrava-se com capacidade quase exaurida⁴⁰³.

Em 26/09/2010, na 89ª Reunião do Conselho, foi apresentada avaliação sobre a possibilidade de ação judicial em face da Camter – empresa responsável pela construção do sistema principal de drenagem original que foi desativado –, considerando pequenas as chances de sucesso do pleito reparatório em razão das evidências de má construção terem sido substancialmente alteradas pela própria Samarco Mineração S/A. Por tal razão, a empresa suportou uma perda de R\$ 18,2 milhões e passou a pensar na repaginação do projeto inicial da barragem⁴⁰⁴.

Importante também consignar que logo após rompimento da barragem a primeira

⁴⁰⁰ Ibid.

⁴⁰¹ BRASIL, op. cit., nota 344, p. 85.

⁴⁰² Também denominado de assentamento é a “deformação produzida pela movimentação e/ou assentamento de camadas do solo. Depressão produzida pela movimentação tectônica das camadas. (...) Defeito de superfície [...]”. (DICIONÁRIO ENGENHARIA CIVIL. *Recalque*. Disponível em: <<https://www.engenhariacivil.com/dicionario/assentamento-3>>. Acesso em: 19 ago. 2020).

⁴⁰³ BRASIL, op. cit., nota 344, p. 89-90.

⁴⁰⁴ Ibid., p. 85-86.

justificativa para o evento dada pela Samarco Mineração S/A foram abalos sísmicos na região. Contudo, em 2010, a então auditora independente Angela Kupper alertou a empresa para a necessidade de realização de estudos sobre a sismicidade da área, visando a adição dessa variável ao projeto. Em busca e apreensão nos arquivos da empresa foi encontrada planilha, datada de 17/10/2012, com tais estudos e em 2014 foi entregue à companhia um estudo realizado pela Terratek com a probabilidade de um evento sísmico na região⁴⁰⁵. Assim, ainda que a causa inicialmente alegada fosse verdadeira, o que não é o caso, não figuraria como correta a aplicação de qualquer forma de elisão da responsabilidade da empresa, pois se trataria de fato relevante à sua atividade e por ela conhecido, *alea* que deveria ser embutida no “padrão médio de cuidado”⁴⁰⁶.

3.1.3. A recuperação (2011 – 2012)

Visando a ampliação do alteamento máximo da barragem de Fundão – e consequentemente o volume de rejeitos que ela comportaria –, em 2011, a Samarco Mineração S/A começou uma série de mudanças e obras para substituir o sistema original de drenagem em razão dos problemas já relatados. Uma das mudanças foi em relação à ITRB, a qual passaria a responder diretamente à diretoria da empresa nos assuntos referentes a barragens e disposição de rejeitos a partir de abril de 2011. Destaca-se a inexistência de transparência na citada relação, pois, como consignado pelo engenheiro da ITRB Paulo Abrão, a empresa nunca forneceu as condições necessárias para o pleno desenvolvimento dos trabalhos, sempre omitindo informações, repassando dados de forma incompleta ou com atraso⁴⁰⁷. Outra mudança recaiu sobre o plano de governança de barragens, aprovado em julho de 2011, em desacordo com as indicações feitas pela ITRB em abril do mesmo ano. Merece nota a ausência de explicitação da gestão de riscos e uma divisão opaca sobre a definição dos papéis e responsabilidades dos grupos internos e externos, incluindo a ITRB, os consultores e o projetista⁴⁰⁸.

Para possibilitar o alteamento até 920 metros, foi descrito no Manual de Operações de 2011, atualizado na versão de 2012, a adição de um tapete drenante sobre a superfície dos

⁴⁰⁵ Ibid., p. 77.

⁴⁰⁶ Pode saltar aos olhos do leitor mais atento a utilização de termos comumente atrelados à responsabilidade civil das pessoas jurídicas em um trabalho que tenta abordar a responsabilidade penal das mesmas. Assim, importa ressaltar que não se trata de mero descuido técnico, mas de intencional importação do raciocínio como facilitador da compreensão do caso e da articulação de possível solução.

⁴⁰⁷ BRASIL, op. cit., nota 344, p. 170.

⁴⁰⁸ Ibid., p. 171.

rejeitos como forma de substituição dos drenos originais inutilizados – o “*blanket drain*” que consta na imagem utilizada para exemplificar a construção do Dique 1A. O tapete se localizaria na altitude de 826 metros, logo abaixo da crista do dique de partida, ficando embutido aos rejeitos durante o alteamento da barragem, como perceptível na imagem a seguir.⁴⁰⁹

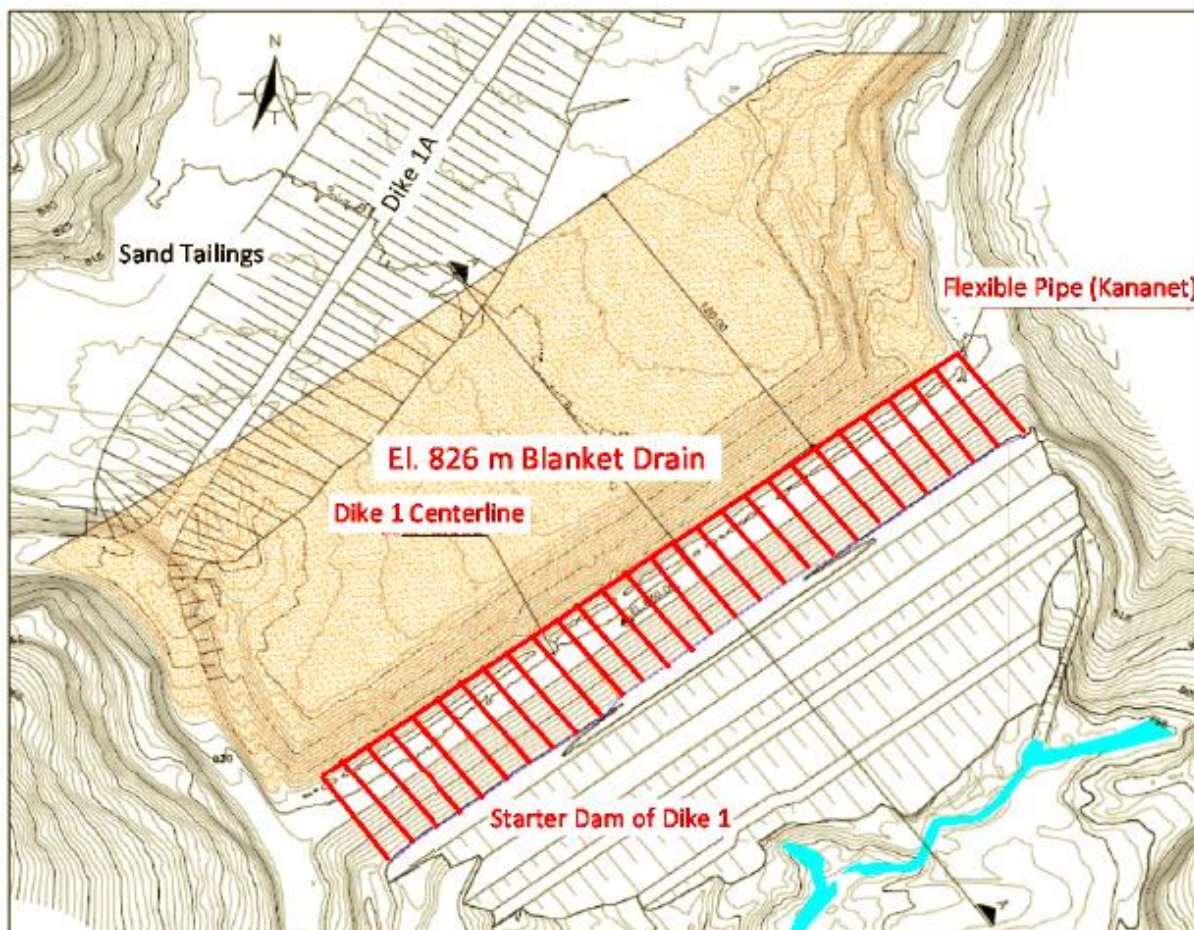


Figura 7-Blanket drain (plan view) on tailings surface at El. 826 m (Disponível em: <<http://fundaoinvestigation.com/the-report/>>. Acesso em: 18 ago. 2020.)

A instalação do tapete objetivou recuperar o conceito inicial da barragem em substituição do sistema de drenagem inutilizado pelos erros de execução da obra. Contudo, as areias abaixo do tapete permaneceriam saturadas, o que torna impossível a restauração da concepção do projeto original. Nesse sentido, aponta o *Report on the Immediate Causes of the Failure of the Fundão Dam*⁴¹⁰:

comparing Figure 2-8 to Figure 2-1, it can be seen that the new blanket drain represented an attempt to replicate the drained-stack concept by providing drainage for the overlying tailings. But the sands below this drain would remain saturated, as

⁴⁰⁹ MORGENSTERN et al., op. cit., nota 326, p. 9.

⁴¹⁰ Ibid., p. 10.

would much of the tailings behind it. once the base drain became inoperative, the control of saturation embodied in the original design concept could not be restored.

Outra parte essencial do conceito inicial da barragem que não pôde ser mantida após três anos de operação sinuosa foi a separação da areia da lama. Para assegurar que a lama de baixa permeabilidade fosse depositada em locais em que não pudesse interferir na drenagem, a água contendo lama tinha que ser mantida a 200 metros de distância da área de disposição da areia, uma espécie de “praia” que constava no Manual de Operações de 2007 e foi mantida nas versões de 2011 e 2012⁴¹¹. A medida que a operação prosseguia, a largura mínima da praia não foi observada por diversas vezes, sendo inferior ao recomendado em 76,5% das leituras realizadas⁴¹² – frisa-se que a situação de “não conformidade” da praia mínima permaneceu no período de julho de 2013 até o rompimento da barragem⁴¹³. Assim, consta no *Report on the Immediate Causes of the Failure of the Fundão Dam*⁴¹⁴:

but as operation proceeded, this beach-width criterion was no consistently achieved. As explained in greater detail in Section 5.1.3, a new Overflow Channel was conveying water and slimes from Dike 2 to the rear of the Dike 1 reservoir, making beach management more difficult. No longer were the sands and slimes physically separated; the interface between them could only be controlled by adjusting the amount of sand spigotted from the dam crest in relation to the amount of slimes-laden water being introduced. As plotted on figure 2-9 and documented in Appendix B, during much of 2011 and 2012, beach widths violated the 200m minimum more often than not, at times encroaching to as little as 60m from the crest.

Mesmo com as obras e os problemas envolvendo a barragem, houve um significativo aumento de sua utilização, principalmente no período de julho de 2011 a setembro de 2012, período em que o Dique 1 foi alteado em 18 metros e o Dique 2 em 8 metros⁴¹⁵. Ressalta-se que o Manual de Operações de 2012 indicava alteamento máximo anual de 6 metros⁴¹⁶. Ademais, em valores totais, 2011 foi o ano recorde de alteamento da Barra do Fundão, atingindo 20 metros de alteamento⁴¹⁷.

O segundo semestre de 2011 foi marcado pelo início da queda do preço do minério de ferro, um processo que atingiria seu vale em 2015⁴¹⁸. Inobstante as variações do mercado, a

⁴¹¹ Ibid.

⁴¹² BRASIL, op. cit., nota 344, p. 149.

⁴¹³ Ibid.

⁴¹⁴ MORGENSTERN et al., op. cit., nota 326, p. 10.

⁴¹⁵ BRASIL, op. cit., nota 344, p. 100.

⁴¹⁶ Ibid., p. 150.

⁴¹⁷ Ibid., p. 151.

⁴¹⁸ INDEX MUNDI, op. cit., nota 399.

Samarco Mineração S/A manteve a política em prol do aumento de sua produtividade pois, como consta no Relatório Anual de Sustentabilidade 2011⁴¹⁹, a Samarco Mineração S/A operou muito próxima à sua capacidade total de produção em 2011, produzindo 23,223 milhões de toneladas de pelotas e finos.

Em setembro de 2011 também foi apresentado pela empresa Pimenta de Ávila Consultoria um projeto visando a alteração geométrica do Dique 1, sob o argumento de que o Dique 1A não constava no projeto original, o que acarretou na perda do volume total do reservatório do Dique 1 e na disposição de lama no seu reservatório. Além disso, sustentou-se que o novo projeto também possibilitaria ganho de volume para disposição de rejeitos arenosos oriundos da “Pilha da Vale”. Pontuou-se também que o projeto demandaria a revisão do sistema de drenagem⁴²⁰ superficial e do projeto de instrumentação⁴²¹. Sobre o citado projeto, parece interessante expor a compreensão do Ministério Público Federal⁴²²:

ênfatiza-se que, apesar de Pimenta de Ávila ter consignado que as obras projetadas eram imprescindíveis para que a barragem de Fundão atendessem aos quesitos de estabilidade ao longo de sua vida útil (tendo em vista que a implementação do Dique 1A acarretaria disposição de lama em seu reservatório a montante, fato esse não previsto inicialmente), a SAMARCO desconsiderou solenemente a orientação técnica, mantendo-se a operação em absoluta desconformidade com as medidas de segurança necessárias. (...) em vez de deslocar o eixo do Dique 1 para jusante (conforme projetado por Pimenta de Ávila), optou por recuar o eixo na região da ombreira esquerda em 150 metros para montante.

Na 99ª Reunião do Conselho, ocorrida em 10/08/2011, a ITRB apresentou uma série de melhorias necessárias, como: a mudança a longo prazo no conceito de gestão de barragens, afastando o reservatório de água das paredes das barragens; o planejamento em conjunto com a Vale S/A para resolver as interferências oriunda das estruturas dessa – “Pilha da Vale”; o desenvolvimento de Plano de Respostas às Emergências, considerando os envolvidos externos⁴²³.

⁴¹⁹ SAMARCO. *Relatório Anual de Sustentabilidade*. [Belo Horizonte], 2011. Disponível em: <<https://www.samarco.com/wp-content/uploads/2016/08/2011-Relatorio-Anual-de-Sustentabilidade.pdf>> Acesso em: 19 ago. 2020.

⁴²⁰ Importante destacar que o projeto original da barragem de Fundão trouxe a necessidade de implementação de um dispositivo hidráulico, o qual nunca foi instalado, para captar e conduzir o fluxo superficial advindo da bacia hidrográfica de contribuição do talvegue, onde o rejeito passaria a ser disposto para a área situada a jusante do Dique 1. Assim, a contribuição de drenagem superficial da pilha estéril seria descartada no reservatório do fundão. (BRASIL, op. cit., nota 344, p. 98)

⁴²¹ Ibid., p. 97-98.

⁴²² Ibid., p. 99.

⁴²³ Ibid., p. 51-52.

A primeira sugestão da ITRB, afastar o reservatório de água da barragem, visava diminuir danos em caso de eventual rompimento, pois o rejeito teria sua velocidade, força e poder destrutivo aumentados pelo contato com o reservatório a jusante, como de fato aconteceu. Sabendo que Bento Rodrigues ficava à aproximadamente 6 quilômetros a jusante das barragens de Germano e do Fundão, o ITRB recomendou a avaliação dos custos e as eventuais implicações para a realocação das comunidades e das estruturas a jusante da Barragem de Santarém, parte da terceira sugestão⁴²⁴.

Em 30/10/2011 entra em vigor o Manual de Riscos Corporativos da Samarco Mineração S/A, trazendo inclusive o planejamento para a gestão do risco de eventual rompimento da barragem⁴²⁵. Por ora, mostra-se suficiente apenas a menção de sua existência, pois mais a frente, ao tratar mais detidamente da gestão de risco da empresa, o citado manual será melhor abordado. Contudo, parece interessante pontuar agora que em julho de 2011 o ITRB reiterou a necessidade da instituição de um programa adequado de instrumentação e monitoramento das galerias, o que era parte essencial da gestão de riscos das operações de fundão e até outubro de 2012 a empresa não tinha em seus quadros profissionais com expertise na interpretação dos instrumentos existentes⁴²⁶.

3.1.4. O recuo (2012 – 2014)

Inobstante as medidas tomadas em 2009 para cuidar do *piping* no dique de partida, novas condições afetariam a ombreira esquerda, pois, como apontado no *Report on the Immediate Causes of the Failure of the Fundão Dam*⁴²⁷, a drenagem de água do reservatório da barragem de Fundão poderia ser considerada insuficiente. Em março 2012 foi detectado a formação de um lago na ombreira esquerda do Dique 1, o qual requisitaria obras de manutenção⁴²⁸. Em setembro de 2012 a situação havia se agravado, havendo indícios de falha na Galeria Secundária e acumulação de água na base da “Pilha da Vale”⁴²⁹.

A empresa VogBR realizou um estudo em nível conceitual dos mecanismos de entrada, circulação e saída de água da barragem de Fundão, o qual concluiu que para a realização de

⁴²⁴ Ibid., p. 163.

⁴²⁵ Ibid., p. 181.

⁴²⁶ Ibid., p. 158.

⁴²⁷ MORGENSTERN et al., op. cit., nota 326, p. 11.

⁴²⁸ BRASIL, op. cit., nota 344, p. 101.

⁴²⁹ Ibid., p. 101.

alteamento até 920 metros seria necessário o reforço das estruturas de drenagem existentes. O mesmo estudo também identificou um gradiente hidráulico elevado na ombreira esquerda do Dique 1, ocasionado pelo acúmulo de água oriunda do sistema de drenagem interna da “Pilha da Vale”⁴³⁰.

Em outubro de 2012, quando o projetista da barragem, o engenheiro Joaquim Pimenta de Ávila, não mais prestava serviços para a Samarco Mineração S/A, durante reunião com ITRB, os mencionados problemas foram expostos e duas alternativas propostas: abandonar o projeto de alteração geométrica do Dique 1 e retomar o projeto original deslocando o Dique 1 para trás e corrigir os problemas da galeria ou continuar com a alteração geométrica do Dique 1 e realizar o tamponamento da Galeria Secundária através dele⁴³¹.

As duas opções ofereceriam riscos à empresa. A primeira significaria risco à segurança, uma vez que a continuação do alteamento com a barragem recuada significaria o depósito de rejeitos sobre o Dique 1A – misturando areia com lama, o que contraria as recomendações da ITRB, dos consultores e do projetista. A segunda significaria um risco econômico, pois acarretaria no aumento no custo da “*plugagem*”⁴³² da Galeria Secundária⁴³³.

Apesar de conhecer os riscos inerentes à realização de alteamento sobre a região do Dique 1A, a primeira opção foi a escolhida pela Samarco Mineração S/A, o que acarretou no deslocamento do eixo da ombreira esquerda em 80 metros⁴³⁴. Em teoria, o desvio do eixo era para ser temporário, somente para realização da obra, porém até o rompimento não houve o realinhamento da barragem. Nesse sentido, dispõe o *Report on the Immediate Causes of the Failure of the Fundão Damm*⁴³⁵:

because the height of tailings at the left abutment already exceeded the load capacity of the Secondary Gallery, the dam could not be raised any further over this area until the plugging operation was completed. As a temporary solution, it was decided to realign the dam at the left abutment by moving it back behind the portion of the gallery to be filled with concrete so that embankment raising could continue.

The setback would move the crest closer to the reservoir water and the slimes it contained, but it was anticipated that the dam would be quickly returned to its original alignment as soon as the plugging operations were done. At the same time, (...), moving the crest back from its original alignment would also place it closer to, if not over, areas where beach encroachment and slimes deposition had already occurred.

⁴³⁰ Ibid., p. 109.

⁴³¹ Ibid., p. 102-103.

⁴³² Jargão técnico comumente utilizado para se referir ao tamponamento.

⁴³³ BRASIL, op. cit., nota 344, p. 102/103.

⁴³⁴ Ibid., p. 103.

⁴³⁵ MORGENSTERN et al., op. cit., nota 326, p. 11.

Pode-se observar o recuo inicial de 80 metros na ombreira esquerda da barragem na seguinte imagem do *Report on the Immediate Causes of the Failure of the Fundão Dam*⁴³⁶:

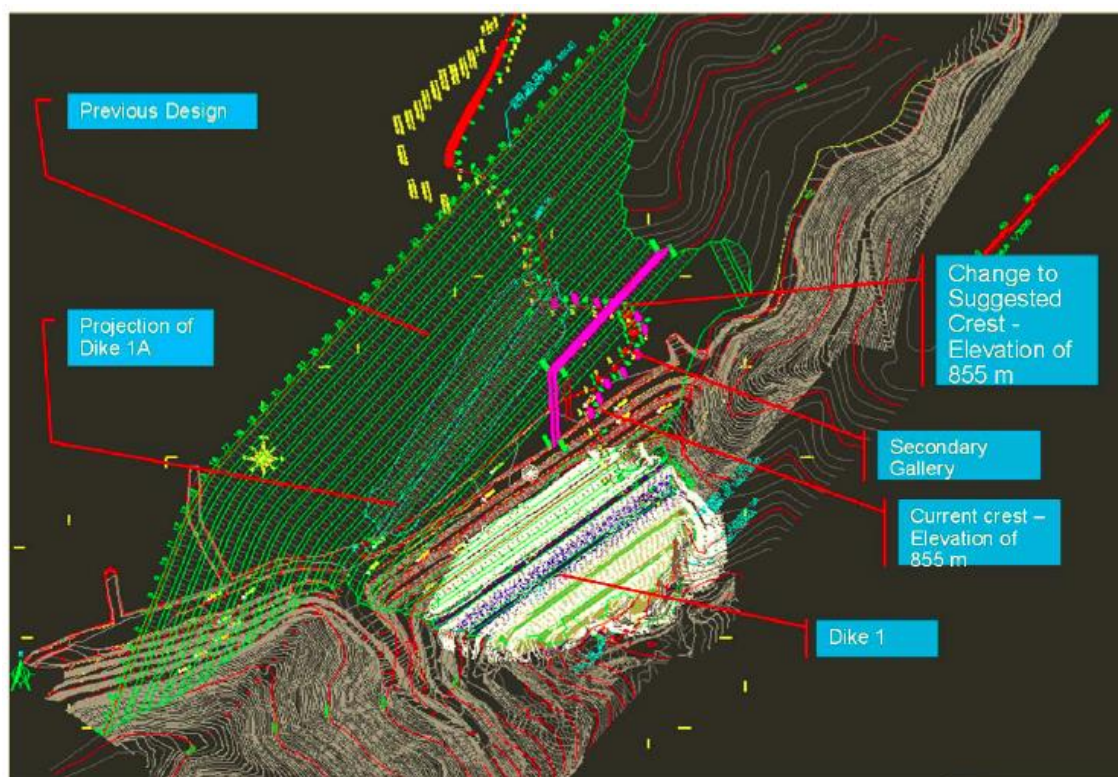


Figura 8 - Left abutment setback proposed in June, 2012 (Disponível em: <<http://fundaoinvestigation.com/the-report/>>. Acesso em: 18 ago. 2020.)

É possível se cogitar que a opção da empresa pela saída mais barata, porém com maior risco, se deu em razão da queda no preço do minério de ferro. Como se extrai do IdexMundi⁴³⁷, enquanto a tonelada de minério de ferro estava cotada em US\$ 177,23 em setembro de 2011, em setembro de 2012, próximo a época em que se optou pelo recuo, o valor caíra para US\$ 99,47. Também pode-se supor que a expansão da capacidade produtiva foi parte da política de redução de perdas por conta da desvalorização, pois não houve regressos na implementação do P4P e a produção real, 21,5 milhões de toneladas, se manteve próxima à capacidade máxima nominal 22,250 milhões de toneladas⁴³⁸. Prognose que se fortalece ao perceber a mencionada escolha pelo risco de segurança ao invés do risco financeiro.

Ainda no mesmo ano, a empresa continuou com o recuo do eixo da ombreira esquerda

⁴³⁶ Ibid., p. 12.

⁴³⁷ INDEX MUNDI, op. cit., nota 399.

⁴³⁸ SAMARCO. *Relatório Anual de Sustentabilidade*. [Belo Horizonte], 2012, p. 48. Disponível em: <<https://www.samarco.com/wp-content/uploads/2016/08/2012-Relatorio-Anual-de-Sustentabilidade.pdf>>. Acesso em: 19 ago. 2020.

em mais 70 metros, totalizando 150 metros. A motivação apresentada para o incremento substancial do recuo foi a correção de subsidência⁴³⁹ (*sinkhole*), com 5 metros de diâmetro e 1 metro de profundidade, ocorrida em 25/11/2012, há aproximadamente 10 metros do último alteamento⁴⁴⁰.

Além do recuo da barragem para tratar dos problemas de drenagem da ombreira esquerda, também foi iniciada a construção de um novo sistema extravasor, denominado de Auxiliar, visando contingenciar o sistema de galerias – Principal e Secundária – que já apresentavam problemas. O conceito, semelhante ao de flautas, utilizado foi elaborado pela própria equipe da Samarco Mineração S/A e objetivava maximizar a drenagem superficial e prevenir um colapso em tal sistema⁴⁴¹. Em dezembro de 2012, pelo alto grau de comprometimento da estrutura das Galerias Principal e Secundária, optou-se por selá-las definitivamente com concreto antes que ocorresse a disposição de rejeitos nos reservatórios, o que tornou o sistema Auxiliar de suma importância⁴⁴².

Mesmo com todos os problemas, a empresa GEOESTÁVEL foi contratada para avaliar a possibilidade de alteamento da barragem até 940 metros. Em decorrência da complexidade da barragem e do seu anormal histórico de falhas, a empresa indicou que inicialmente deveria ser realizada uma campanha de sondagens e outros ensaios complementares para avaliação da suscetibilidade à liquefação na barragem, para então se cogitar o estudo de expansão⁴⁴³. Quanto ao estudo de liquefação, causa imediata do rompimento da barragem, é interessante reforçar que sua realização periódica foi recomendada desde a concepção da barragem, contudo este somente foi realizado em 28/01/2016, após o rompimento.

Cabe ainda pontuar que em 2012, antes do contrato do engenheiro e projetista de Fundão Joaquim Pimenta de Ávila não ser renovado pela Samarco Mineração S/A e da realização dos recuos no eixo da ombreira esquerda, houve a elaboração de um novo Manual de Operações, o qual continuou norteado pela premissa da disposição separada dos rejeitos arenosos e finos – areia e lama – em reservatórios específicos. O novo manual também previa sua atualização de 2 em 2 anos ou a cada nova alteração das características da barragem⁴⁴⁴. Como já demonstrado, é evidente que o recuo contrariou o manual a época vigente, o qual não foi atualizado, mesmo com substanciais mudanças da barragem nos seguintes, até o rompimento

⁴³⁹ De forma leiga, pode ser entendido como o rebaixamento do solo de maneira a formar um buraco.

⁴⁴⁰ BRASIL, op. cit., nota 344, p. 105.

⁴⁴¹ Ibid., p. 100.

⁴⁴² Ibid., p. 121-122.

⁴⁴³ Ibid., p. 153.

⁴⁴⁴ Ibid., p. 144-145.

da barragem.

O tamponamento da Galeria Secundária foi concluído em 22/08/2013, enquanto o da Galeria Principal findou em 27/11/2013, ressalta-se que em nenhum momento o processo de alteamento da barragem parou. O abandono das Galerias ensejou a necessidade de implementação de um novo extravasor, o 4º Extravasor, para se garantir a segurança operacional da barragem ante chuvas, de inundações ou da descarga de rejeitos. Para tanto, a BVP Engenharia foi contratada, tendo início as primeiras escavações em 09/08/2013⁴⁴⁵.

Durante o procedimento, ao longo do ano, ocorreram diversas surgências, saturações e trincas na ombreira esquerda do Dique 1, as quais foram contidas e reparadas⁴⁴⁶. Sobre as citadas falhas, dispõe o *Report on the Immediate Causes of the Failure of the Fundão Dam*⁴⁴⁷:

filling of the Secondary Gallery was completed on August 22, 2013. Meanwhile, dam raising had continued, with seeps that began to appear at the left abutment as early as June 26, 2012, at El. 845 m. In February, 2013, three-dimensional seepage modeling of the 920 raise showed that additional drains would be needed at the abutments if seepage breakout were to be prevend. This analysis was borne out when seepage, saturation, and cracking began appearing at several locations at the left abutment during 2013. The first such incident occurred in March at El. 855 m, followed by another seep in June at El. 855 m. Both were treated by constructing a drain. A third seep on November 15 appeared at El. 860 m and was accompanied by slumping of the slope shown on Figure 2-11. Another drain was provided to address this condition. On December 26, seepage occurred at El. 860 m and there was cracking on the left abutment crest at El. 875 m.

As ocorrências no ano de 2013 comprovaram que o tapete de drenagem – alternativa para viabilizar a continuidade de operação da barragem ante o colapso total do sistema principal de drenagem original –, pensado em 2011 e completamente implementando em 2012, já não era suficiente, sendo necessário a implementação de drenos auxiliares na ombreira esquerda. Tal fato somou-se a pretensão de majorar o alteamento máximo de 920 metros para 940 metros, o que requereria não só a instalação de um novo sistema de drenagem como a integração do sistema com a “Pilha da Vale” de modo a extirpar as interferências negativas dela advindas, acarretando na manutenção do recuo temporário da barragem, o qual completou 18 meses no final de 2013, com um alteamento de 20 metros.⁴⁴⁸

Graças ao recuo temporário, provisório, que durou de meados de 2012 até o

⁴⁴⁵ Ibid., p. 122.

⁴⁴⁶ MORGENSTERN et al., op. cit., nota 326, p. 11.

⁴⁴⁷ Ibid., p. 11.

⁴⁴⁸ Ibid., p. 13.

rompimento da barragem, a ombreira esquerda do Dique 1 da barragem de Fundão passou a ter a aparência da imagem⁴⁴⁹ a seguir:



Figura 9 - *Fundão Dam in January, 2014 showing left abutment setback and adjacent Grota da Vale* (Disponível em: <<http://fundaoinvestigation.com/the-report/>>. Acesso em: 18 ago. 2020.)

Cabe destacar que o comprometimento do sistema da ombreira esquerda era de conhecimento da Samarco Mineração S/A e podia ser constatado a olho nu⁴⁵⁰. Corroborar com tal afirmação o Projeto Executivo de Drenagem do Pé da Pilha Estéril da VALE realizado pela empresa VogBR em abril de 2013, o qual somente foi posto em execução em agosto 2013 e somente em agosto de 2014 houve o esgotamento da água no local⁴⁵¹. Importante também relembrar que os possíveis problemas na ombreira esquerda do Dique 1 com a água advinda do sistema de drenagem interno da pilha de estéril da mina da Fábrica Nova de propriedade S/A – “Pilha da Vale” – eram de conhecimento da empresa desde pelo menos a tentativa de aquisição da Licença Prévia junto ao COPAM, pois a elaboração de projetos para tratar do tema constou como condicionante à expedição da autorização. Contudo, apenas em agosto de 2013, mais de 6 anos após a concessão das Licenças – as quais ignoraram solenemente a questão –, foram iniciadas as obras para tratar do assunto⁴⁵².

Ademais, em 04/04/2013, na 110ª Reunião do Conselho, foi apresentada um novo

⁴⁴⁹ Ibid., p. 14.

⁴⁵⁰ BRASIL, op. cit., nota 344, p. 123, 144.

⁴⁵¹ Ibid., p. 110.

⁴⁵² Ibid., p. 111-112.

plano para a disposição de rejeitos, destacando os riscos associados. Também foram comentados na reunião a subsidência ocorrida na ombreira esquerda, o recuo a montante da mesma região em 150 metros sem que houvesse projeto para tanto e sem que houvesse a interrupção dos alteamentos, bem como o possível comprometimento da estrutura pela continuidade da interferência oriunda do lago formado pela “Pilha da Vale”⁴⁵³. Contudo, como demonstra a ata reproduzida pelo Ministério Público Federal na denúncia⁴⁵⁴, a prioridade da Samarco Mineração S/A foi buscar vantagens comerciais buscando a expansão da produção:

e, mesmo assim, a única menção sobre o assunto consignado na ata foi a seguinte: ‘O Conselho aprovou as iniciativas apresentadas e reforçou a importância de prosseguir com os estudos sobre instalações alternativas de rejeitos, considerando os crescentes desafios ambientais para obtenção de autorização para expandir tais autorizações.’ Por sua vez, o conselho orientou a diretoria a ‘aumentar suas vendas no segundo trimestre para tirar vantagens das atuais condições favoráveis do mercado’ e ‘prosseguir com os estudos sobre instalações alternativas de rejeitos’. Lava-se as mãos aos riscos, pressiona-se por mais produção, dinheiro, dividendos. [sic]

Apenas em abril de 2013, quase um ano depois de sua realização, a ITRB tomou ciência de que o eixo da ombreira esquerda havia sido deslocado a montante⁴⁵⁵. Em outubro do mesmo ano o engenheiro projetista Joaquim Pimenta de Ávila voltou a prestar serviços para a Samarco Mineração S/A, contudo, como afirmou ao Ministério Público Federal, desde que retornou na condição de consultar, não teve a possibilidade de discutir suas posições no âmbito da ITRB, nem mesmo quando se observou a pré-ruptura associada à liquefação estática em setembro de 2014⁴⁵⁶. Tais fatos, como melhor explanado mais adiante, evidenciam a falta de transparência no âmbito da empresa, havendo a fragmentação e a retenção de informações essenciais, bem como a existência de barreiras para comunicação entre órgãos que, em teoria, deveriam trabalhar em conjunto.

Em 08/07/2013 a própria Samarco Mineração S/A registrou em “Relatório de Análise de Falha” a ocorrência de vazamento de lama nas plantas de beneficiamento. A lama oriunda do vazamento era bombeada em conjunto com o rejeito arenoso e com ela descartada na barragem de Fundão, comprovando nova mácula ao conceito inicial de disposição separada dos citados tipos de rejeitos⁴⁵⁷.

Mesmo com a alteração do formato da barragem ocasionado pelo recuo na ombreira

⁴⁵³ Ibid., p. 117.

⁴⁵⁴ Ibid., p. 117-118.

⁴⁵⁵ Ibid., p. 107.

⁴⁵⁶ Ibid., p. 136.

⁴⁵⁷ Ibid., p. 120.

esquerda, com a instalação de novos instrumentos de monitoramento e dos constantes e acelerados alteamentos da barragem, somente em agosto de 2013 a Carta de Riscos da barragem foi atualizada. Pontua-se que a empresa responsável, GeoFast, elaborou o estudo de riscos por colmatação e por estabilidade dos taludes, não havendo previsão da suscetibilidade de liquefação, causa imediata do rompimento da barragem, por inexistência de estudos nesse sentido⁴⁵⁸. Posteriormente, nos anos de 2014 e 2015, o Relatório de Inspeção de Segurança Regular apresentado pela empresa VogBR indicaria a necessidade de atualizar a Carta de Riscos da estrutura em razão dos alteamentos da barragem, o que nunca foi realizado⁴⁵⁹.

Enquanto a gestão da barragem de Fundão enfrentava grandes e graves problemas, o mesmo não se podia dizer do caixa da Samarco Mineração S/A. Em 2013, mesmo com a menor produção – 21,737 milhões de toneladas de minério de ferro – desde a retomada do funcionamento total da barragem em 2010⁴⁶⁰, a empresa obteve os até então melhores resultados financeiros da sua história, com faturamento bruto de R\$ 7.240,2 milhões – 9,5% acima do ano anterior – e lucro líquido de R\$ 2.731 milhões⁴⁶¹. Ainda assim, na 114ª Reunião do Conselho, completamente cientificados da situação do sistema de disposição de rejeitos – como consta em ata⁴⁶² –, inclusive do relatório da ITRB informando que a barragem apresentava claros sinais de que a drenagem interna se mostrava insuficiente, principalmente na região da ombreira esquerda⁴⁶³, a recomendação do Conselho foi de: “redução dos custos com mão de obra, mitigação do crescimento histórico nos custos das contratadas, acompanhamento mais rígidos dos projetos de produtividade e ajuste nas despesas de capital”⁴⁶⁴.

Pouco tempo depois, na 115ª Reunião do Conselho, realizada em 02/04/2014, o Conselho aprovou a distribuição de dividendos adicionais no valor de R\$ 2.048.548.067,91 (dois bilhões, quarenta e oito milhões, quinhentos e quarenta oito mil e sessenta e sete reais e noventa e um centavos) aos acionistas – BHP Billiton e a Vale S/A⁴⁶⁵. Indicando que a Samarco mineração S/A deveria “*melhorar seu desempenho de custos*”, “*elaborar uma análise de custos competitivos*” e “*realizar relatório sobre o progresso das iniciativas para melhorar a*

⁴⁵⁸ Ibid., p. 156-157

⁴⁵⁹ Ibid., p. 157.

⁴⁶⁰ SAMARCO. *Relatório da Administração e Demonstração Financeira*. [Belo Horizonte], 2013. p. 17. Disponível em: <<https://www.samarco.com/wp-content/uploads/2016/08/2013-Relatorio-da-Administra-o-e-Demonstra-es-Financeiras.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2020.

⁴⁶¹ Ibid., p. 18-19.

⁴⁶² BRASIL, op. cit., nota 344, p. 124.

⁴⁶³ Ibid., p. 115.

⁴⁶⁴ Ibid., p. 119

⁴⁶⁵ Ibid.

competitividade da SAMARCO em termos de custos”, o Conselho ressaltou que os esforços de produtividade deveriam abranger outros aspectos corporativos, como equipamento, compras, capital e marketing, não sendo consignado em ata nada relevante a respeito de barragens de rejeito⁴⁶⁶.

Na mesma época em que as reuniões do Conselho se preocupavam com redução de custos e investimentos em marketing, a Samarco Mineração S/A constatava o surgimento de uma trinca com o comprimento de 60 metros na ombreira esquerda do Dique 1. Ademais, na mesma data, 26/12/2013, constatou-se que a base do talude da ombreira esquerda estava muito encharcado, mais uma evidência do comprometimento do sistema de drenagem⁴⁶⁷.

3.1.5. O incidente no talude (2014)

No período compreendido entre janeiro e abril de 2014, a parte direita do tapete drenante demonstrava menor vazão dos drenos e ao mesmo tempo poro-pressões menores que o lado esquerdo, consequências da constante desatenção à praia mínima de distância entre os depósitos de lama e de areia. Por isso, houve a formação de um álveo na ombreira direita do Dique 1, a qual necessitou da criação de mais um dique para barragem⁴⁶⁸.

No mesmo período, do lado esquerdo do Dique 1, os alteamentos sobre o recuo já totalizavam cerca de 20 metros de altura⁴⁶⁹ – o ano de 2014 seria o com o segundo maior alteamento da história da barragem⁴⁷⁰. Somente em 22/04/2014 começaram as obras para implementação do método de ciclonagem dos rejeitos arenosos na área do recuo – a empresa visava a redução de custos com o sistema, uma vez que não mais seria necessário o transporte via caminhão e a compactação com tratores de esteiras na disposição do citado rejeito⁴⁷¹.

Em maio de 2014, a empresa VogBR apresentou um projeto de tratamento para as trincas que apareceram na ombreira esquerda no final de 2013⁴⁷². Cabe ressaltar que o plano somente foi aprovado em dezembro de 2014, quando a situação das trincas tomou significativo vulto, e as obras nunca foram concluídas, pois a barragem rompeu antes⁴⁷³.

⁴⁶⁶ Ibid.

⁴⁶⁷ Ibid., p. 114.

⁴⁶⁸ Ibid., p. 126.

⁴⁶⁹ Ibid., p. 137.

⁴⁷⁰ Ibid., p. 151.

⁴⁷¹ Ibid., p. 137-138.

⁴⁷² Ibid., p. 114.

⁴⁷³ Ibid., p. 117.

Em 18/07/2014, houve a ocorrência de uma surgência no talude da ombreira direita, onde anteriormente havia sido instalado o 4º Extravasor. Em 22/07/2014, o ITRB recomendou a instalação de drenos horizontais profundos na ombreira direita, com especial cuidado na instalação para evitar *pipping*⁴⁷⁴.

Em agosto de 2014, a equipe da Samarco Mineração S/A constatou a formação de diversas trincas por toda a ombreira esquerda do Dique 1, especialmente no alteamento do trecho recuado, além de indicativos de planos de compressão no pé do talude do recuo. Apurou-se que as trincas sinalizavam um início de movimento de escorregamento do maciço da área do recuo, um nítido indício de pré-ruptura da barragem de Fundão⁴⁷⁵. Sobre as citadas trincas, dispõe o *Report on the Immediate Causes of the Failure of the Fundão Dam*⁴⁷⁶:

just after sunrise on August 27, 2014 a series of cracks much more extensive than anything that had occurred the previous year were discovered that extended behind the dam crest, emerged at the toe, and encompassed most of the slope as shown on Figure 2-14. Accompanying the cracking was shallow saturation at the toe, as shown on Figure 2-15.

Stabilizing the slope became paramount, and construction was quickly mobilized to do so. Within two weeks reinforcement or “equilibrium” berm shown on Figure 2-16 was completed.

Pelas imagens a seguir, as duas primeiras da denúncia⁴⁷⁷ e a última do *Report on the Immediate Causes of the Failure of the Fundão Dam*⁴⁷⁸, pode-se ter uma noção da extensão e da magnitude das trincas:

⁴⁷⁴ Ibid., p. 127.

⁴⁷⁵ Ibid., p. 130.

⁴⁷⁶ MORGENSTERN et al., op. cit., nota 326, p. 14-15.

⁴⁷⁷ BRASIL, op. cit., nota 344, p. 131.

⁴⁷⁸ MORGENSTERN et al., op. cit., nota 326, p. 14.



Figura 10 - Imagem das trincas de tração paralelas à crista, dentro do reservatório (A) e das trincas de compressão no patamar do eixo recuado (B). (Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/docs/denuncia-samarco>>. Acesso em: 18 ago 2020.)



Figura 11 - Imagem com representação das trincas de tração (A) e compressão (B) na região do eixo recuado junto à OE. (Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/docs/denuncia-samarco>>. Acesso em: 18 ago 2020.)

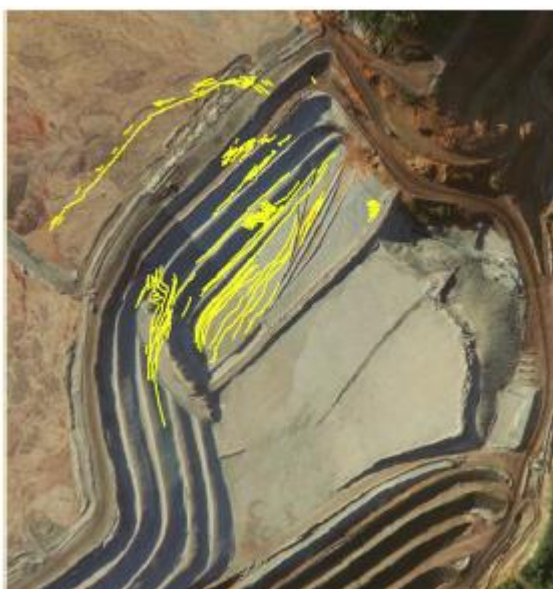


Figura 12 - August 27, 2014 cracking at left abutment setback (Disponível em: <<http://fundaoinvestigation.com/the-report/>>. Acesso em: 18 ago. 2020.

Chama atenção o fato de não ter existido nenhum tipo de instrumentação no trecho recuado no período da alteração do eixo da ombreira esquerda até o surgimento das trincas, somente havendo a instalação de equipamentos de monitoramento da região em outubro de 2014⁴⁷⁹. Frisa-se que, em setembro de 2014, o Relatório de Inspeção feito da empresa Pimenta de Ávila Consultoria trazia a hipótese de liquefação estática – quando um material sólido passa a se comportar como um fluido em razão do carregamento estático, no presente caso, ensejado pelos alteamentos –, a qual poderia não se adstringir apenas à área da fundação que apresentou o escorregamento.⁴⁸⁰ A partir da oitiva de Joaquim Pimenta de Ávila no Ministério Público Federal, consta na denúncia⁴⁸¹:

segundo ele, as informações constantes do relatório indicavam claramente que a barragem apresentava graves sinais de pré-ruptura e que, em função disso, realizou as recomendações em setembro de 2014. Ainda segundo Pimenta de Ávila, em dezembro daquele ano, realizou novamente inspeção na área do eixo recuado e novamente enfatizou para a equipe da SAMARCO que a situação não estava controlada, razão pela qual seriam necessárias alterações na geometria da berma de reforço construída na região, além da imediata conclusão das obras de retorno do eixo recuado, em desconformidade com o projeto por ele apresentado em 2011.

Não só a Pimenta de Ávila Consultoria, como também a ITRB recomendou a retificação do eixo o mais rápido possível⁴⁸². Em novembro de 2014, a Pimenta de Ávila Consultoria apresentou outro Relatório de Inspeção para o departamento de geotecnia da Samarco Mineração S/A identificando a insuficiência da drenagem interna da barragem de Fundão, o que resultou em saturação do talude de jusante e risco de ruptura. Em período próximo, a ITRB recomendou que o alteamento do recuo não ultrapasse 20 metros e que a praia mínima fosse estritamente observada, recomendações que não foram atendidas, sendo de 25 metros o alteamento referente ao período.

Na 119ª Reunião do Conselho, ocorrida em 10/12/2014, ficaram evidentes os motivos pelos quais a Samarco Mineração S/A, sob ordem direta de suas acionistas a BHP Billiton e a Vale S/A, ignorava as recomendações técnicas. Cientes de toda a situação exposta, o Conselho expôs que o recuo na ombreira esquerda do Dique 1 deveria ser mantido até a instalação do tapete drenante na “Pilha da Vale” – o qual visava absorver água oriunda do sistema de drenagem da pilha e possibilitar o alteamento da barragem de Fundão até 940 metros⁴⁸³.

⁴⁷⁹ BRASIL, op. cit., nota 344, p. 134 e 158.

⁴⁸⁰ Ibid., p. 133/134.

⁴⁸¹ Ibid., p. 135.

⁴⁸² Ibid.

⁴⁸³ Ibid., 137, 138.

Pode-se tentar entender a opção do Conselho em expandir a capacidade produtiva e o reservatório de rejeitos a qualquer custo pela análise do Relatório Anual de Sustentabilidade 2014 da Samarco Mineração S/A. Enquanto a cotação do minério de ferro despencava no de 2014, caindo o preço da tonelada de US\$ 135,79 em dezembro de 2013 para US\$ 68,39 em dezembro de 2014⁴⁸⁴, o faturamento bruto foi de R\$ 7.601,3 milhões, 5% maior que no ano anterior, um novo recorde⁴⁸⁵. Isso se dá pela estratégia adota, qual seja, a ampliação da produção em razão da entrada em funcionamento da quarta Usina de Pelotização (P4P) em 2014, atingindo a até então maior marca de produção da empresa, 25,075 milhões de toneladas – um acréscimo de 15% em relação à 2013⁴⁸⁶.

Por óbvio, o aumento da produção também significa o aumento na quantidade de rejeitos por ela produzidos. A necessidade de expansão da barragem de Fundão para comportar o alteamento até 940 metros era essencial, uma vez que a empresa estava operando muito aquém de sua nova capacidade de produção, aumentada 37% com a finalização da P4P e atingindo o valor nominal de 30,5 milhões de toneladas por ano.⁴⁸⁷ Assim, para novamente bater o recorde de lucro líquido em 2015, o qual foi de R\$ 2.806 milhões em 2014, um acréscimo de 2,7% em relação à 2013⁴⁸⁸, o Conselho se manifestou no sentido de que: “o Conselho tomou conhecimento das informações [acerca da barragem] e reforçou que, depois da segurança, a redução de custos deveria ser o foco principal da gestão de 2015”⁴⁸⁹.

3.1.6. O colapso (2015)

Mesmo com as obras realizadas durante 2014, em 30/01/2015 surgiram novas trincas, dessa vez na ombreira direita do Dique 1⁴⁹⁰. Em 21/05/2015, verificando o *As Build* do 4º Extravaso, a VogBR concluiu que as surgências existentes na ombreira direita advieram da subida da freática na região. Em agosto de 2015, inciou-se a construção do tapete de drenagem na ombreira direita para reforço da estrutura de modo a permitir o alteamento até 940 metros⁴⁹¹.

⁴⁸⁴ INDEX MUNDI, op. cit., nota 399.

⁴⁸⁵ SAMARCO. *Relatório Anual de Sustentabilidade*. [Belo Horizonte], 2014. p. 12. Disponível em: <<https://www.samarco.com/wp-content/uploads/2016/08/2014-Relatorio-Anual-de-Sustentabilidade.pdf>>. Acesso em: 20 ago 2020.

⁴⁸⁶ Ibid., p. 38.

⁴⁸⁷ Ibid., p. 12-13

⁴⁸⁸ Ibid., p. 9

⁴⁸⁹ BRASIL, op. cit., nota 344, p. 142.

⁴⁹⁰ Ibid., p. 127-128

⁴⁹¹ Ibid., p. 143.

Em 17/04/2015, funcionários da VogBR verificaram que a segunda surgência no pé do talude do Dique 1 apresentava grande saturação com consistência de solo mole. As evidências demonstravam que a aplicação de *oversize*⁴⁹² não havia funcionado corretamente, razão pela qual foi recomendada a construção de duas canaletas no local⁴⁹³.

A VogBR voltou a mencionar a necessidade de realização de estudos sobre a suscetibilidade à liquefação dos rejeitos, em meados de 2015. Contudo, em vez de realizá-los, a Samarco Mineração S/A instalou marcos superficiais para monitorar deslocamentos⁴⁹⁴. A negligência no monitoramento, provavelmente para seguir o comando do Conselho de cortar custos, também atingiu a instrumentalização da barragem.

Durante todo o ano de 2015 – no qual a tonelada do minério de ferro atingiu sua menor cotação desde dezembro de 2004, US\$ 58,28 em abril de 2015⁴⁹⁵ – a instrumentalização de transmissão automática de dados apresentou sérios problemas⁴⁹⁶. Fora o caso de aparelhos ficarem sem bateria, no recuo da ombreira esquerda, onde houve o rompimento, existiam apenas quatro equipamentos de monitoramento, os quais foram retirados sem motivos aparentes 10 dias antes da ruptura⁴⁹⁷.

Mesmo com o preenchimento via *underflow* do rejeito arenoso produzido pela usina de ciclonagem com o intuito de não permitir a formação do lago da “Grota da Vale” em agosto de 2014⁴⁹⁸, somente em agosto de 2015 iniciou-se a construção do tapete drenante na ombreira esquerda do Dique 1. Ressalta que só seria possível o início da operação do sistema de lançamento por *underflow* para resolver o problema da “Pilha da Vale” após a conclusão da primeira etapa do tapete⁴⁹⁹.

Em 05/11/2015, poucas horas antes do rompimento da barragem, a qual, mesmo com os desaconselhamentos da ITRB, estava com a crista em 898 metros⁵⁰⁰, foram registrados alguns tremores de terra, algo comum na região da barragem de Fundão. Como já mencionado, a primeira estratégia das mineradoras foi alegar que o rompimento da barragem se deu por conta deles, contudo, como apurado posteriormente, esses foram apenas gatilhos da já exaustivamente

⁴⁹² Material de granulometria intermediária entre o aterro e o enrocamento, para realizar a transição gradual de materiais, evitando carreamento de partículas.

⁴⁹³ BRASIL, op. cit., nota 344, p. 128.

⁴⁹⁴ Ibid., p. 134.

⁴⁹⁵ INDEX MUNDI, op. cit., nota 399.

⁴⁹⁶ BRASIL, op. cit., nota 344, p. 159.

⁴⁹⁷ Ibid., p. 160.

⁴⁹⁸ Ibid., p. 110.

⁴⁹⁹ Ibid., p. 143.

⁵⁰⁰ Ibid., p. 159.

anunciada liquefação dos rejeitos⁵⁰¹. Quanto aos tremores, menciona o *Report on the Immediate Causes of the Failure of the Fundão Dam*⁵⁰²:

explosions are detonated every day at mines throughout the region, so the small magnitude seismic events they produce are no unusual. At the same time, while larger earthquakes are rare in Brazil, small earthquakes in Minas Gerais are relatively common. Either way, the tremor on the afternoon of November 5, 2015 was not unprecedented.

Como se extraí da denúncia⁵⁰³, o Laudo SETEC nº 994/2016 identificou que, com o recuo da ombreira esquerda, a barragem foi sobreposta à camada de rejeitos finos e lamas depositados no fundo reservatório do Dique 1 na elevação de 860 metros, o que comprometeu a percolação abaixo da elevação de 847 metros. Em igual forma, o citado laudo expõe que de 2010 a 2015⁵⁰⁴:

[...] não se identificou um modelo consistente de planejamento, em que fossem preservadas as premissas originais do projeto. Seja por deficiência do modelo ou em razão dos problemas operacionais, o que se sucedeu foi a busca incessante de alternativas operacionais corretivas, “tampões” e “esparadrapos” estruturais, desconsiderando as seguintes premissas de projeto: lançamento dos rejeitos em reservatórios distintos, praia mínima superior a 200 m, drenagens interna e superficial eficientes, e segregação granulométrica hidráulica por lançamento de jusante para montante a partir da crista do Dique 1. Ademais, o projeto executivo previa o saneamento da interferência da contribuição hídrica da bacia da pilha de estéril da VALE (PDE), cuja solução foi postergada, concorrendo na necessidade de alteração do traçado do alteamento, que se configuravam um preceito fundamental da obra. Enfim, omissões sucessivas e medidas corretivas inadequadas e intempestivas, tudo gerando incremento de riscos não permitidos.

Às, aproximadamente, 15 horas e 45 minutos do dia 15/11/2015, a barragem de Fundão rompeu. Um deslizamento fluído de 32 milhões de metros cúbicos, cerca de 61% do material contido no barramento, se deslocando a 11 metros por segundo, deu início a uma hecatombe na biodiversidade da Bacia do Rio Doce, ceifando também a vida das já mencionadas 19 pessoas, e gerando incalculáveis danos ambientais, sociais, culturais, econômicos, entre outras modalidades, muitos irreparáveis⁵⁰⁵. O *Report on the Immediate Causes of the Failure of the Fundão Dam*⁵⁰⁶ concluiu que o deslizamento fluído ocorreu em razão da alteração da concepção

⁵⁰¹ MORGENSTERN et al., op. cit., nota 326, p. 73-74.

⁵⁰² Ibid., p. 15.

⁵⁰³ BRASIL, op. cit., nota 344, p. 92.

⁵⁰⁴ Ibid., p. 121.

⁵⁰⁵ MORGENSTERN et al., op. cit., nota 326, p. 18.

⁵⁰⁶ Ibid., p. 73.

do projeto de modo a permitir que a saturação da areia, tornando-a não compactada e fofa. Em igual forma, o rompimento se iniciou na ombreira esquerda em razão do recuo – realizado para corrigir uma galeria danificada na base do reservatório e possibilitar novos alteamentos –, o qual, por meio do histórico de lançamentos em desrespeito à praia mínima de 200 metros, permitiu a mistura de lama com areia e impediu a drenagem descendente⁵⁰⁷.

Jean Pierre Rémy, valendo-se da “teoria das derivas”, fornece uma interessante forma de compreender o porquê a barragem de Fundão rompeu. Sobre a teoria, explica o engenheiro⁵⁰⁸:

a teoria das derivas explica isso. As derivas costumam ser decorrentes do fato de que, em praticamente todos os desastres, deu-se prioridade a cumprir o objetivo de manter o ritmo de produção planejado mesmo que isso passasse por alguma mudança em relação à concepção e ao projeto original. Quem estava envolvido avaliou que, se fugisse um pouquinho do projeto original, não ia acontecer nada. Entretanto, acabou se afastando tanto da concepção e do projeto inicial que aconteceu o desastre. Um amigo meu, também muito experiente, comentou comigo: 'Todo mundo sabe o que derrubou a barragem de Fundão. Foi o excesso de confiança.' Eu estou dizendo a mesma coisa de outra forma. A gente tem que saber como funcionou o passo a passo para que cada passo possa ser identificado e que seu pedo seja avaliado para que o erro não seja repetido.

Assim, do ponto de vista da engenharia, poderiam ser consideradas como derivas responsáveis pelo desabamento, entre outras: a opção em se abandonar o dreno principal original, escolhendo adaptar o projeto em vez de reiniciá-lo; utilização do Dique 1A como reservatório provisório, misturando areia com lama em contradição com o Manual de Operações da barragem; A constante desatenção à praia mínima de separação entre a areia e a lama para ampliar a disposição de rejeitos; A realização e a manutenção do recuo na ombreira esquerda da barragem, a primeira por ser a opção mais barata e a segunda por possibilitar obras de expansão; A desenfreada busca pela expansão da capacidade da barragem e do reservatório para além do projeto original e os incessantes alteamentos, sempre com uma média anual para além da recomendada no Manual de Operações da barragem e na literatura pertinente à área, ambos visando expandir a produção de qualquer forma; A recorrente falha no monitoramento da barragem e na adequação dos instrumentos para tanto, seja por negligência, seja como forma de reduzir custos.

3.2. Estrutura organizacional e gestão de riscos

⁵⁰⁷ Ibid.

⁵⁰⁸ RÉMY apud SERRA, op. cit., p. 210.

O presente item tem como objetivo expor, de forma rarefeita, a estrutura organizacional da Samarco Mineração S/A dos grupos internos e externos envolvidos na gestão de barragens, principalmente no período de 2011 até o rompimento da barragem. Em igual modo, também é abordado o Manual de Riscos da empresa, principal o item da gestão de riscos. Objetiva-se, ainda que por um levantamento sem entrar nos pormenores, demonstrar a grande complexidade da organização empresarial da pessoa jurídica em comento, indicando a dispersão da informação e das decisões em diversos níveis da hierarquia e em órgãos colegiados, ainda que quase todos compartilhem do conhecimento acerca das consequências do rompimento da barragem, uma vez que consignado no Registro de Riscos.

Como acima já exposto, é comum que em grandes empresas haja o desmembramento das atividades de direção, da disponibilidade de informação e do poder de decisão, itens que se pretende indicar com a explanação em comento⁵⁰⁹. Tais difusões podem levar à impossibilidade de responsabilização ante a ocorrência de um fato típico, pois a pluralidade de ações realizadas por diversos indivíduos, obstarium a imputação da totalidade ou de parte importante do resultado de forma isolada, o que parece uma possível indicação da necessidade de se repensar na forma que compreendemos conduta penalmente relevante.

A estrutura de gestão de barragens da Samarco Mineração S/A era composta precipuamente por cinco órgãos, os quais se encontravam acima dos eixos de atuação. O ápice da hierarquia era ocupado pela Diretoria da empresa, decidindo sobre assuntos relacionados à gestão e governança, além de representar a empresa judicial e extrajudicialmente. Abaixo da Diretoria encontrava-se o Comitê de Barragens da Samarco (CBS), autoridade máxima em assuntos diretamente relacionados às barragens, órgão com representantes internos, como membros da Diretoria, membros da Diretoria de Operações e Infraestrutura, o Gerente-Geral de Geotecnia, e externos, como membros da ITRB⁵¹⁰.

Após a reestruturação ocorrida em 2011⁵¹¹, a consultoria independente da ITRB passou a reportar-se diretamente ao Comitê de Barragens da Samarco, tendo autonomia para atuação nos assuntos referentes a barragens e à disposição de rejeitos. Ao lado da ITRB encontrava-se a Gerência-Geral de Geotecnia (GGGT), responsável pela governança e gestão corporativa das barragens, respondendo pela segurança e pela operação delas, incluindo o planejamento estratégico e de longo prazo. Respondendo à Gerência-Geral de Geotecnia encontrava-se a

⁵⁰⁹ SANCHEZ, op. cit., p. 27.

⁵¹⁰ BRASIL, op. cit., nota 344, p. 166.

⁵¹¹ Ibid., p. 170.

Gerência de Geotecnia de Barragens (GGB), responsável técnico pela operação e manutenção das barragens, subdividindo-se em seis eixos de atuação, quais sejam, planejamento de longo prazo, planejamento de curto prazo, infraestrutura, monitoramento e inspeções, gestão de documentos, acompanhamento das auditorias⁵¹².

Representada em esquema gráfico, a estrutura de gestão de barragens da Samarco Mineração S/A seria assim:

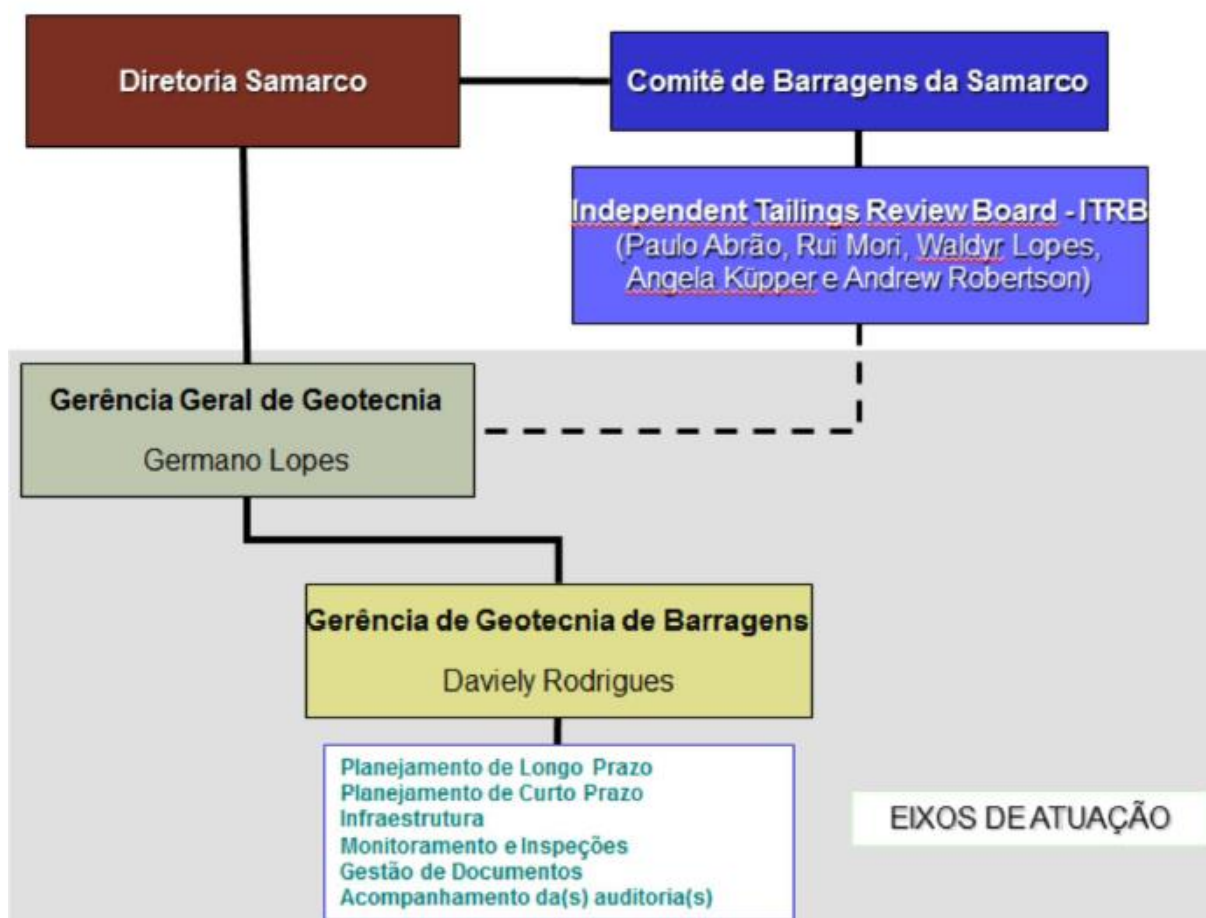


Figura 13 - Organograma Samarco S/A (Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/docs/denuncia-samarco>> Acesso em: 20 nov. 2020)

Como pontuado pelo Ministério Público Federal na denúncia, a definição de papéis e de responsabilidades na gestão de barragens seguia e seguinte estrutura:

Área	Papéis e responsabilidades
CBS	Órgão máximo da SAMARCO para assuntos ligados à disposição de rejeitos e gestão de barragens;
	Defini as regras das auditorias no sistema de disposição de rejeitos;
	Acompanha a Gestão das Barragens na SAMARCO, opina em questões de

⁵¹² Ibid., p. 165-167.

	gestão/gerenciamento, decidi prioridades de ações, conhece os indicadores de performance das barragens, e exige o cumprimento das recomendações do ITRB e das Auditorias.
ITRB	Checa, avalia e recomenda práticas operacionais, de construção/obras e de projetos, assim como de gestão de risco, para a garantia de uma gestão de barragens eficaz; Presta assessoria técnica e faz reporte rotineiro sobre barragens para o CBS (Comitê de Barragens da Samarco); Respalda as diretrizes estratégicas e táticas de Gestão e Barragens da SAMARCO, assim como da gestão dos riscos do sistema de disposição de rejeitos e das barragens; Promove uma análise crítica das práticas operacionais, de construção/obras e de projetos de barragens; Propõe ou recomenda ações para a melhoria da Gestão de Barragens da SAMARCO, incluindo a gestão de risco do sistema de disposição de rejeitos das barragens; Provém informações das boas práticas mundiais para gestão de barragens na área de mineração; Elabora e apresenta, ao final de cada auditoria, um relatório técnico com as conclusões e comendações sobre o sistema de disposição de rejeitos;
GGGT	Viabiliza recursos financeiros e cumpri as decisões da Diretoria SAMARCO e do CBS; Aprova e comunica o agendamento e planejamento das atividades do ITRB ou Auditorias; Cria e implanta a rotina de reportagem sobre as barragens para o CBS e Diretoria SAMARCO; Organiza e participa das reuniões periódicas do CBS; Participa das reuniões de fechamento das inspeções/vistorias do ITRB ou Auditorias; Conhece, analisa, controla e cobra o cumprimento das recomendações e ações propostas pelo ITRB ou Auditorias; Responsável técnico pela segurança das barragens operadas pela SAMARCO; Executa a Gestão e Governança da área de Geotecnia da SAMARCO; Elabora o planejamento estratégico e de longo prazo para o sistema de disposição de rejeitos (arenoso e lama) através do Programa de Disposição de Rejeitos – PDR, incluindo desenvolvimento de projetos tipo EC – Engenharia Central para o sistema de disposição de rejeitos; Elabora, coordena e atualiza o Plano de Emergência de Barragens SAMARCO;
	Responsável técnico pela operação das barragens do sistema de disposição de rejeitos da SAMARCO e pelas inspeções; Elabora o planejamento (curto e médio prazo), operacionaliza, monitora e inspeciona as estruturas que compõem o sistema de disposição de rejeitos (arenoso e lama). Também é responsável pelo monitoramento, inspeções e manutenção dos taludes industriais da SAMARCO; Contrata e faz a gestão de empresas especializadas em desenvolvimento de projetos e estudos (geotécnicos, hidrológicos, hidráulicos e civis) para o sistema de disposição de rejeitos e taludes industriais; Elabora projetos tipo BP – Baseado em Planta para o sistema de disposição de rejeitos; Faz a organização, a padronização e a guarda dos documentos referentes ao sistema de

GGB	disposição de rejeitos e taludes industriais da SAMARCO; Elabora, revisa e atualiza os programas de gerenciamento de rejeitos (arenoso e lama) e de água nos reservatórios das barragens, de operação, de manutenção, de inspeções, e de monitoramento do sistema de disposição de rejeitos; Articula e interage com áreas de interface, órgãos públicos e privados e com a sociedade da região de interferência das barragens; Dá apoio técnico para obtenção e manutenção do licenciamento ambiental das estruturas que compõem o sistema de disposição de rejeitos, incluindo a legislação do COPAM MG; Cobra e fiscaliza o gerenciamento da construção/obras do sistema de disposição de rejeitos, incluindo o controle de qualidade (Quality Control & Quality Assurance – QA/QC Program); Elabora, em conjunto com o ITRB ou Auditores, o Plano Anual de Auditorias, que considera o agendamento e planejamento das atividades ao longo do ano; Acompanha o gerenciamento dos programas e planos de gerenciamento do balanço hídrico da SAMARCO; Participa do monitoramento e inspeções rotineiras, e avalia os resultados obtidos; Analisa e caso necessário, participa dos projetos de disposição de rejeitos; Conhece os estudos anteriores e atuais nas disciplinas de meio ambiente, social & comunidade, arqueologia, espeleologia, riscos sísmicos, clima, hidrologia, hidrogeologia, geotecnia e geologia; Visão sistêmica dos processos de mina, beneficiamento e meio ambiente, para suportar o planejamento de fechamento ou descomissionamento do sistema de disposição de rejeito; Provem o ITRB ou Auditores, de relatórios de projeto e outras informações consideradas relevantes e/ou requisitadas pelos mesmos, com pelo menos 15 dias de antecedência das reuniões programadas;
Auditor Operacional	Executa auditoria operacional, conforme agendamento e planejamento definido em conjunto com a GGGT e GGB, incluindo inspeções/vistorias de campo, análises de documentos/informações, simulações e análises de comportamento; Elabora relatório final de auditoria contendo conclusões e as recomendações para práticas operacionais;
Consultor	Executa inspeções programadas, ou quando solicitado em função de fatos imprevisíveis; Faz a revisão de projetos e estudos do sistema de disposição de rejeitos (compliance reviews and cross check);
Projetista	Desenvolve estudos e elabora projetos conforme as necessidades e solicitação; Cria soluções de engenharia que sejam técnica e economicamente viáveis, em conformidade com as necessidades, com as legislações e normas vigentes, e solicitação da SAMARCO;

Quadro 1 - Papéis e responsabilidades para a gestão da Governança das barragens (Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/docs/denuncia-samarco>> Acesso em: 20 nov. 2020)

Como é perceptível, a estrutura organizacional da empresa não possuía uma definição clara das atribuições e das responsabilidades dos grupos internos e externos, sendo vaga e confusa a distribuição das competências de cada órgão, havendo até mesmo a acumulação de

função em mais de um órgão. Também é possível notar que o monopólio informacional dos detalhes dos projetos, construtivos e operacionais, permanecia com órgãos internos da companhia, mitigando a autonomia dos órgãos externos, os quais funcionariam como um contrapeso na gestão, desempenhando a atividade de fiscalização e aconselhamento.

Nesse sentido, seja em atas de reuniões⁵¹³, seja em oitiva no Ministério Público Federal⁵¹⁴, por diversas vezes os membros do ITRB reclamaram da falta de transparência e da desídia com que a Samarco Mineração S/A tratava sua estrutura de gestão de barragens. Da falta de disponibilização de informações essenciais com tempo hábil para realização dos trabalhos dos conselheiros, à embaralhada fixação de papéis no organograma, os consultores independentes classificaram como confusa a forma com que as atividades seriam aprovadas e geridas, indicando a necessidade de elaboração de “[...] um esquema simplificado de como os projetos seriam iniciados, executados, aprovados, construídos, como o *as-built* seria preparado, como seria operado/mantido, como haveria monitoramento e avaliação de riscos”⁵¹⁵. Sugestão que nunca foi seguida pela empresa.

Ainda sobre a estrutura de governança aprovada em setembro de 2011, o ITRB registrou que as barragens da Samarco Mineração S/A são estruturas extremamente perigosas, sendo as barragens de rejeitos mais altas do Brasil e tendo um elevado número de defeitos, bem como um fraco desempenho, assim o *engineer of record* (EOR), basicamente o engenheiro chefe, responsável desde a elaboração do projeto até o acompanhamento da operação da barragem – deveria ter capacidade técnica e experiência elevadas, além de ser informado de todos os aspectos da investigação, projetos, operação, monitoramento, manutenção e modificação do sistema de rejeitos⁵¹⁶. Contudo, mesmo sendo registrado por duas vezes em ata de reunião, em 2011⁵¹⁷ e em 2012⁵¹⁸, que o corpo técnico da empresa não possuía capacidade técnica e experiência necessárias para gerir as barragens, o contrato do engenheiro, projetista da barragem e indicado pela ITRB para acompanhá-la, Joaquim Pimenta de Ávila não foi renovado em 2012. Frisa-se que após sua recontratação em 2013, o citado engenheiro passou a trabalhar em posição completamente diferente da recomendada, sendo *design review* de projetos que objetivavam aumentar o espaço para a deposição de rejeitos advindos da expansão

⁵¹³ Ibid., p. 171-174.

⁵¹⁴ Ibid., p. 170.

⁵¹⁵ Ibid., p. 172.

⁵¹⁶ Ibid.

⁵¹⁷ Ibid.

⁵¹⁸ Ibid., p. 173.

da produção, remanescendo à posição de EOR nas mãos de membros da empresa inexperientes para tanto⁵¹⁹.

A consultoria externa também aponto falhas na estrutura organizacional, como a ausência do responsável pela operação do sistema de rejeitos, bem como de representantes de setores como Meio Ambiente, Saúde e Segurança etc. Nesse sentido, a denúncia, em tradução livre, reproduz trecho de ata de reunião⁵²⁰:

4.3 Gestão Operacional

O ITRB observou ausência de qualquer mecanismo de reporte sobre a gestão operacional em sua estrutura de governança. Uma vez que a operação é responsável por muitos aspectos do sistema de rejeitos, incluindo a entrega dos rejeitos em si (quantidade de areia e lamas ou misturas; dutos de deposição de rejeitos e bombeamentos determinando a localização das descargas) e operação da decantação etc., ela deve ser incluída na estrutura de governança. Outras divisões da empresa (Meio Ambiente, Segurança e Saúde, etc.) que possuem importantes responsabilidades na governança também não estão devidamente representados.

Cabe ainda destacar que até o rompimento da barragem a administração da Samarco Mineração S/A não tinha estabelecido uma rotina de fluxos de trabalho para a aprovação, a construção, a operação, o monitoramento e a avaliação de riscos relacionadas à barragem. Em igual forma, mesmo com as indicações da ITRB das inadequações na governança das barragens, a empresa não revisou de modo significativo seu organograma ou o funcionamento do setor, não ampliando o período e a frequência de inspeções e revisões do Órgão de Revisão. Por fim, ainda que o Comitê de Barragens da Samarco esteja previsto no organograma como órgão máximo para assuntos relacionados à disposição de rejeitos e à gestão de barragens, o mesmo nem sequer realizou reuniões a partir de fevereiro de 2014, permanecendo inerte até o rompimento de Fundão⁵²¹.

Como se pode observar, principalmente pelas indicações da consultoria independente, a gestão de barragens da Samarco Mineração S/A possuía uma organização confusa, com complexidade desnecessariamente exacerbada e opacidade na distribuição de funções. Para além da existência de falhas na representação de órgãos, como os setores relacionado ao meio ambiente, à saúde e à segurança, é possível vislumbrar falhas até no papel previamente definido, sugerindo contrabando de atribuição, uma vez que o órgão máximo de assuntos relacionados à disposição de rejeitos e à gestão de barragens, o Conselho de Barragens da Samarco, sequer

⁵¹⁹ Ibid., p. 174-175.

⁵²⁰ Ibid., p. 172.

⁵²¹ Ibid., p. 175-176.

funcionou por quase dois anos, incluso no quando do rompimento da barragem. Ademais, como extraído na oitiva de membros do ITRB⁵²² e de Joaquim Pimenta de Ávila⁵²³ em sede de investigação, bem como pelos fatos anteriormente narrados, é cristalino o constante desrespeito às recomendações e às advertências dos conselheiros externos por parte da Samarco Mineração S/A, mesmo quando os estudos apontavam para liquefação da barragem e pré-ruptura.

Não parece correto cogitar as falhas organizacionais como um mero acaso ou descuido, pois, além da capacidade esperada do corpo técnico e administrativo de uma empresa do porte da Samarco Mineração S/A, a administração possuía plena ciência dos desacertos em sua organização e dos riscos relacionados ao rompimento da barragem, como a frente melhor demonstrado. Em verdade, utilizando como exemplo a constante recomendação de instrumentalização e monitoramento da barragem feita pela ITRB e pela Pimenta de Ávila Consultoria e comparando com os gastos realizados com a barragem, a indiferença às recomendações técnicas se assemelham a um projeto de redução de despesas, incluso as com segurança, como a já comentada política sugerida pelo Conselho da Samarco.

A partir de 2012, como já apontado, ano em que o megaciclo das commodities começa a findar, foi implantado um severo regime de contenção contínua de gastos com a segurança da barragem. Considerando o valor-base dos custos do ano de 2012, R\$ 25.320.000,00, houve uma redução de 29% no ano de 2015, R\$ 18.975.000,00, sendo projetada uma redução de 38% para 2016⁵²⁴. Como exemplo de cortes que possibilitaram tal redução figura a restrição do dispêndio com serviços de consultoria e projetos para o ano de 2015, planejando a utilização dos profissionais da Samarco Mineração S/A, considerados inexperientes e sem a capacidade técnica necessária, em vez da contratação de profissionais capacitados, como recomendado pela ITRB⁵²⁵. Sobre o assunto, o Ministério Público Federal⁵²⁶ pontuou na denúncia:

considerando o Custo Histórico de Gerência de Geotecnia e Hidrogeologia (Base 2011), em que incluem os custos apresentados anteriormente e os custos orçados em 2016 (Orçamento 2016, Revisão 1, 2, 3 e 4), constata-se novamente que a tendência de queda nos custos não se expressa apenas nas despesas realizadas, mas também nos gráficos dos dispêndios orçados, inclusive nas revisões sucessivas, indicando uma política restritiva de custo. Tratou-se de uma decisão gerencial tomada pelo Conselho de Administração de incremento consciente dos riscos, economizando-se onde não se devia em um negócio que no ano anterior já tinha gerado um lucro líquido de R\$ 2.805.5 milhões para a Vale e a BHP.

⁵²² Ibid., p. 91, 94, 95, 107, 163, 170-173.

⁵²³ Ibid., p. 33, 88, 89, 135 e 139.

⁵²⁴ Ibid., p. 196.

⁵²⁵ Ibid., p. 194.

⁵²⁶ Ibid., p. 196.

Os riscos inerentes a essa política de redução dos custos com segurança em prol do lucro não eram desconhecidos pela Samarco Mineração S/A e nem por suas controladoras, Vale S/A e BHP Billiton. Além do conturbado histórico da barragem de Fundão, com mais falhas que o comum e soluções tampão para continuidade da atividade que desfiguraram o projeto inicial, a gestão de risco da empresa já trabalhavam com cenários de “falha crítica no processo de operação das barragens” e “falha crítica no processo de implementação de barragens e pilhas de estéril” ao menos desde 2009, ano em que as atividades da barragem foram suspensas em razão do comprometimento do sistema principal de drenagem⁵²⁷.

O Manual de Riscos Corporativos da Samarco Mineração S/A, vigente desde 30/10/2011, apresentava a governança e a metodologia da empresa para a gestão de riscos, a qual era dividida em três etapas: identificar, avaliar e tratar os riscos que poderiam influir nos objetivos da companhia. O objetivo principal era antecipar a resolução de problemas identificados, incidindo na definição de diretrizes, na previsibilidade do ambiente e no planejamento estratégico de organização⁵²⁸.

Dentre os denominados riscos operacionais, encontravam-se os riscos relacionados às barragens, os quais eram avaliados anualmente entre os meses de janeiro e junho. Já os riscos com maior repercussão financeira eram denominados de riscos materiais, sendo reportados em relatórios mensais da Gerência de Riscos e Seguros diretamente à Diretoria e aos Gerentes Gerais⁵²⁹. Ademais, conforme apuração do Ministério Público Federal⁵³⁰, corroborada pelo depoimento do ex-Gerente Geral de Riscos e Controles Internos da Samarco em sede de investigação, os assuntos relacionados à gestão de riscos eram tratados em reuniões de Diretoria, em Subcomitê, Comitês e Conselho de Administração, sendo levados aos acionistas, Vale S/A e BHP Billiton, ao menos em nove reuniões durante o ano.

O Registro de Riscos era o principal documento de avaliação, onde constava⁵³¹:

a) a descrição do risco, composta por informações sobre o responsável pelo risco, participantes e data da última avaliação, categoria (operacional, estratégico ou projetos), descrição do processo relacionado ao risco, histórico de ocorrências, indicadores associados ao risco e legislação aplicável; b) avaliação do risco, contendo os resultados e memória de cálculo do nível do risco, probabilidade, severidade, máxima perda possível (MPP), além de apresentar perspectivas futuras do risco e o

⁵²⁷ Ibid., p. 184

⁵²⁸ Ibid., p. 181.

⁵²⁹ Ibid., p. 181-182.

⁵³⁰ Ibid., p. 183.

⁵³¹ Ibid., p. 182.

ambiente de controle do risco (controles críticos avaliados); e c) o plano de ação contendo todas as ações, críticas e não críticas, relacionadas para tratamento do risco.

Tratam-se de documentos internos da Samarco Mineração S/A, os quais vieram a público com as investigações do Ministério Público Federal e revelaram que a empresa, bem como seus diferentes órgãos, possuíam conhecimento acerca da possibilidade de rompimento da barragem e das consequências que isso traria. Nesse sentido, exemplifica-se com o risco denominado “falha crítica no processo de operação de barragens”, incluso o rompimento da estrutura geotécnica em si, prevendo a ocorrência de até 20 fatalidades, impacto grave à terra, à biodiversidade, aos serviços ambientais, aos recursos hídricos ou ao ar, colapso parcial da ordem social, construção da empresa como diretamente responsável ou cúmplice de impacto severo aos direitos humanos, prejuízos de até US\$ 2.5 bilhões, entre outros.

Como colacionado na denúncia, a figura a seguir constava na página 18 do Manual de Riscos Corporativos da Samarco Mineração S/A, a qual tratava do risco de rompimento em comento:

Saúde e segurança	Meio ambiente	Comunidade	Reputação	Legal	Financeiro	Fator de severidade
>20 fatalidades. Incapacidade permanente (>30% do corpo) a mais de 100 pessoas.	Impacto grave (>20 anos) à terra, biodiversidade, serviços ambientais, recursos hídricos ou ar.	Colapso parcial da ordem social. Dano generalizado a itens da cultura global. Infração muito séria ao patrimônio cultural. Empresa diretamente responsável ou cúmplice de impacto severo aos direitos humanos.	Repúdio pela mídia e várias ONGs. Ação direta da empresa (incluindo ações de parceiros / contratados) resultando em problemas de reputação. Grandes protestos violentos (> 100 pessoas) resultando em fatalidades.	Perda da licença de operação válida. Encerramento forçado da operação. Processo de ato de concentração ou inquérito de práticas de corrupção no exterior.	USD 250 milhões – USD 2,5 bilhões	300

Figura 14 - Extraído da fl. 18 do Manual de Riscos Corporativos, que consta na pasta M – Política e manual, no DVD de fl. 268 – Anexo II V. 2, do PIC nº 1.22.000.03490.2015-78 (Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/docs/denuncia-samarco>> Acesso em: 20 nov. 2020)

De tal forma, parece claro que a empresa tinha ciência de todas as suas falhas organizacionais e técnicas, bem como dos riscos que delas poderiam advir. Corroborar para constatação do conhecimento dos riscos os trechos dos relatórios “2015 GGH 02 Falha Crítica no processo de implementação de barragens” e “2015 GGH 03 Falha Crítica no processo de

implementação de barragens” colacionados na denúncia pelo Ministério Público Federal⁵³². Os citados documentos avaliavam como não confiáveis os requisitos de operação e segurança de barragens, bem como qualificam como em estado crítico, necessitando de revisão urgente, o controle associado ao “Plano de Continuidade de Negócios” – barragens – e ao “Plano de Ações Emergenciais”. Ademais, as citadas análises preveem a possibilidade de ruptura pela liquefação do rejeito ensejadas pelo deslocamento do barramento principal para montante – dentro do reservatório – visando possibilitar a instalação de drenos para expansão do projeto, ou seja, era institucional a noção do grande risco inerente ao recuo da ombreira esquerda e da necessidade de reversão da situação.

Contudo, de forma paradoxal, no ano de 2013, período em que se intensificaram as falhas e “não conformidades” operacionais da barragem, com o surgimento de grandes rachaduras em diversas partes do Dique 1, os responsáveis pela gestão de risco começaram a apontar pela diminuição da probabilidade de ruptura. O principal lastro técnico para a avaliação em comento foi o levantamento bibliográfico, a maior parte de obras produzidas na década de 1960, indicando que o principal fator para ruptura de barragens de rejeito como a de Fundão era atividade sísmica de magnitudes significativas, algo raro no interior de Minas Gerais. Para a presente pesquisa não foram levantados elementos capazes de sustentar qualquer tipo de má-fé na confecção do citado relatório, mas é certo que o parecer veio ao encontro da política de redução de custos indicados pelo Conselho de Administração.

Tecidas breves linhas visando expor parte de fatos supostamente relacionados ao rompimento da barragem de Fundão, bem como rapidamente comentados itens da estrutura organizacional da Samarco Mineração S/A sobre barragens e a gestão dos riscos a elas inerentes, figura como apropriado realizar uma análise da narrativa aqui tecida em capítulo próprio. Adiante-se que a abordagem do tema se dará por três vieses diferentes, porém de forma interligada, utilizando prismas da economia política, da teoria do delito e o da política criminal.

⁵³² Ibid., p. 186-188.

4. ESTUDO DE CASOS EM PROL DA MODERNIZAÇÃO DO DIREITO PENAL

Elaborada uma plausível narrativa para os fatos delituosos da Samarco Mineração S/A no quando do colapso da barragem de Fundão, parece interessante a realização de uma breve correlação do caso explanado com o arcabouço teórico previamente levantado. Tendo em vista que na primeira metade do presente trabalho abordou-se diversos elementos em prol da modernização do Direito Penal e da teoria analítica do delito de forma abstrata, como reforço argumentativo da urgência e da importância do tema, soa pertinente uma tentativa de demonstração prática da incidência de alguns elementos discutidos.

Pelo curto espaço do presente estudo, bem como por seu objetivo, de nenhuma forma pretende-se exaurir os assuntos propostos, optando-se pela análise mais detida de apenas alguns pontos. Assim, por uma razão de organização, estrutura-se o exame em três itens diferentes, cada um voltado a contrastar o caso em estudo por um viés diferente, mas sempre com a finalidade de tornar o Direito Penal um mecanismo mais eficiente no combate da criminalidade do colarinho branco.

Primeiramente atenta-se às supostas falhas nos procedimentos de licenciamento ambiental e nos Estudos de Impacto Ambiental de Fundão, de modo a indicar a insuficiência do Direito Administrativo sancionador ou a criação de um “Direito de Intervenção” para tratar da lesão a bens jurídicos penalmente relevantes pelo desenvolvimento de atividades econômicas. Pois entende-se que o Estado, assim como diversas outras instituições sociais, está permeado pela ideologia neoliberal, tendo seus mecanismos fiscalizatórios, seus marcos regulatórios e a política de governo captados pela lógica de mercado. Por tal razão, em atenção aos comandos constitucionais vigentes, ressalta-se a necessidade da adoção de uma posição contra-hegemônica por parte da dogmática penal, de modo a desenvolver o Direito Penal Econômico hodierno como contraponto, rompendo com os paradigmas liberais.

Depois, considerando que a grande maioria das atividades econômicas são desenvolvidas por pessoas jurídicas e que a teoria do delito não se encontra suficientemente estruturada para abranger a criminalidade delas advinda, o segundo tópico é voltado a sugerir possíveis caminhos para dogmática no processo de modernização do Direito Penal. Assim, inicia-se tratando dos danos provenientes do rompimento da barragem de Fundão e, objetivando indicar uma melhor compreensão de tais máculas, aponta-se para a adoção da visão de bem jurídico coletivo de Hefendehl. Em sequência, percebendo que a conduta penalmente relevante é essencial para imputação penal, sugere-se alternativas à concepção ontológico-

personalista de ação por uma breve explanação da teoria significativa da ação. Por fim, atentando ao fato de que a culpabilidade é uma questão espinhosa e fulcral à responsabilidade penal, adentra-se no tema expondo uma possível interpretação da pretensão de reprovação da teoria significativa do delito e, logo após, aborda-se superficialmente as construções que fundam a culpabilidade dos entes fictícios em falhas organizacionais e riscos corporativos.

O terceiro e último ponto é dedicado a interpelar aspectos do caso sob ótica de alguns elementos da tríade consubstanciadora das ciências criminais. De tal maneira, pretende-se defender a necessidade de modernização do Direito Penal, rompendo com os paradigmas ucrônicos e seletivos de um Estado Liberal e adotando o modelo constitucionalmente erigido, o Estado Social.

Sendo os crimes da Samarco Mineração S/A em Mariana/MG provavelmente um dos maiores danos ambientais já ocorridos no Brasil e, por tal, um gritante exemplo dos riscos inerentes ao desenvolvimento irresponsável de atividades econômicas nos tempos atuais, visa-se analisar os delitos para desenvolver mecanismos capazes de impedir a repetição de condutas semelhantes – como ocorreu a perpetrada pela Vale S/A em Brumadinho/MG, deixando 264 mortos e 16 desaparecidos. Também é importante repisar que o sugestionado no presente trabalho nada mais é do que buscar meios para se efetivar os comandos políticos criminais da Constituição da República de 1988, os quais, escolhendo um Estado Social, ordenam a proteção de bens jurídicos coletivos, inclusive os relacionados ao campo econômico, por um viés penal – especialmente o Direito Penal Econômico – e com a ampla autorresponsabilização da pessoa jurídica.

4.1. A necessidade de um Direito Penal Econômico

Antes de analisar mais detidamente as posturas da Samarco Mineração S/A no crime da barragem de Fundão sob a ótica da teoria analítica do crime, parece necessária uma passagem sobre os mecanismos de controle estatais extrapenais. Pois previamente ao tratamento do como, deve se questionar o cabimento, ou não, da incidência do Direito Penal no caso em análise, de modo a preservar a natureza de *ultima ratio* do mesmo. Destaca-se que a citada avaliação também se presta a indicar a compatibilidade, ou não, de um “Direito de Intervenção”, como apontado por alguns estudiosos da Escola de Frankfurt, uma vez que este possui traços assemelhados ao Direito Administrativo sancionador, como o fito regulamentar por parte do Estado.

Por tal razão, o presente item objetiva realizar, de forma breve e não exauriente, pontuações sobre o Estudo de Impacto Ambiental de Fundão e acerca dos procedimentos de licenciamento em si, de modo a demonstrar sua cogitável insuficiência e a necessidade de incidência da última razão estatal – por conta da sua finalidade de prevenção geral negativa. Adianta-se a opção por uma abordagem interdisciplinar, sem conferir tanta relevância aos critérios técnico-jurídicos, mas dando maior enfoque aos processos sociais que culminam na eleição dos mesmos, pois entende-se que esse viés analítico melhor permite a transposição, com as devidas alterações, dos fatores possivelmente determinantes no setor da mineração para outros.

No quando do rompimento da barragem de Fundão, a Samarco Mineração S/A não possuía licença de operação da barragem, uma vez que a última renovação se deu em 2011, com validade até 2013. Ocorre que, tendo em vista os projetos de expansão da capacidade de depósito de rejeitos por meio da unificação das barragens de Germano e de Fundão, a empresa havia apresentado um novo EIA em 2013, sendo emitida, em 2014, a Licença Prévia e a Licença de Instalação para o projeto de otimização, bem como autorização para o alteamento e unificação das estruturas em junho de 2015⁵³³.

Como exposto no capítulo anterior, o primeiro licenciamento da barragem de Fundão também foi marcado por “excentricidades”, como a expedição da Licença de Instalação *ad referendum* após a “sensibilização” do secretário da FEAM, sem necessidade de atenção às seis condicionantes estipuladas na expedição da Licença Prévia e com ciência prévia do resultado do procedimento por parte da empresa antes mesmo da manifestação oficial. Ademais, o processo de licenciamento foi fragmentado em diversos pedidos, uma estratégia da empresa para subdimensionar os impactos socioambientais como um todo, pois dessa forma se consideraria cada projeto isoladamente, turvando a prestação de informações em audiências públicas⁵³⁴.

Outro ponto que salta aos olhos é a resolução da interferência do sistema de drenagem da “Pilha da Vale” na barragem de Fundão, constante como condicionante para expedição da Licença Prévia em 2007, a qual somente começou a ser corrigido no final de 2013. Por falhas como as ressaltadas, o grupo Política, Economia, Mineração, Ambiente e Sociedade

⁵³³ POEMAS. *Antes fosse mais leve a carga: avaliação dos aspectos econômicos, políticos e sociais do desastre da Samarco/Vale/BHP em Mariana (MG): relatório final*. [S. l.:s. n.], 2015, p. 50-51. Disponível em: <https://www.ufjf.br/poemas/files/2014/07/PoEMAS-2015-Antes-fosse-mais-leve-a-carga-vers%C3%A3o-final.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2020.

⁵³⁴ Ibid., p. 51.

(PoEMAS)⁵³⁵ pontua a partir do relatório elaborado em 2011 pela FASE e pelo ETTERN⁵³⁶:

atualmente, os processos de licenciamento ambiental de empreendimentos potencialmente poluidores ou geradores de grandes impactos podem ser definidos, a partir da leitura crítica, como apenas a uma etapa burocrática que visa garantir a obtenção das licenças previstas na legislação por parte do empreendedor. As instâncias políticas e econômicas envolvidas normalmente não consideram a possibilidade de não realização dos projetos, entendendo-os como dados e fundamentais ao desenvolvimento econômico. Só excepcionalmente os processos são indeferidos pelos órgãos ambientais, mas em geral a aprovação vem acompanhada de condicionantes que supõem ser passíveis de mitigar, compensar e impedir os danos socioambientais causados.

Em igual forma, pode-se vislumbrar incorreções no EIA da barragem de Fundão, elaborado em 2005 pela Brandt Meio Ambiente Ltda. Uma das exigências da legislação brasileira é a apresentação de alternativas locacionais do projeto, existindo outros dois vales cotados no caso de Fundão. Contudo, considerando a possível integração com a barragem de Germano no futuro, como já pontuado, o vale de Fundão foi escolhido sem levar em consideração a proximidade a Bento Rodrigues – distrito que não foi reconhecido vizinho ao complexo por não estar ao lado, mas à jusante da barragem – e a possibilidade do rompimento de Fundão também ocasionar o colapso da barragem de Santarém⁵³⁷.

A regulamentação ambiental nacional também determina que o EIA considere tecnologias alternativas e justifique a opção realizada dentre as outras. Contudo, o estudo em comento limitou-se a comparar dois métodos diferentes de construção de barragens, sem sequer cogitar outras possibilidades de deposição de rejeitos, como o espessamento da lama em pasta, os métodos de filtragem geotêxtil, o uso de cavas exauridas entre outros⁵³⁸.

⁵³⁵ “O Grupo Política, Economia, Mineração, Ambiente e Sociedade (PoEMAS) surge a partir da necessidade de compreender o papel social, econômico e ambiental da extração mineral em escala local, regional e nacional. O grupo é composto por pesquisadores e alunos com formações diversas e utiliza conhecimentos da economia, da geografia, da sociologia e das políticas públicas para analisar e avaliar os impactos que as redes de produção associadas à indústria extrativa mineral geram para a sociedade e para o meio ambiente. Além de pesquisas acadêmicas, o grupo também realiza atividades de extensão. Para tanto, desenvolve parcerias com organizações não-governamentais, movimentos sociais, sindicatos e comunidades que debatem ou sofrem efeitos das atividades extrativas minerais. Tais parcerias buscam contribuir para um entendimento crítico sobre o desenvolvimento econômico baseado nos recursos minerais” (POEMAS. *Inicial*. Disponível em: <https://www.ufjf.br/poemas/>. Acesso em: 27 ago. 2020).

⁵³⁶ ETTERN; FASE apud ibid, p. 49-50.

⁵³⁷ SANTOS, Rodrigo Salles Pereira; MILANEZ, Bruno. A construção do desastre e a 'privatização' da regulação mineral: reflexões a partir do caso do Vale do Rio Doce. In: ZHOURI, Andréa (org.). *Mineração, violências e resistências: um campo aberto à produção de conhecimento no Brasil*. Marabá, PA: iGua: ABA, 2018, p. 129-130. Disponível em: <http://www.aba.abant.org.br/files/20180308_5aa16473d6197.pdf> Acesso em: 19 nov. 2020.

⁵³⁸ Ibid., p. 130.

Quanto à exigência de mensuração de possíveis impactos, requerido pela Resolução nº 01/86 do CONAMA, a área diretamente afetada foi considerada como apenas a da barragem, limitando-se a indicação da microbacia do córrego de Fundão como o entorno. Já no tocante aos efeitos sociais, o distrito Bento Rodrigues era levado em consideração, mas somente como possível fonte de mão de obra. Assim, pode-se observar que o estudo subdimensionou as consequências, não levando em consideração a possibilidade de rompimento da barragem ou de extravasamento de rejeitos, entendendo como único resultado incidente sobre a sociedade o incremento na geração de empregos e na renda regional^{539, 540}.

De tal maneira, pode-se indicar a insuficiência do EIA para estimar os resultados da implementação de grandes projetos, mesmo com a posterior análise por parte da burocracia pública. Os gigantescos, muitos irreparáveis, danos ocasionados pelo rompimento de Fundão corroboram com o pensamento exposto, sendo nítida a desconformidade do estudo com a realidade. Em entendimento semelhante sobre o mencionado estudo, o grupo Política, Economia, Mineração, Ambiente e Sociedade ressalta⁵⁴¹:

os Estudos de Impacto Ambiental (EIA) na atualidade vêm apresentando problemas cruciais relacionados à mensuração e abrangência dos impactos socioambientais passíveis de serem provocados por empreendimentos de grande porte e a definição de quem será atingido, que na maioria das vezes estão subestimados. Casos como o da Samarco em Mariana, ou melhor, casos como o do desastre da Samarco/Vale/BHP sobre o rio Doce (para melhor expressar a abrangência da catástrofe), ajudam a demonstrar a "incapacidade" de previsão dos impactos de grande magnitude, as análises superficiais e inadequadas desenvolvidas pelos técnicos responsáveis pela elaboração dos estudos ou até mesmo algum tipo de má fé que subestima os efeitos negativos e superestima os pontos positivos de um grande empreendimento sobre as sociedades, o espaço e o meio ambiente atingido e que não informa seus impactos potenciais.

Ainda sobre a incompetência do EIA para estruturas de grandes vultos, adentrando na insuficiência da revisão burocrática pela máquina pública, continua o PoEMAS⁵⁴²:

⁵³⁹ Ibid., p. 130-131.

⁵⁴⁰ Nesse sentido, parece interessante destacar parte da conclusão do grupo PoEMAS sobre o EIA de Fundão: “Se por um lado, já se projetava a possibilidade de morte e ferimento a jusante (mesmo sem especificar os grupos ameaçados), por outro, nada consta sobre perdas de biodiversidade, econômicas, culturais (inclusive histórico-arqueológicas); sobre a interrupção nas rotas de circulação/mobilidade das cidades e comunidades (destruição de vias e pontos de acesso), no abastecimento de água das cidades, povoados, comunidades, famílias e propriedades camponesas; nos modos de vida, de sustento e subsistência (pesca, agricultura e pecuária, especialmente); e ainda nos desdobramentos psicológicos dos impactos. Não há, portanto, uma análise que considere o pior cenário possível de impacto da barragem do Fundão, com o rompimento, o extravasamento e escoamento do rejeito até a foz do rio Doce e a paralisação da operação da Samarco, resultando nos graves impactos sociais, econômicos, culturais e ambientais, coletivos e individuais, que estamos assistindo.” (POEMAS, op. cit., nota 533 p. 57.)

⁵⁴¹ Ibid., p. 50.

⁵⁴² Ibid.

não se pode desconsiderar, de maneira alguma, que estes estudos são posteriormente avaliados e referendados por toda uma burocracia pública, que em alguma medida possui corresponsabilidade sobre eventuais equívocos ou impactos inesperados, mesmo que as informações, levantamentos de dados e análises produzidas sejam de responsabilidade das empresas de consultoria.

Os crimes da Samarco Mineração S/A também são um bom exemplo de como as práticas corporativas e as opções técnicas das mineradoras sofrem poucas influências do poder público brasileiro responsável por sua regulamentação, em especial pela inépcia financeira, técnica ou operacional das agências de controle estatal. Pois, além de operar no ano de 2014 e 2015 sem a devida autorização, a barragem de Fundão, já em processo de pré-ruptura como apontado no capítulo anterior, foi considerada estável no inventário de 2014 realizado pela FEAM⁵⁴³. Em igual forma, cabe destacar a possibilidade de falhas na utilização de mecanismos de autorregulação, uma vez que a VogBR, contratada pela Samarco Mineração S/A, poucos meses antes do colapso, quando a barragem já apresentava nítidos sinais de liquefação do montante indicados inclusive pela própria prestadora de serviços, atestou a estabilidade da barragem⁵⁴⁴.

Pode-se exemplificar a ineficácia do aparato fiscalizatório do Estado com o Relatório Final da Comissão Temporária da Política Nacional de Segurança de Barragens (CTPNsb) do Senado Federal, segundo o qual existiam 660 barragens de rejeitos de mineração no Brasil em 2015, enquanto o DNPM possuía apenas 5 técnicos, responsáveis por todo território nacional, com formação em segurança de barragens no mesmo período. Ademais, o orçamento do Departamento é exíguo e, nos termos usados pelo relatório do Senado, o valor dedicado “[...] para fiscalização de atividades minerárias é assustadoramente baixo”⁵⁴⁵.

Corroborando com o entendimento supra o fato da Samarco Mineração S/A ter recebido apenas 18 autuações por motivos ambientais de 1996 a 2015, um parco número, o qual não parece decorrer de uma conduta plenamente escorregia da empresa⁵⁴⁶. Como exposto no capítulo anterior, somente com fiscalização *in locu*, realizada após o rompimento da estrutura, o DNPM soube da disposição de rejeitos da Vale S/A e das irregularidades ocasionadas em

⁵⁴³ Ibid., p. 59.

⁵⁴⁴ Importante ressaltar que a possível responsabilidade criminal pela elaboração e apresentação da declaração de estabilidade supostamente falsa ou enganosa pela VogBR e pelo engenheiro Samuel Santana Paes Loures também está em apuração na Ação Penal nº 0002725-15.2016.4.01.3822.

⁵⁴⁵ COMISSÃO TEMPORÁRIA DA POLÍTICA NACIONAL DE SEGURANÇA DE BARRAGENS (CTPNsb). *Relatório final*. Brasília, DF: [Senado Federal], 2016, p. 76. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/comissoes/mnas?codcol=1994&tp=4>> Acesso em: 19 nov. 2020.

⁵⁴⁶ SANTOS; MILANEZ, op. cit., p. 125.

Fundão por influência da pilha de rejeitos da mencionada companhia. Além do mais, é possível constatar que a irrisoriedade dos valores das penalizações aplicadas ante o valor da atividade desenvolvida, com grande relutância da empresa em arcá-los – preferindo a discussão administrativa e judicial da questão até as últimas instâncias –, o que torna o Direito Administrativo sancionador incapaz de ensejar mudança das práticas corporativas, pois figura como mais interessante embutir as sanções⁵⁴⁷ como custo de produção⁵⁴⁸. Sobre as multas aplicadas, Rodrigo Salles Pereira dos Santos e Bruno Milanez⁵⁴⁹ destacam:

por exemplo, em 2002, a mineradora foi autuada por assorear o córrego dos Macacos por conta da erosão das vias internas, irregularidade recorrente, para a qual já havia sido assinalada necessidade de correção pela FEAM. Em 2004, a empresa foi autuada por operar a barragem do Santarém e a transportadora de correia de longa distância sem a devida renovação de licença de operação, sendo multada em R\$ 7,4 mil, posteriormente reduzida para R\$ 3,7 mil. Em 2005, a empresa foi novamente autuada após a contaminação de águas com elevada turbidez nos extravasores de suas barragens e multada em R\$ 42,5 mil. Na mesma ocasião recebeu outra multa, no valor de R\$ 21,2 mil, por elevada emissão de particulados. Em janeiro do mesmo ano, a empresa foi multada por vazamento na barragem do Bermano, embora a multa nunca tenha sido expedida; após cinco anos o crime prescreveu e o processo foi arquivado (FEAM, 2006).

Não parece correto cogitar que a ineficácia do aparato estatal de fiscalização e controle das barragens de rejeito se dê por falta de verbas. Como exposto no Relatório Final da CTPNSB, no de 2015, apenas 17% da verba autorizada pelo DNPM para fiscalização foi transferida para o setor⁵⁵⁰. Em verdade, a insuficiência da seara administrativa mais se assemelha a um projeto, um sucateamento planejado com participação das empresas do setor, uma vez que os órgãos ambientais são apropriados por uma elite associado ao governo e ao setor empresarial⁵⁵¹. Nesse sentido⁵⁵²: “Carneiro (2005) identificou que a participação dos conselheiros do COPAM está condicionada a formas de ‘capital’ social, cultural e específica (processual), que legitimam uma participação oligarquizada nas decisões ambientais [...]”.

Uma abordagem que possivelmente explica as falhas nos mecanismos fiscalizatórios

⁵⁴⁷ Parece interessante colacionar uma das ponderações realizadas por José Maria de Castro Panoeiro ao abordar, a luz das teses de Roxin, a atual estruturação do ordenamento jurídico pátrio para lidar com a criminalidade: “[...] a primeira envolver o risco de que a redução da sanção penal à mera reparação abra espaço a que a previsão da multa decorrente do delito se enquadre na contabilidade de custos da própria empresa, o que induziria a mecanismos de compensação de eventuais prejuízos, ou risco do negócio.” PANOEIRO, op. cit., p. 131.

⁵⁴⁸ Ibid.

⁵⁴⁹ FEAM apud SANTOS; MILANEZ, op. cit. 125.

⁵⁵⁰ COMISSÃO TEMPORÁRIA DA POLÍTICA NACIONAL DE SEGURANÇA DE BARRAGENS (CTPNSB), op. cit., nota 545.

⁵⁵¹ SANTOS; MILANEZ, op. cit., p. 125.

⁵⁵² Ibid., p. 124-125.

do Estado pode ser obtida por meio da análise do setor minerário sob um prisma da economia política⁵⁵³. Considerando que as mineradoras são empresas globais e interdependentes de outras empresas, como siderúrgicas, indústrias compradoras do minério beneficiado, companhias de tecnologia, pode-se realizar o citado estudo pelo enfoque das redes globais de produção.

Redes globais de produção podem ser entendidas como arranjos econômicos, políticos e sociais que determinam a forma que o processo de extração e produção se dará⁵⁵⁴. A Escola de Manchester, idealizadora do conceito, define como⁵⁵⁵:

[...] um quadro conceitual que é capaz de apreender as dimensões social e econômica globais, regionais e locais dos processos envolvidos em muitas (embora de modo algum todas as) formas da globalização econômica. Redes de produção – o nexo de funções e operações interligadas através das quais bens e serviços são produzidos, distribuídos e consumidos – tornaram-se tanto organizacionalmente mais complexas quanto cada vez mais globais em sua extensão geográfica. Essas redes não apenas integram firmas (e partes de firmas) em estruturas que obscurecem fronteiras organizacionais tradicionais – por meio do desenvolvimento de diversas formas de relações de equidade e não-equidade –, mas também integram economias nacionais (ou partes dessas economias) de formas que possuem implicações colossais para seu bem-estar.

Assim, em continuação⁵⁵⁶:

ao mesmo tempo, a natureza e a articulação precisas das redes de produção centradas na firma são profundamente influenciadas pelos contextos sociopolíticos dentro dos quais elas estão enraizadas. O processo é especialmente complexo porque enquanto os últimos são essencialmente específicos ao território (principalmente, embora não exclusivamente, ao nível do Estado-nação), as redes de produção em si não o são. Elas ‘atravessam’ as fronteiras estatais de formas altamente diferenciadas, influenciadas em parte, por barreiras regulatórias e não-regulatórias e por condições socioculturais locais, para criar estruturas que são ‘descontinuamente territoriais’.

Para entender as redes, é preciso trabalhar com três categorias, quais sejam, valor, poder e enraizamento.

⁵⁵³ Para tanto, utilizar-se-á as noções básicas, mas aparentemente suficientes para o presente trabalho, transmitidas no curso de extensão sobre Economia Política na Mineração ofertado pelo PoEMAS. (ECONOMIA Política da Mineração - Unidades 1-5. [S. l.], [PoEMAS], 2020. 5 vídeos (ca613 min). Publicado pelo canal Grupo PoEMAS. Disponível em: <https://www.youtube.com/channel/UC_oSfBMk_uGrSyJHrxFblwA>. Acesso em: 19 nov. 2020.)

⁵⁵⁴ Rodrigo Salles Pereira dos Santos destaca que: “[...] o paradigma das redes de produção globais (RPGs) surgiu no início dos anos 2000 na Escola de Meio Ambiente e Desenvolvimento (SED) da Universidade de Manchester, Reino Unido. Os autores da chamada Escola de Manchester desenvolveram esta abordagem no âmbito do debate sobre a relação entre sistemas transnacionais de produção e desenvolvimento econômico”. (SANTOS, Rodrigo Salles Pereira dos. Redes de produção globais (RPGs): contribuições conceituais para a pesquisa em ciências sociais. *R. Pós Ci. Soc.*, [S. l.], v. 8, n. 15, p. 127-142, jan./jun. 2011. p. 129)

⁵⁵⁵ HENDERSON et al. apud Ibid., p. 130.

⁵⁵⁶ Ibid.

Em curtas linhas, valor é o objetivo de toda atividade econômica e pode ser entendido não só na noção marxiana de exploração do trabalho e extração da mais-valia, mas, atualmente, em uma concepção expandida. O trabalho não é o único elemento relacionado ao valor, apesar de ser o seu principal produtor, havendo outros fatores de ampliação, como a obtenção de rendas tecnológicas por meio da automação ou a flexibilização de parâmetros legais de segurança, ambos com o consequente rebaixamento do custo de produção e aumento do lucro⁵⁵⁷. Exemplifica-se a tentativa de ampliação da capacidade de auferir valor da Samarco Mineração S/A com as obras de implementação do sistema de disposição por ciclonagem de rejeitos no recuo da ombreira esquerda em 2014 – realizadas visando a redução de custos pela automação –, as quais foram responsáveis por aumentar a área e o tempo do recuo do eixo.

O poder é a capacidade de controle e de coordenação, a capacidade com que um ou mais agentes conseguem influenciar no comportamento de outros agentes para aumentar sua capacidade de auferir valor. O poder não é distribuído de forma estática ou igualitária, podendo ser vislumbrado em três formas: poder corporativo – exercido pelas empresas –, poder institucional – típico dos governos – e poder coletivo – pertencente a grupos sociais como ONGs e sindicatos⁵⁵⁸.

Importante destacar que o poder é compreendido sob uma concepção tridimensional⁵⁵⁹, assim: a 1ª dimensão, poder de decisão, é a disputa aberta, franca no âmbito do debate público, como no processo legislativo por exemplo; a 2ª dimensão, poder de não-decisão, é quando os atores conseguem fazer com que certas pautas nem entre em discussão, se favorecendo da omissão; a 3ª dimensão, poder ideológico, é a influência na vontade e no pensamento das pessoas de modo a fazer com que elas queiram o oposto de seu próprio interesse⁵⁶⁰. Exemplifica-se as consequências do poder corporativo da Samarco Mineração S/A, sob o prisma da 3ª dimensão, com os já citados protestos da população de Mariana/MG em prol da reabertura da companhia pouco tempo após o rompimento de Fundão, sob o argumento, para além da manutenção dos empregos, da geração de riquezas.

Já o enraizamento pode ser compreendido como a capacidade de influenciar nas

⁵⁵⁷ YOUTUBE. *Economia Política da Mineração* - Unidade 1. Apresentador: Rodrigo Santos. Debatedores: Maíra Mansur, Bruno Milanez. Mediador: Ricardo Gonçalves. [S. l.], [PoEMAS], 13 jul. 2020. 1 vídeo (ca124 min). Publicado pelo canal Grupo PoEMAS. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=7ddNStNXG14>>. Acesso em: 19 nov. 2020

⁵⁵⁸ Ibid.

⁵⁵⁹ Conceito pensado pelo sociólogo e cientista político Steven Michel Lukes em sua obra *Três faces do poder*.

⁵⁶⁰ YOUTUBE., op. cit., nota 557.

relações sociais *lato sensu* sobre a atividade econômica e seus agentes. Precipuamente existem três formas básicas de enraizamento: territorial, uma relação de condicionamento mútuo entre ação econômica e as dinâmicas sociais, políticas e econômicas; de rede, leva em consideração a importância das relações entre os agentes individuais ou coletivos na rede; social, concernente à história e às origens socioculturais dos agentes. Exemplifica-se o enraizamento territorial da Samarco Mineração S/A com a minero dependência⁵⁶¹ do município de Mariana/MG, o qual possui a maior parte de sua renda oriunda da mineração, acarretando na centralidade do setor no quando da elaboração e da execução de sua infraestrutura, de seu mercado de trabalho, de seus núcleos políticos, de suas políticas públicas⁵⁶².

Conforme expõe Bruno Milanez⁵⁶³, as três categorias estão conectadas, a estratégia de realização do enraizamento influenciará no poder do agente e na sua capacidade de auferir valor, por exemplo. Ou a grande capacidade de auferir valor e o poder a ela inerente podem ampliar a capacidade de enraizamento do agente. Assim, o poder econômico passa a influenciar diretamente nas decisões de governo, bem como na criação e na execução de políticas públicas – em exemplo, a ausência de reestruturação das atividades do setor minerário durante o início da pandemia da Covid-19 em 2020⁵⁶⁴.

⁵⁶¹ Chama atenção a influência que as mineradoras possuem em certos municípios no interior de Minas Gerais, como Itabirito e Congonhas. No caso da última, para além da economia, da infraestrutura e das políticas públicas, em sua maioria, dependentes e estruturadas pensando na mineração – sem a construção de um modelo alternativo de transição para quando se esgotarem os recursos naturais –, há um cinturão de barragens de rejeito em volta da cidade, algumas apresentando alto risco de ruptura, mantendo a cidade em constante alerta para o pior. Nesse sentido: MILANEZ, Bruno. Grandes minas em Congonhas (MG), mais do mesmo? In: Recursos minerais & sustentabilidade. v. 1. Rio de Janeiro: CETEM: MCTI, 2011, p.199-228. Disponível em: <<https://www.ufjf.br/poemas/files/2014/07/Milanez-2011-Grandes-minas-em-Congonhas-MG-mais-do-mesmo.pdf>>. Acesso em: 28 ago. 2020; PARREIRAS, Mateus. Moradores relatam desespero com tremor e barragem em Congonhas; veja vídeo. *Estado de Minas Gerais*, Minas Gerais, 26 nov. 2019. Disponível em: <https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2019/11/26/interna_gerais,1103878/moradores-relatam-desespero-com-tremor-e-barragem-em-congonhas-veja-v.shtml> Acesso em: 28 ago. 2020; OLIVEIRA, Junia. Veja como ficaria Congonhas (MG) em caso de rompimento das barragens locais. *Correio Braziliense*, Brasília, DF, 11 fev. 2019. Disponível em: <<https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/brasil/2019/02/11/interna-brasil,736670/veja-como-ficaria-congonhas-mg-em-caso-de-rompimento-das-barragens-l.shtml>> Acesso em: 28 ago. 2020.

⁵⁶² COELHO, Tádzio Peters. Minério-dependência em Brumadinho e Mariana. *Lutas sociais*, São Paulo, v. 22, n. 41, p. 252-267, 2018. p. 253-255. Disponível em: <<https://revistas.pucsp.br/index.php/ls/article/view/46681/pdf>> Acesso em: 19 nov. 2020.

⁵⁶³ MILANEZ apud Ibid.

⁵⁶⁴ Nesse sentido, matérias jornalísticas: STROPASOLAS, Pedro; BARBOSA, Catarina. Com aval do governo, mineradoras contrariam isolamento e seguem operando no país. *Brasil de Fato*, [São Paulo; Belém], 01 abr. 2020. Disponível em: <<https://www.brasildefato.com.br/2020/04/01/com-aval-do-governo-mineradoras-contrariam-isolamento-e-seguem-operando-no-pais>> Acesso em: 27 ago. 2020; PIMENTEL, Thais; FIÚZA, Patrícia. Pandemia do novo coronavírus avança em cidades mineradoras em Minas Gerais. *GI: Minas Gerais*, [Minas Gerais], 05 jun. 2020. Disponível em: <<https://g1.globo.com/mg/minas-gerais/noticia/2020/06/05/pandemia-do-novo-coronavirus-avanca-em-cidades-mineradoras-de-minas-gerais.ghml>> Acesso em: 28 ago. 2020; STROPASOLAS, Pedro. Mineração é motor da interiorização da covid-19 no país, denunciam movimentos. *Brasil*

Comumente, a intervenção das empresas no funcionamento do Estado se dá pela forma instrumental, por lobby, por financiamentos de campanhas, pela formação de bancadas parlamentares e afins. Porém não são os únicos modos, existindo meios mais sutis, como o oferecimento de cursos de formação de direito mineral para juízes, onde os magistrados aprendem sobre a matéria de interesse das mineradoras sob a tutoria dos advogados das empresas. Além, claro, de campanhas publicitárias, como informes imputando à mineração 4% do PIB nacional, sendo-a na verdade responsável por 0.64% – o setor extrativista todo é responsável por 4% do PIB, incluso o setor petrolífero –, ou destacando a mineração como atividade essencial sem qualificar qual mineração – por exemplo, 50% do ouro minerado no Brasil é destinado a confecção de joia e 30% ao mercado financeiro⁵⁶⁵.

Quanto essa última forma, a publicitária, interessante destacar a crescente “performatividade” ensejada pela financeirização, onde o enraizamento do mercado financeiro em estruturas sociais levanta discursos e crenças econômicas que moldam o funcionamento de certos mercados, tornando-os objetos e produtos⁵⁶⁶. Nesse sentido, Milanez, Mansur e Wanderley pontuam⁵⁶⁷:

compreendendo os mercados como estruturas e arenas sociais, onde firmas, fornecedores, clientes, trabalhadores e governos interagem e onde suas conexões afetam seus comportamentos (FLIGSTEIN, DAUTER, 2007), os mercados financeiros não devem ser considerados como configurações vazias, mas sim, como formas culturais densamente estruturadas e coordenadas (KNORR CETINA, 2012). Em outras palavras, os mercados financeiros estão enraizados em estruturas sociais (DE GOEDE, 2005). [sic]

Continuam os autores⁵⁶⁸:

considerando essa relação entre economia real e mercado financeiro, vem ganhando atenção na literatura especializada o conceito de ‘performatividade’. A noção abarca a dimensão cognitiva dos processos mercantis, ao implicar que qualquer discurso age em seu objeto, ou seja, as afirmações estão ativamente envolvidas na constituição da realidade que enunciam (CALLON, 2006). Dessa forma, sua mobilização leva em conta a contribuição dos discursos e das crenças econômicas na formação e no funcionamento de certos mercados, assim, possuindo poder criador da realidade mercantil que pretende explicar ou prever (LEBARON, 2012). Conforme observam

de fato [São Paulo], 04 jul. 2020. Disponível em: <<https://www.brasildefato.com.br/2020/07/04/mineracao-e-motor-da-interiorizacao-da-covid-19-no-pais-denunciam-movimentos>> Acesso em: 27 ago. 2020.

⁵⁶⁵ YOUTUBE., op. cit., nota 557.

⁵⁶⁶ MILANEZ, Bruno; MANSUR, Maira Sertã; WANDERLEY, Luiz Jardim de Moraes. Financeirização e o mercado de commodities: uma avaliação a partir do setor de mineral. *Revista Tamoios*, Rio de Janeiro, v. 15, n. 1, p. 104-125, 2019. p. 107-108 Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/tamoios/article/view/38676/29922>> Acesso em: 19 nov. 2020.

⁵⁶⁷ Ibid., p. 107.

⁵⁶⁸ Ibid.

Muniesa *et al.* (2007), nos mercados, a representação e a intervenção estão interligadas. Dessa forma, os mercados seriam objetos e produtos; '[da] engenharia financeira à pesquisa de marketing, as ciências do mercado são em si mesmas uma parte dos mercados' (MUNIESA *et al.*, 2007, p. 5).

Essa construção de uma ordem simbólica em torno do mercado é criada pela financeirização, ou seja, pelo assento ideológico no capitalismo financeiro, onde as finanças ampliam sua influência para além do mercado e passam a ingerir nas inter-relações econômicas, políticas, sociais, jurídicas, tecnológicas, culturais etc. O processo de financeirização constitui uma variante de mudança social, alterando a forma de obtenção de recursos e de canalização do dinheiro, bem como as relações de poder no corpo social⁵⁶⁹.

Como consequência, entre outras, pode-se colacionar a troca do modelo de governança corporativa para a valorização dos acionistas – *shareholder value*, típico do mercado financeiro norte-americano – por meio da maior distribuição de dividendos, ainda que em detrimento de outros atores da corporação, como os trabalhadores e a comunidade⁵⁷⁰. Nesse sentido, Maíra Sertã Mansur⁵⁷¹ ressalta que a capacidade de produzir valor no futuro passa a ser o nível de aferição da eficiência e da importância da empresa, o preço das ações torna-se a marcação, elemento que redefine as estratégias de ações da empresa. Essa política parece evidente na Samarco Mineração S/A no quando 115ª Reunião do Conselho, realizada em 02/04/2014, em que o Conselho aprovou a distribuição de dividendos adicionais no valor de R\$ 2.048.548.067,91 e deu indicações da necessidade de “melhorar seu desempenho de custos”, “elaborar uma análise de custos competitivos” e “realizar relatório sobre o progresso das iniciativas para melhorar a competitividade da SAMARCO em termos de custos”, mesmo com a barragem de Fundão quase em processo de pré-ruptura.

A financeirização e suas consequências políticas não são, por óbvio, um processo exclusivo do setor extrativista mineral. Em igual forma, a redistribuição do poder e da forma como ocorre o enraizamento também não o é, pois a reestruturação social para centralização do mercado financeiro advém do neoliberalismo. Nesse sentido, o próprio modo de extrair recursos naturais no Brasil sofreu influência direta da ideologia neoliberal.

Segundo Bruno Milanez⁵⁷², o extrativismo mineral, marcado pelo alto volume de

⁵⁶⁹ Ibid., p. 107-108.

⁵⁷⁰ Ibid., p. 106.

⁵⁷¹ YOUTUBE., op. cit., nota 557.

⁵⁷² YOUTUBE. *Economia Política da Mineração* - Unidade 2. Apresentador: Bruno Milanez. Debatedores: Tádzio Coelho, Karina Kato. Mediador: Luiz Wanderley. [S. l.], [PoEMAS], 14 jul. 2020. 1 vídeo (ca125 min). Publicado pelo canal Grupo PoEMAS. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=AGOWNmWdHmA&feature=youtu.be>>. Acesso em: 19 nov. 2020.

extração, baixo grau de processamento e grande exportação, tem sua matriz clássica firmada a partir da década de 80 do século passado. Sob a justificativa de um suposto crescimento econômico com consequente distribuição de forma espontânea, pregava-se pela transferência da extração ao setor privado, incentivando-se a privatização das empresas públicas, a flexibilização da regulamentação pública e a terceirização da mão de obra.

O início do *boom* das commodities nos anos 2000 criou dois novos modelos de extrativismo na América Latina, o progressista e o conservador ajustado. O chamado extrativismo progressista – Venezuela, Equador e Bolívia –, em que havia maior participação do Estado na renda oriunda da extração mineral, revertia os recursos ao combate da desigualdade social. Por sua vez, o neoextrativismo conservador ajustado – Peru e Colômbia – era marcado pelo ajuste do modelo clássico, fortalecendo o controle do mercado no setor, principalmente pela entrada do capital internacional e a financeirização das empresas⁵⁷³.

Durante os anos de governo do Partido dos Trabalhadores – 2003 a 2016 –, o Brasil podia ser compreendido como um extrativismo dito progressista, pois o governo levantava propagandas e medidas do modelo voltado ao social, mas permitia o ajustamento do modelo clássico por meio da entrada do capital internacional e do mercado financeiro. Com o impeachment de Dilma Rousseff, o Brasil muda seus traços e, sob o comando de Michel Temer, o Estado assume um papel de coadjuvante na exploração natural, aumentando a fronteira mineral e esvaziando o papel da Companhia de Pesquisa de Recursos Minerais (CPRM) em prol da iniciativa privada. Assim, o país passa a agir em semelhança ao neoextrativismo liberal conservador, onde o principal foco dos recursos da mineração é a redução da dívida pública e não o combate a desigualdade social⁵⁷⁴.

Por sua vez, no governo de Jair Bolsonaro, o Brasil assume contornos de um neoextrativismo ultraliberal e marginal. Ultraliberal em razão da redução na fiscalização⁵⁷⁵, da facilitação de obtenção de licença e concessão de lavra, bem como outras medidas que visam propiciar ainda mais a soberania da iniciativa privada no setor mineral. Marginal em razão do

⁵⁷³ Ibid.

⁵⁷⁴ Ibid.

⁵⁷⁵ Como exemplo têm-se a ínfima utilização de verbas para planejamento de ações de prevenção e combate aos desastres ambientais por parte do Ministério do Meio Ambiente em 2020, o qual, até setembro do citado ano, utilizou menos de 1% do montante disponível (JORNAL NACIONAL. Ministério do Meio Ambiente não gastou nem 1% da verba para preservação, diz levantamento. *G1*, [S.l.], 16 set. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2020/09/16/ministerio-do-meio-ambiente-nao-gastou-nem-1percent-da-verba-para-preservacao-diz-levantamento.ghtml?utm_source=facebook&utm_medium=social&utm_campaign=g1> Acesso em: 18 set. 2020)

incentivo a realização da atividade em territórios indígenas e em áreas de proteção ambiental⁵⁷⁶.

Ademais a Agência Nacional de Mineração, autarquia de regime especial criada em 2017, demonstra grande proximidade ao setor, havendo declarações públicas do Superintendente de Pesquisa e Recursos Minerais, Carlos Cordeiro Ribeiro, no sentido da desnecessidade de fiscalização *in locu*, colocando-a como último recurso, sendo a postura institucional simplesmente confiar nas declarações e informações trazidas pelas mineradoras. O comportamento das agências reguladoras como promotoras das atividades que deveriam fiscalizar se dá em razão de sua própria estruturação de matriz neoliberal, permitindo, conforme a literatura especializada no assunto, a sua captura com a inserção de membros da iniciativa privada na cúpula do órgão técnico, de modo a favorecer os setores que deveriam fiscalizar⁵⁷⁸.

Como se pode perceber, a difusão da ideologia neoliberal⁵⁷⁹ tem levado à maximização do poder corporativo e, conseqüentemente, do seu enraizamento em todos os setores da sociedade. As políticas públicas são elaboradas, em sua maioria, considerando apenas a maximização dos lucros, removendo barreiras pré existentes, seja pelo sucateamento de órgãos e de sua atuação, seja pela captação de agências reguladoras. A relação promíscua entre o poder público e o setor privado não é novidade, havendo casos, como em 2015, onde a elaboração de um novo código de mineração apresentado à Câmara dos Deputados por parlamentares foi realizada por advogados de mineradoras⁵⁸⁰.

Daniel Jiménez, Ignasi Bernat, Alejandro Forero, David Whyte e Steve Tombs,

⁵⁷⁶ YOUTUBE., op. cit., nota 572.

⁵⁷⁷ Nesse sentido, interessante pontuar o nítido processo de desmonte de órgãos de fiscalização do meio ambiente e a concessão de anistia para desmatadores no começo de 2020. (PRAZERES, Leandro. 'Boiada' de Salles incluiu demissão de fiscais, anistia a desmatadores e submissão do Ibama a militares na Amazônia. *O Globo* [online], [S.l.], 25 mai. 2020. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/boiada-de-salles-incluiu-demissao-de-fiscais-anistia-desmatadores-submissao-do-ibama-militares-na-amazonia-24443867>> Acesso em: 27 ago. 2020).

⁵⁷⁸ YOUTUBE., op. cit., nota 572.

⁵⁷⁹ Nesse sentido, parece interessante pontuar parte do raciocínio do livro *Pilhagem: quando o Estado de Direito é ilegal*, de autoria dos professores da Universidade da Califórnia Ugo Mattei e Laura Nader. Entendendo a distribuição injusta de recursos, privilegiando os fortes em detrimento dos fracos, os professores indicam um processo hegemônico de apropriação em que o Estado de Direito favorece a opressão. O neoliberalismo, entendido como o conjunto de práticas sociais, políticas, econômicas, jurídicas e ideológicas influenciadas pela lógica de mercado, é o motor econômico da pilhagem, pois o *soft power* é muito mais eficiente para esse fim. Assim, a reiteração das práticas neoliberais cria um judiciário apático, submisso ao poder econômico e incapaz de agir de forma contra hegemônica. (MATTEI, Ugo; NADER, Laura. *Pilhagem: quando o Estado de Direito é ilegal*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.)

⁵⁸⁰ Nesse sentido: SENRA, Ricardo. Novo código da mineração é escrito em computador de advogado de mineradoras. *BBC Brasil*, São Paulo, 7 dez. 2015. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/12/151202_escritorio_mineradoras_codigo_mineracao_rs> Acesso em: 27 ago. 2020.

analisando o processo de financeirização do direito à moradia na Espanha e apontando para uma cooperação simbiótica entre os entes privados e os Estados – a qual molda toda a formação sócio-histórica do que é o crime e mantém as condições endêmicas de desigualdade social⁵⁸¹ –, também apontam para captação ideológica e estrutural do setor público pelo neoliberalismo e indicam sua atuação em prol das classes mais abastadas. Nesse sentido, os citados autores apoiando-se em Harcourt⁵⁸² colocam:

sin duda, no hay una division clara entre estado y corporación, no hay una <lucha antagónica> entre instituciones públicas y privadas sino una <cooperación simbiótica> (Tombs 2012, p. 174). La relación entre actores públicos y privados en la financiarización es un proceso de concentración del poder de clase. (...) La simbiosis mercado-estado ha convertido el derecho a la vivienda en un mecanismo predatorio del poder corporativo. El poder corporativo creció tanto en su marco de impunidad que no parecía preocuparse por la legalidad de sus prácticas, como si la debacle financiera y económica fuese un fenómeno natural y nadie pudiera interferir en el <funcionamiento eficiente de los mercados> [sic].

Pela mencionada condescendência, a ineficiência na atuação dos órgãos ambientais, como demonstrado no caso do rompimento da barragem de Fundão, tende a ser cada vez mais comum⁵⁸³, razão pela qual não se pode confiar exclusivamente no Direito Administrativo sancionador ou nas medidas privadas para tratar da matéria⁵⁸⁴. Em igual sentido, não parece acertado sonhar com um futuro “Direito de Intervenção” para regular matéria atual e urgente como as ameaças e as lesões diárias à bens jurídicos penalmente relevantes – sobre as quais,

⁵⁸¹ HARCOURT apud JIMENÉZ, Daniel et al. Financiarización y criminología del saqueo. In: CRESPO, Eduardo Demetrio; MARTÍN, Adán Nieto (dirs.). *Derecho Penal Económico y Derechos Humanos*. Coordinadores: Manuel Maroto Calatayud, M^a Pilar Marco Francia. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018. p. 28.

⁵⁸² Ibid., p. 38-39.

⁵⁸³ Ainda sobre a financeirização e a cooperação simbiótica entre agentes privados e Estado, parece interessante destacar que: “*como hemos visto, una menguante minoría de actores muy poderosos toma decisiones vitales para la economía global, aunque eso no significa que dicha minoría controle realmente la economía. La tendencia dominante en los estudios sobre la globalización afirma que las multinacionales están sustituyendo al poder de los estados, y los datos recién expuestos, si se presentan fuera de contexto, parecen confirmarlo. Pero el error de mucho analistas consiste en considerar el auge del poder corporativo como um efecto de la reducción del poder estatal y la tendencia a desregular y privatizar se presenta como una <prueba> de esa relación substitutiva. Sin embargo, es en los períodos de crisis económica y social cuando queda más clara la base real de la relación mercado-estados (Whyte 2013). Los rescates bancarios que siguieron a la mal llamada <crisis crediticia> son uno de esos momentos en que los gobiernos nacionales intervienen para salvar a la banca <privada> del colapso del mercado, intervención que no se contempla ante una deslocalización que amenaza cientos de puestos de trabajo o ante la propuesta de limitar la remuneración de los ejecutivos. En el rescate bancario, la mano <invisible> del mercado deja de actuar como <mercado> para dar paso a la mano (más visible) del estado. La ilusión de una separación formal del poder entre estados y empresas saltó en pedazos cuando los gobiernos corrieron a salvar a sus bancos*”. [sic] (Ibid., p. 45.)

⁵⁸⁴ Em partes, a crença de que o Direito Penal seja o ideal para tratar da matéria, vem do fato de que os seus operadores – juízes e membros do Ministério Público –, diferentemente de servidores ou funcionários públicos do executivo, possuem prerrogativas funcionais de estirpe constitucionais mais amplas, as quais objetivam garantir a independência funcional e a plena aplicação do ordenamento jurídico.

indubitavelmente, a última razão do Estado deve incidir.

Por óbvio, não se defende a pura e simples incidência do Direito Penal, com mudanças legislativas ou não⁵⁸⁵, para o tratamento da criminalidade oriunda dos setores econômicos. Como já pontuado, ainda que a Constituição da República não fixe parâmetros neoliberais, a ideologia estatal tem aderido fortemente à lógica do mercado, sendo ingênua a crença da possibilidade do advento espontâneo de mecanismos estatais de controle eficientes dos agentes do mesmo. Assim, será de pouca eficácia a utilização da *ultima ratio* estatal sem que haja uma mudança de como a doutrina pátria enxerga o Direito Penal, sem que se estruture um sólido e abrangente Direito Penal Econômico, sem a mudança do viés liberal, seletivo e inaplicável em face do *Kavaliersdelikte*.

No âmbito dogmático penal, também é possível constatar a permeação da ideologia neoliberal ao analisar teses como a aplicação da co-culpabilidade aos crimes do colarinho branco, a qual, inserindo a lógica do mercado na construção do campo jurídico, estrutura o pensamento penal em benefício do criminoso econômico. Em curtas linhas, pode-se dizer que a co-culpabilidade, pensada por Zaffaroni, possui fundamento na igualdade material, no sentido de que não é justo que o Estado puna igualmente pessoas que a sociedade ofereceu oportunidades desiguais⁵⁸⁶. Parte da doutrina nacional se apropria de modo torpe da teoria e, dissimulando seus fundamentos e seus objetivos, sustenta uma vitimização do criminoso do colarinho branco, fundada em argumentos genéricos para imputar uma pretensa “culpa” ao Estado pelo delito, transferindo a responsabilidade pela conduta criminosa do agente privado

⁵⁸⁵ Sobre a insuficiência de simples alterações legislativas para o controle de riscos ambientais, parece interessante colacionar o entendimento de Leonardo Simões Agapito, Matheus de Alencar e Miranda e Túlio Felipe Xavier Januário no sentido de que: “[...] para além de expansão da legislação, é necessário entender sua aplicação e exigibilidade. Não há hoje análise de impacto regulatório da legislação ambiental e muito menos das relações de captura a partir da regulação posta, o que torna a análise de mudança de marco legal pouco produtiva. Os casos da Petrobrás na área de petróleo e da Samarco e Vale na área de mineração demonstram tendência de captura dos agentes estatais. E não se espera, por ora, comportamento distinto por parte dos reguladores estatais, pois a causa-raiz do problema se mantém: a econômica nacional depende da extração de *commodities*, atividade exercida por um pequeno grupo de empresários, poderosos o suficiente para capturar mais do que a regulação ambiental. (...) por mais que existam marcos de controle de riscos ambientais desenvolvidos, como é o caso do Marco de Sendai, sugerido como alternativa “para a redução substancial, no Brasil, dos riscos de desastres e de impactos ambientais, sanitários e socioeconômicos que os mesmos provocam”, não basta citar sua existência e esperar por marcos legais que o exijam. É necessário, em verdade, aprimorar a capacidade de execução do marco regulatório, sendo imperativo melhorar a fiscalização, integrar as diversas formas de controle social (formal e informal), impor a medição sobre quais medidas funcionam e quais não funcionam, além de apontar a causa-raiz do funcionamento e das falhas apuradas, bem como demonstrar qual mudança de comportamento foi apurada a partir do rearranjo gerencial imposto à atividade econômica.” (AGAPITO, Leonardo Simões; MIRANDA, Matheus de Alencar e; JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. A ganância econômica e os crimes ambientais: a sustentabilidade como parâmetro para o risco permitido no direito penal ambiental. *Derecho Penal y Criminologia*, Buenos Aires, v. 10, n. 1, p. 169-187, fev. 2020. p. 175-176).

⁵⁸⁶ PANOIRO, op. cit., p. 143.

para a política de juros, a carga tributária, a variação cambial entre outros⁵⁸⁷.

Ademais, é preciso ter em mente que a delinquência econômica, quando não é afastada formalmente desse rótulo, goza de certa indulgência dos tribunais e da imprensa, servindo um “Direito de Intervenção” apenas para a manutenção de privilégios dos estamentos sociais mais abastados⁵⁸⁸. Citando os apontamentos de Foucault em *Vigiar e Punir*, Luis Gracia Martín⁵⁸⁹ chama atenção para forma desigual com que as formulações legais e as sanções recaem sobre as diferentes classes sociais, de modo a excluir da força penal a, por vezes mais lesiva, criminalidade do colarinho branco:

com as novas formas de acumulação do capital, (...) nesse movimento que faz passar de uma sociedade da exação jurídico-política para uma sociedade da apropriação dos meios e dos produtos do trabalho (...) a economia das ilegalidades foi reestruturada com o desenvolvimento da sociedade capitalista; separação que encobre uma oposição de classes, já que, de uma parte, a ilegalidade mais acessível às classes populares é a dos bens: transferência violenta de propriedades; e, de outra parte, à burguesia está reservada a ilegalidade dos direitos: a possibilidade de elidir seus próprio regulamentos e suas próprias leis; de conservar todo um imenso setor da circulação econômica à margem da legislação, em limites previstos por seus silêncios, ou liberados por uma tolerância de fato; [sic]

Continua a citação⁵⁹⁰:

e essa grande redistribuição de ilegalidades vai se traduzir inclusive em uma especialização dos circuitos judiciais: para as ilegalidades de bens – para o roubo –, os tribunais ordinários e as punições; para as ilegalidades de direitos – fraudes, evasões fiscais, operações comerciais irregulares –, jurisdições especiais, com transações, composições, multas reduzidas, etc.; a burguesia reservou-se a fecunda da ilegalidade dos direitos.[sic]

Parte de um possível caminho é o depósito de esforços no terceiro escopo de poder supracitado, no corpo social organizado, capaz de exercer poder coletivo para rearranjar o enraizamento das empresas, diminuindo a influência delas sobre a forma com que o Estado estrutura e executa seu corpo normativo. Mais detidamente, dentro do campo jurídico, no embate dogmático entre o discurso de resistência e a visão em prol da expansão do Direito Penal, é preciso que os operadores do Direito se posicionem de forma contra-hegemônica, enxergando a seletividade do Direito Penal – sua condescendência para com a criminalidade econômica, bem como sua preferência pela obra tosca da criminalidade e pelos agentes

⁵⁸⁷ Ibid., p. 150-151.

⁵⁸⁸ GRACIA MARTÍN, op. cit., p. 129-130.

⁵⁸⁹ FOUCAULT apud Ibid., p. 130-131.

⁵⁹⁰ Ibid., p. 131.

estigmatizados, contribuindo para a perpetuação do *status quo*.

Sobre a necessidade de uma atuação contra-hegemônica no campo jurídico, parece interessante o pontuado por Carolina Machado Saraiva Maranhão e por Pamella Thais Magalhães Ferreira⁵⁹¹ acerca da capacidade de denúncia da área de estudos organizacionais. Assim, ao tratar da relação cooperativa entre as empresas e o Estado e a leniência do segundo para com os crimes corporativos, pontuam as autoras:

[...] o Estado perdeu grande parte de seu poder de regulamentação e legitimidade diante do cenário capitalista, sendo ainda que a ocorrência dos crimes corporativos pode ser considerada como advinda de um acordo de cooperação entre o Estado e as empresas e, além disso, a ocorrência do crime corporativo também é influenciada pela tomada de decisões dos gestores baseados em critérios e hábitos disseminados pela própria organização. Diante disso, acredita-se na capacidade de denúncia da área de estudos organizacionais demonstrando o lado sombrio das organizações, bem como o crime corporativo, uma vez que o poder público e os gestores não são alheios a esse fenômeno e, portanto, não apresentarão um comportamento crítico diante dos fatos ocorridos.

Como já assentado, a Carta Política estrutura um Estado Social, legitimando a intervenção do Estado nas atividades econômicas, inclusive pelo viés penal. De igual maneira, a ineficácia dos modelos de regulamentação puramente administrativos ou privados – seja pela sua captação no processo de financeirização, seja pela sua pequena eficácia punitiva – pode ser constatada com a sua incapacidade de modificar o comportamento das companhias. Assim, demonstrada a possível insuficiência dos mecanismos extrapenais de controle estatal, deve-se aliá-los ao Direito Penal Econômico, o qual incrementará a possibilidade de mudança de políticas corporativas por meio da sua função preventiva geral intimidatória e abrangerá os possíveis novos riscos por meio dos tipos penais de perigo abstrato.

Importante frisar que não se trata de inviabilizar a atividade econômica, mas, de como no já citado pensamento de Eros Grau, proteger o capitalismo dos capitalistas, salvaguardando bens jurídicos penalmente relevantes – em especial os supraindividuais –, incluso a própria confiança no mercado. Nesse sentido, tendo em vista que o formato corporativo é o modelo de organização preferido dos capitalistas – principalmente por permitir a melhor alocação de recursos, a escolha de condições e localizações para operação, bem como por conceder tratamento diferenciado por parte dos governos, como os benefícios fiscais ou as limitações de responsabilidades –, o mais comum é que os crimes do colarinho branco se deem no bojo ou,

⁵⁹¹ MARANHÃO; FERREIRA, op. cit., p. 83-84.

ao menos, com a participação de pessoas jurídicas⁵⁹².

Por tal razão, tendo ciência da necessidade de aprimoramento da teoria do delito para compreensão da criminalidade oriunda dos entes fictícios, dando continuidade ao estudo de casos, passa-se a analisar as posturas da Samarco Mineração S/A no rompimento da barragem de Fundão. Como já pontuado, a responsabilidade penal das pessoas jurídicas é uma verdade no Ordenamento Jurídico pátrio, inclusive com previsão constitucional de modo exemplificativo – o que permite sua ampliação para além dos crimes ambientais –, razão pela qual não há pretensão de adentrar na discussão acerca de seu cabimento ou não, mas ventilar possíveis modos de sua realização.

4.2. A necessidade de modernização da teoria analítica para abranger amplamente as pessoas jurídicas e os crimes da Samarco Mineração S/A

Como acima exposto, ainda que se tenha a implementação de uma agenda política neoliberal, voltada para a instalação da lógica do mercado financeiro em todos os aspectos do Estado, a atual Carta Política não fez tal opção, prevendo um Estado Social. Em igual forma, ainda que surjam diversas vozes defendendo a retorno do Direito Penal da Ilustração, ideal anacrônico e ucrônico, destoante da realidade o século XXI e que, em verdade, nunca existiu na prática, a Constituição da República de 1988 traz um rol de bens jurídicos penalmente relevantes merecedores de tutela e, de modo exemplificativo, deixa claro a possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica. Portanto, visando assumir um papel contra-hegemônico dentro da dogmática pátria, passa-se a tentar colaborar com desenvolvimento crítico de uma teoria do crime capaz de compreender os entes fictícios.

Para tanto, o presente item pretende correlacionar alguns pontos acerca da teoria do delito suscitados no segundo capítulo com os possíveis comportamentos da Samarco Mineração S/A relatados no terceiro capítulo e as consequências deles advindos. Objetiva-se debater, de forma breve e não exauriente, algumas das possibilidades de mudança da clássica teoria do delito e de resignificação de determinados institutos ante uma visão dualista dos bens jurídicos penalmente relevantes e frente a teoria da ação significativa, bem como do modelo de autorresponsabilidade penal da pessoa jurídica. Em igual forma, também se propõe uma breve recapitulada de algumas das já elencadas teorias da culpabilidade da pessoa jurídica visando

⁵⁹² Ibid., p. 80.

contrastá-las com o caso concreto em análise. Assim, por uma questão organizacional, opta-se por abordar cada um dos três pontos mencionados em tópico próprio.

Repisa-se que de nenhuma forma se pretende percorrer todos os pontos passíveis de debate na teoria do delito, muito menos de encerrar qualquer discussão sobre o tema. Ao contrário, objetiva-se apenas uma rarefeita passagem por certos aspectos, de modo a conjecturar alternativas e fomentar o estudo da área, mas se posicionando de forma clara e evidente pela necessidade de modernização do Direito Penal e sua reestruturação. Pois, compreendendo o delito como uma artificialidade advinda dos processos comunicativos e, portanto, moldado por variados fatores sociais, a teoria analítica do delito deve coadunar com os momentos históricos e com os processos de inter-relação dos diferentes grupos sociais.

4.2.1. Bens jurídicos coletivos e os crimes da Samarco Mineração S/A

Como já pontuado, parece mais acertado o entendimento de que a missão do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos⁵⁹³, compreendendo-os como limitações ao poder punitivo estatal erigidas pelas balizas político-criminais de estirpe constitucional⁵⁹⁴. De tal maneira, a ação ou a omissão relevante ao Direito Penal, passível de exercício do monopólio do *ius puniendi* estatal, é aquela que ameaça ou lesiona bens jurídicos penalmente relevantes, ou seja, que possuem tipicidade em sua dimensão material⁵⁹⁵.

Em relação ao conteúdo material dos bens jurídicos, é importante atentar ao fato de que a alta complexidade da sociedade do século XXI, a criação de novos riscos pelo desenvolvimento de atividades econômicas em enormes vultos e de forma globalizada, bem como o desenvolvimento de novas tecnologias, trazem a necessidade de expansão do Direito Penal por meio da criação de novos bens jurídicos⁵⁹⁶. Inobstante aqueles que advogam pela retomada dos paradigmas de um Direito Penal dedicado à proteção da propriedade, ignorando a injustiça na distribuição dela⁵⁹⁷, compreende-se que, atualmente, os bens jurídicos penalmente relevantes são estipulados nas linhas político-criminais da Constituição da República de 1988. Por sua vez, parece mais correta a compreensão de que a Carta Política não trata a matéria sob a ótica dos bens jurídicos estritamente individuais – típicos do Direito Penal liberal –, mas

⁵⁹³ HEFENDEHL, op. cit., p. 104.

⁵⁹⁴ ROXIN, op. cit., 1997, p. 55-56.

⁵⁹⁵ BUSATO, op. cit., 2015, p. 346-347.

⁵⁹⁶ BECHARA, op. cit., 2014, p. 212-213.

⁵⁹⁷ HEFENDEHL, op. cit., p. 110.

entende o conteúdo dos mesmos na vertente social do tema – a qual, estruturada por Hefendehl⁵⁹⁸, os triparte em: de proteção do Estado, os recursos ambientais, e os bens jurídicos clássicos caracterizados pelos predicados da não exclusividade do gozo, da não rivalidade no consumo e da não distributividade.

Assim, tendo em vista que a etiqueta da criminalidade é injustamente distribuída em razão do lobby dos estratos sociais mais altos junto ao poder público para descriminalizar suas condutas, reforçando o caráter seletivo do Direito Penal⁵⁹⁹, a análise a seguir, realizada sem pretensões de exaurir o tema, é baseada apenas na afetação de bens jurídicos penalmente relevantes. Pontua-se que, para quebrar a benévola imagem de “bom homem de negócios” comumente atrelada à criminalidade do colarinho branco, opta-se por denominar de crime o que em sentido estritamente técnico pode não o ser.

Inicialmente, tratando dos bens jurídicos clássicos caracterizados pelos predicados da não exclusividade do gozo, da não rivalidade no consumo e da não distributividade⁶⁰⁰, no tangente ao direito à vida, o rompimento da barragem de Fundão foi diretamente responsável pela morte de 19 pessoas⁶⁰¹⁶⁰² – este resultado, por si, já justificaria o presente estudo, contudo existem outros bens jurídicos afetados que também devem ser listados para ressaltar a importância de uma visão social do conteúdo dos bens jurídicos. Já no tocante à integridade física, ao menos 250 pessoas tiveram ferimentos diretamente relacionado com o rompimento de Fundão⁶⁰³.

Quanto a afetação do direito à saúde, que de certo modo consubstancia o direito à vida e à integridade física, não é possível dimensionar os efeitos do crime, pois a lama advinda do colapso de fundão possui metais pesados – muitos cancerígenos e degradadores do sistema nervoso humano – e impregnará a bacia hidrográfica do rio Doce e o oceano na proximidade de sua foz por imprecisáveis anos. Assim, os metais pesados oriundos da lama e depositados no leito e nas margens do rio, bem como no oceano, por serem biocumulativos, passarão para inúmeros organismos vivos, inclusos humanos, por meio da cadeia alimentar. Nesse sentido, é interessante ressaltar parte do relatório do PoEMAS⁶⁰⁴:

⁵⁹⁸ Ibid., p. 116.

⁵⁹⁹ Ibid., p. 118-119.

⁶⁰⁰ Ibid., p. 116.

⁶⁰¹ COMISSÃO TEMPORÁRIA DA POLÍTICA NACIONAL DE SEGURANÇA DE BARRAGENS (CTPNSB), op. cit., nota 545, p. 34.

⁶⁰² Como sugere o nome do relatório do grupo PoEMAS sobre os crimes, antes fosse mais leve a carga.

⁶⁰³ SERRA, op. cit., p. 154.

⁶⁰⁴ POEMAS, op. cit., nota 533, p. 59.

embora os produtos químicos adicionados durante o beneficiamento do minério e no tratamento do rejeito, aparentemente, ofereçam poucos riscos à saúde humana e ao meio ambiente, o mesmo não pode ser dito em relação aos metais presentes no rejeito gerado pela Samarco. Comumente reservas minerais possuem diferentes minérios, além daqueles extraídos. Entre os minérios metálicos existe um grupo, comumente chamado de metais pesados, que desperta especial preocupação em relação aos seus efeitos sobre os seres vivos. Como apresentado na tabela 8, muitos desses metais são biocumulativos, além de serem potencialmente cancerígenos ou influenciarem negativamente o sistema nervoso humano.

Mais detidamente sobre os possíveis danos à saúde humano, interessante ressaltar o seguinte ponto do relatório do PoEMAS⁶⁰⁵:

as incertezas associadas ao comportamento dos metais pesados no vale do rio Doce após o rompimento da barragem ainda são muito grandes. Por esse motivo, torna-se fundamental um monitoramento permanente da qualidade ambiental na região afetada, como um acompanhamento muito próximo da condição de saúde das pessoas que vivem na região (particularmente agricultores). Além disso, deveriam ser criadas atividades que alertassem a população dos riscos associados ao uso da água e ajudassem essas pessoas a criar soluções que reduzissem sua exposição.

Depois, no tangente aos danos à propriedade, estes não podem ser precisados por sua vultosa magnitude, cabendo aqui apenas realizar uma rarefeita estimativa. Nos 77 quilômetros entre a barragem e a foz do rio Carmo, a lama arrastou e destruiu casas, pontes, vias, igrejas, pastos, plantações, benfeitorias de propriedades rurais, animais, veículos e tudo mais o que havia pela frente. As localidades mais afetadas foram os distritos de Bento Rodrigues e de Barra Longa, porém diversas outras perdas materiais ocorreram ao longo dos cerca de 670 quilômetros percorridos pela lama até o oceano, principalmente por conta de inundações ocasionadas pelo súbito aumento do volume de cursos d'água⁶⁰⁶. Nesse sentido, como exemplificação, cabe expor parte da denúncia do Ministério Público Federal⁶⁰⁷:

identificou-se que não menos que 195 propriedades rurais foram impactadas no estado de Minas Gerais pelo rejeito, 25 foram quase completamente devastadas, com 75,01% a 100% de suas áreas atingidas. As localidades mais afetadas pelo extravasamento da lama contaminante, que se tornaram **impróprias para ocupação humana**, foram os distritos e subdistritos de Mariana, como Bento Rodrigues, Paracatu de Baixo, Camargo, Águas Claras, Pedras, Campina Barreto, Gesteira, Ponta da Gama e o Município de Barra Longa, onde várias pessoas foram desalojadas. Somente em Mariana, foram destruídas 349 unidades habitacionais, 08 pontes, 02 estabelecimentos de saúde, 04 estabelecimentos de ensino. No Município de Barra Longa/MG, contabilizaram-se danos a 133 unidades habitacionais, 3 estabelecimentos de ensino, 4 pontes e trecho de estrada. [sic]

⁶⁰⁵ Ibid., p. 62.

⁶⁰⁶ COMISSÃO TEMPORÁRIA DA POLÍTICA NACIONAL DE SEGURANÇA DE BARRAGENS (CTPNB), op. cit., nota 545, p. 23-34.

⁶⁰⁷ BRASIL, op. cit., nota 344, p. 18-19.

Tratando ainda das lesões à propriedade, é preciso levar em consideração a afetação da renda e dos modos de vida não só das 38 cidades atingidas, mas de todos os municípios próximos ao rio Doce e no litoral capixaba, ainda que ela tenha se dado de forma e de maneiras diferentes. A lama inviabilizou a utilização do rio Doce e de suas águas para atividades agrícolas, pesca e abastecimento de diversas municipalidades, afetando diretamente mais de 424.000 pessoas⁶⁰⁸. Conforme aponta a avaliação dos impactos e valoração dos danos socioeconômicos causados nas comunidades atingidas pelo rompimento da barragem de Fundão, elaborada pela Fundação Getúlio Vargas em dezembro de 2019, estima-se um impacto acumulado no ano do rompimento e no ano seguinte de R\$ 75 a 84 bilhões no PIB⁶⁰⁹.

Ainda que não se possa falar em crimes contra a ordem fiscal por conta do rompimento, a afetação do PIB inegavelmente repercute de forma negativa na arrecadação estatal, reverberando nos recursos estatais e afetando a execução de políticas públicas. Ademais, a Ação Penal nº 0002725-15.2016.4.01.3822 também discute a possível ocorrência de crimes pela suposta falsa declaração de estabilidade da barragem e por possíveis omissões de informações no Relatório Anual de Lavras e nos Planos de Aproveitamento Econômicos. Assim, também pode-se cogitar a afetação de bens jurídicos do Estado – em suas duas subdivisões, de proteção dos recursos estatais e de proteção ao trabalho de polícia, conforme a estruturação de Hefendehl⁶¹⁰ – no bojo dos crimes da Samarco Mineração S/A em Mariana/MG.

Em relação aos recursos naturais, também uma categoria de bens jurídicos pertencentes a todos os membros da sociedade no entendimento social do bem jurídico⁶¹¹, o colapso de Fundão significou uma hecatombe na bacia hidrográfica do rio Doce. Não é possível precisar os danos à vida animal, mas, em exemplificação, a massa de rejeitos dizimou a vida de espécimes da fauna aquática em rios, lagos, açudes, lagoas, baías e nas águas jurisdicionais brasileiras, com a morte de pelo menos 29.300 peixes no rio Doce. Importante destacar a afetação de espécies raras e ameaçadas de extinção em período de defeso – época de reprodução dos peixes em que há a proibição da pesca –, bem como de reservas ambientais⁶¹².

Também a fauna terrestre foi diretamente afetada pela onda de rejeitos, havendo o

⁶⁰⁸ Ibid., p. 20.

⁶⁰⁹ FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. *Impacto do Rompimento da Barragem de Fundão sobre a Renda Agregada de Minas Gerais e Espírito Santo*. Rio de Janeiro; São Paulo: FGV, 2019, p. 68.

⁶¹⁰ HEFENDEHL, op. cit., p. 113-115.

⁶¹¹ Ibid.

⁶¹² BRASIL, op. cit., nota 344, p. 22-24.

perecimento de animais terrestres de deslocamento lento – como répteis, anfíbios, mamíferos menos ágeis, filhotes –, de ao menos 31 aves marinhas na região do estuário do rio Doce e de animais domésticos – como bovinos, equinos, suínos e aves. Ademais, o crime também destruiu quilômetros de habitat de animais silvestres e pastos, forçando o deslocamento dos espécimes que escaparam, os quais não poderão retornar por anos⁶¹³.

A flora da bacia hidrográfica do rio Doce também foi fortemente lesionada, havendo a destruição de florestas consideradas áreas de preservação ambiental e de vegetação típica do Bioma Mata Atlântica. Da área total atingida, cerca de 1.176,46 ha, 65,81% corresponde à área de preservação permanente – algo próximo a 774,23 ha –, onde 240,88 ha são de mata atlântica. Assim, além de plantações e pastagens, a onda de rejeitos destruiu incontáveis espécies raras da flora nacional, algumas ameaçadas de extinção⁶¹⁴.

Aqui parece interessante realizar um breve adendo para expor o crescente movimento em defesa do meio ambiente, seja no âmbito dos ordenamentos jurídicos internos⁶¹⁵, seja no âmbito internacional⁶¹⁶, inclusive pelo Direito Penal Internacional. Quanto ao último, vem ganhando grande espaço na dogmática penal alienígena a inclusão do delito de ecocídio como a 5ª modalidade de crimes sob a jurisdição do Tribunal Penal Internacional – ao qual, como é sabido, o Brasil se submete à jurisdição por força da adesão ao Estatuto de Roma⁶¹⁷.

Nos termos da definição proposta à Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas por Polly Higgins, ecocídio pode ser compreendido como um dano extenso, a destruição ou a perda de um ou mais ecossistemas de uma região, seja pela intervenção direta do homem, seja por outras causas a ele relacionadas, e que gravemente limitam a utilização do meio

⁶¹³ Ibid., p. 22.

⁶¹⁴ Ibid., p. 25-26.

⁶¹⁵ Curioso, e talvez vanguardista, é o caso da Constituição Equatoriana, a qual introduz o conceito de “direitos da natureza”, reconhecendo a “Pacha Mama” como sujeito de direito. EQUADOR. *Constitución del Ecuador*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/newsletterPortalInternacionalFoco/anexo/Constitui%20doEcuador.pdf>> Acesso em: 19 set. 2020.

⁶¹⁶ Para além dos bem conhecidos tratados internacionais de direitos ambientais, parece interessante citar a Diretiva 2008/99/UE do Parlamento Europeu, a qual, regulando a proteção ambiental por meio do Direito Penal, inclusive com a expressão previsão de responsabilização penal de pessoas jurídicas, considera que: “A experiência tem revelado que os actuais regimes de sanções não tem sido suficientes para garantir a observância absoluta da legislação sobre protecção do ambiente. Esta observância pode e deverá ser reforçada através da previsão de sanções penais que reflectam uma desaprovação social qualitativamente diferente das sanções administrativas ou dos mecanismos de indemnização do direito civil.” [sic] (PARLAMENTO EUROPEU. *Directiva 2008/99/CE do Parlamento Europeu e do Conselho*, de 19 de novembro de 2008. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32008L0099>> Acesso em: 19 set. 2020).

⁶¹⁷ BRASIL. *Decreto nº 4.388*, de 25 de setembro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm>. Acesso em: 19 set 2020.

ambiente pelas gerações presentes e futuras⁶¹⁸ – conceito plenamente aplicável aos crimes da Samarco Mineração S/A em Mariana/MG. Como se pode observar, da mesma forma que a comunidade internacional inventou instrumentos para combater os genocídios, os Estados estão sendo chamados para combater, nas órbitas domésticas e internacional, o ecocídio⁶¹⁹, cabendo aos operadores do Direito desenvolverem os mecanismos dogmáticos – ganhando aqui relevância o Direito Penal Econômico e seus ramos – capazes de obstar a criminalidade que ameaça a própria existência do planeta⁶²⁰.

Para além dos danos diretos aos recursos naturais, as sequelas causadas pelo deslocamento do rejeito perdurarão por anos, sendo muitas irreparáveis. O assoreamento de rios, a destruição de nascentes, a contaminação de solos por metal pesado, todos são consequências do crime que perdurarão por muitas gerações.

A onda de lama proveniente do rompimento de Fundão também trouxe máculas ao ordenamento urbano e ao patrimônio cultural. Pode-se exemplificá-las com a total destruição dos marcos da Estrada Real, dos bens da Fazenda Fábrica e da Mina de Santo Antônio, integrantes do patrimônio histórico, sociocultural e arqueológico. Chama atenção os danos causados à Capela de São Bento, construída no início do século XVIII, e à Capela de Santo Antônio, construída no século XIX, marcos do período colonial brasileiro e da história de Minas Gerais⁶²¹.

É preciso pontuar que, ainda que o presente trabalho não realize de forma precisa essa separação, as contabilizações de atingidos, seja no EIA, seja após o crime, não costumam fazer diferenciações na classe social e nos grupos étnico-raciais atingidos. Tal forma de análise tem

⁶¹⁸ MARTÍNEZ, Rosário de Vicente. Hacia un derecho penal internacional medioambiental: catástrofes ambientales y <ecocidio>. In: CRESPO, Eduardo Demetrio; MARTÍN, Adán Nieto (diretores). *Derecho Penal Económico y Derechos Humanos*. Coordenadores: Manuel Maroto Calatayud, M^a Pilar Marco Francia. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, p. 263.

⁶¹⁹ Ibid., p. 264.

⁶²⁰ Como as atividades econômicas com real potencial lesivo ao meio ambiente se desenvolvem no âmbito de pessoas jurídicas, é óbvia necessidade de se trabalhar os instrumentos dogmáticos de responsabilidade penal das últimas. Aqui, parece interessante consignar o entendimento de Rosario de Vicente Martinez sobre o tema: “*al ser un hecho ampliamente reconocido que las empresas transnacionales no son solo responsables de numerosos abusos y múltiples violaciones a los derechos humanos en todas sus dimensiones y en todo el mundo, sino que son igualmente agentes principales de la destrucción del medio ambiente. Los peores y más perniciosos atentados al medio ambiente a lo largo de la historia han tenido como protagonistas a las empresas por su poder de contaminación, empresas que, con sus complicados esquemas organizativos, han sabido escapar de la red del Derecho penal cuando son culpables de verdaderos crímenes ecológicos, beneficiándose de un alto grado de impunidad. Para evitar dicha impunidad en el escenario global, como ya sucedió en el europeo, es necesario incorporar al mismo la responsabilidad penal de las persona jurídicas, cuya actividad desborda muchas veces los límites territoriales de un Estado y tiene amplias repercusiones sobre las condiciones de vida e de muchas personas.*” (Ibid., p. 269.)

⁶²¹ BRASIL, op. cit., nota 344, p. 28.

o sentido de despolitizar o debate, omitindo a desigualdade ambiental e a distribuição desigual dos impactos⁶²².

Assim, considerando a população diretamente envolvida – como a de Bento Rodrigues, que é 85% negra – cabe ressaltar a existência de uma maior exposição da população negra aos riscos relacionados à proximidade com a exploração mineral de ferro e de barragens de rejeitos da Samarco Mineração S/A⁶²³. Também é importante destacar que a maioria das centenas de famílias desterritorializadas são de pescadores, indígenas, quilombolas, camponeses proprietários e assentados da reforma agrária, os quais perderam suas principais fontes de sustento e de sobrevivência⁶²⁴. Em tal aspecto, o grupo PoEMAS, citando Acselrad, Mello e Bezerra⁶²⁵ assinala que:

o caso do desastre da Samarco/Vale/BHP comprova, mais uma vez, que são os segmentos com restrito poder político-econômico e menor capacidade de se fazer ouvir – pobres, rurais e negros –, que estão mais expostos aos riscos ambientais e sofrem mais com as perdas humanas, materiais, territoriais e culturais dos impactos ambientais. O racismo ambiental está presente na distribuição dos empreendimentos poluidores e geradores de grandes impactos ambientais, que se estabelecem de forma concentrada e ameaçam grupos de baixa renda, marginalizados, vulneráveis e racialmente discriminados.

Nesse sentido, talvez a pior consequência dos crimes da Samarco Mineração S/A em Mariana/MG, sem contar as vidas perdidas, sejam os danos imateriais, na brusca quebra dos modos de vida, de sustento e de subsistência, com inegáveis reflexos psicológicos e sociais aos envolvidos. Danos às pessoas que não possuíam nenhum tipo de ingerência ou conhecimento sobre os riscos da barragem de Fundão – muito menos lucro ou outro proveito direto dela –, mas que construíram relações de pertencimento no vale do rio Doce. Nesse sentido, o grupo PoEMAS⁶²⁶ destaca:

os camponeses constituem seu território buscando em primeiro lugar sua existência, e para isso desenvolvem as distintas dimensões da vida – econômica, cultural, social etc. – em comunidade. O território que ocupam como ambiente de vida, local de morada e de trabalho coletivo e individual é que possibilita a construção de relações humanas com significados e sentidos específicos, garantido a reprodução social e a de sua comunidade. Plantam roças, criam animais, constroem moradias, realizam festas e atividades religiosas, trocam dias de trabalho, ou seja, formam seu domínio (Nascimento, 2014). Desta maneira, a lama que destruiu bens materiais ao longo da Bacia do Rio Doce e seus afluentes também soterrou a base de reprodução

⁶²² POEMAS, op. cit., nota 533, p. 63.

⁶²³ Ibid., p. 66.

⁶²⁴ Ibid., p. 65-66.

⁶²⁵ ACSELRAD; MELLO; BEZERRA apud Ibid., p. 63

⁶²⁶ Ibid., p. 70.

Como é possível depreender das consequências do crime supraescritas e das possíveis lesões a bens jurídicos delas advindas, a complexificação das atividades econômicas e das relações sociais, bem como os avanços tecnológicos, trazem riscos antes inimagináveis, com a possibilidade de danos gigantescos e profundos em diversos âmbitos da sociedade. Dessa forma, pode-se compreender o rompimento da barragem de Fundão e suas consequências como sinais da impossibilidade de restringir o entendimento dos bens jurídicos à concepção ucrônica de mera expressão de interesses individuais. Em verdade, a aplicação das concepções liberais do século XIX apenas se prestaria à manutenção de um Direito Penal seletivo, salvaguardando a propriedade privada de ofensas, mas não protegendo a sociedade de abusos na utilização dela.

Portanto, o melhor caminho parece ser a adoção de uma visão social do bem jurídico, extirpando a dicotomia entre bens jurídicos individuais “bons” e bens coletivos “ruins”, compreendendo as balizas político-criminais da Constituição da República de 1988 por esse prisma. Em igual forma, considerando a vedação da proteção deficiente de bens jurídicos, a cegueira seletiva sobre determinado setor da criminalidade e a missão do direito penal como a proteção de bens jurídicos, parece mais acertado entender os dispositivos constitucionais acerca da responsabilidade penal da pessoa jurídica como meramente exemplificativos, de modo a possibilitar a responsabilização de penal de qualquer pessoa – natural ou moral – que ameace ou lesione bens jurídicos.

Certo de que o até aqui exposto não se trata de obstar o desenvolvimento de atividades econômicas, mas fomentar a prevenção e permitir o controle de possíveis crimes, faz-se necessário voltar os olhos para os entes fictícios, instrumento comum da criminalidade do colarinho branco. Nesse aspecto, dada a grande complexificação das relações sociais e econômicas, é preciso atualizar os entendimentos da ação penalmente relevante e analítico do delito, ressignificando os elementos consubstanciadores do último de modo a abranger essa nova realidade.

4.2.2. Teoria da ação e os crimes da Samarco Mineração S/A

Para a responsabilização criminal de um agente, é fundamental a análise de sua conduta ou de sua omissão, de modo a averiguar a importância que essa assume para o Direito Penal e a possibilidade da aplicação dos componentes da teoria analítica do delito. Assim, como já

pontuado, a teoria finalista de Welzel, ao tratar da ação – entendida em seu sentido cartesiano –, funda suas premissas ontológico-personalistas no elemento psíquico propulsor, sendo incapaz de abranger a realidade que são as pessoas jurídicas⁶²⁷. Em igual forma, ainda que a visão funcionalista de Roxin permita a correção de algumas distorções sistêmicas realçando o caráter instrumental do mecanismo punitivo e mitigando o caráter ontológico, o conceito de ação para o professor alemão⁶²⁸ é fundado na manifestação da personalidade humana, sendo o ser humano o centro anímico espiritual da ação, o único capaz de praticar ações para fins penais.

Portanto, é possível dizer que as principais formas de se pensar a ação penalmente relevante, ao menos por parte da dogmática penal pátria, apresentam possíveis insuficiências para compreender e penalizar a mácula de bens jurídicos por entes fictícios. Em razão de sua estruturação com base na conduta humana – analisada principalmente de forma cartesiana, com imputações determinísticas –, as mencionadas concepções originam um conceito de ação fundado em elementos psicológicos e compreendido por um viés ontológico, o que, por óbvio, inviabiliza sua plena aplicação aos entes morais.

Nesse sentido, consonante a melhor técnica hoje aceita pelo Código Penal de 1940 e pelos Tribunais Superiores, o Ministério Público Federal utilizou-se de mecanismos como a omissão penalmente relevante e da posição de garantia – realçando o dever e o poder de agir – para realizar a imputação e a individualização das condutas, bem como para expor a justa causa e fixar a classificação jurídica de parte dos delitos praticados pela Samarco Mineração S/A, pela Vale S/A e pela BHP Billiton Ltda., no rompimento da barragem de Fundão⁶²⁹. De maneira semelhante, pela limitação da teoria do delito estruturada na norma penal geral, também é possível notar que as figuras típicas imputadas às citadas pessoas jurídicas restringem-se em sua maioria aos delitos previstos na legislação ambiental, ainda que, como já exposto, as lesões à bens jurídicos no caso em comento extravasem, e muito, essa ordem⁶³⁰.

Ainda que grande parte da dogmática pátria demonstre resistência e, de maneira, desfigurada proclame a necessidade de retorno aos moldes de Direito Penal do século XIX, como já exposto, é possível compreender que a Constituição da República de 1988 traz a ampla possibilidade de responsabilização penal das pessoas jurídicas, uma vez que as disposições sobre o tema são meramente exemplificativas⁶³¹. Partindo da compreensão de que a missão do

⁶²⁷ SILVA, op. cit., p. 62.

⁶²⁸ ROXIN, op. cit., 1997, p. 245.

⁶²⁹ BRASIL, op. cit., nota 344, p. 198-201.

⁶³⁰ Ibid., p. 210-212.

⁶³¹ BUSATO, op. cit., 2012b, p. 106-107.

direito penal é proteger bens jurídicos relevantes e que as atividades de entes morais são capazes de ameaçá-los ou lesioná-los, é possível entender que as barreiras para a responsabilização criminal das pessoas jurídicas de forma ampla – incluindo delitos como, por exemplo, o homicídio – encontram-se no estágio de desenvolvimento da dogmática penal e na deficiência legislativa, por ambas não conseguirem abranger a realidade da delinquência oriunda dos entes fictícios.

Como acima ressaltado, é preciso pontuar que a cada vez maior complexificação das atividades econômicas urge a criação de pessoas jurídicas com diferentes arranjos para o seu desempenho, com o consequente desmembramento das atividades de direção, da disponibilidade de informação e do poder de decisão⁶³². Em verdade, a análise isolada da conduta do indivíduo perde grande parte de sua importância, uma vez que, em muitas ocasiões, esse não detém informações ou poder de decisão penalmente relevantes, sendo uma mera peça substituível de um todo muito maior⁶³³. Assim, o principal enfoque para verificação em comento passa a recair sobre a estruturação e as políticas corporativas, sobre a forma como, guiadas apenas pela busca de eficiência e lucro, as empresas criam um conjunto de normas e culturas internas favoráveis à ocorrência de lesões de bens jurídicos penalmente relevantes, ou seja, como os entes fictícios passam a adotar uma dinâmica de funcionamento com propensão ao cometimento de crimes⁶³⁴. Nesse sentido, parece interessante destacar o entendimento de

⁶³² SANCHEZ., op. cit., 2012, p. 27.

⁶³³ Sobre o assunto, parece interessante colacionar o entendimento de Juliana de Azevedo Santa Rosa Câmara, de que: “Na criminalidade econômica, verifica-se uma dispersão entre as atividades operacionais, a detenção de informações e o poder de decisão, que, no Direito Penal tradicional, enfeixam-se em um único indivíduo. Hodiernamente, grandes conglomerados econômicos participam ativamente da vida comunitária por meio de processos comunicativos e decisórios que se desenrolam em seu seio e diluem a responsabilidade individual, tornando praticamente impossível destacar, no ambiente corporativo, a conduta penalmente relevante de uma única pessoa natural. Em outras palavras: a criminalidade econômica, não raro, acarreta o fracasso da imputação penal, já que, num contexto empresarial, há um descolamento entre o processo de tomada de decisão e sua efetiva implementação, inviabilizando a identificação do domínio do fato. O resultado ilícito verificado no mundo fenomênico advém de uma atuação pulverizada, por vezes fruto do funcionamento automático de uma estrutura preestabelecida, que trabalha sem a necessidade de uma instrução específica de alguém em posição de comando (Abanto Vásquez, 2010, p. 177-178). Nessa engrenagem, a empresa surge como um ambiente propício à prática de condutas delituosas. Eventos lesivos não podem ser identificados como fruto de uma atuação pontual, mas como um revés sistêmico e estrutural inerente à busca desenfreada por uma melhor lucratividade. Num panorama desse jaez, a responsabilidade penal exclusivamente individual típica do Direito Penal nuclear acaba consagrando vazios de punibilidade que criam uma espécie de *irresponsabilidade organizada*, mormente porque empregados são facilmente intercambiáveis, não afetando o desenvolvimento de eventual atividade criminógena no âmbito de uma pessoa jurídica. É dizer: a condenação de um preposto não necessariamente atinge o ponto nevrálgico do problema, que habita no funcionamento em si da empresa.” (CÂMARA, Juliana de Azevedo Santa Rosa. A responsabilidade penal da empresa sob o prisma da culpabilidade. In: SOUZA, Artur de Brito Gueiros; CÂMARA, Juliana de Azevedo Santa Rosa. Inovações no direito penal econômico: prevenção e repressão da criminalidade empresarial. Brasília, DF: ESMPU, 2018, p. 69.)

⁶³⁴ MARANHÃO; FERREIRA, op. cit., p. 81-82.

Maranhão e Ferreira⁶³⁵ de que:

as organizações idealizam um tipo de comportamento e o controlam e, as mesmas, condicionam comportamentos imorais e são omissas aos mesmos. É relatado ainda que a decisão para o comportamento criminoso não é tomada pelo indivíduo. A má conduta é incentivada pelas empresas em seus processos, cultura e estrutura. A própria teoria organizacional motiva os gestores a escolherem condutas que beneficiam os interesses da empresa. As questões normativas do ambiente interno das organizações são previamente produzidas para o alcance das metas dessa mesma organização, - a gestão das corporações, as políticas empresariais que norteiam sempre para as medidas mais eficientes e com maior retorno as organizações. (...) sendo “...a conduta dos indivíduos incentivada pelas estruturas de regras e planos que os tornam incapazes de criticar e prever as consequências de seus atos”.

Pelos fatos expostos no capítulo anterior, é possível observar que, desde a idealização da barragem de Fundão até o seu rompimento, havia uma maior preocupação com a expansão da capacidade produtiva da Samarco Mineração S/A do que com a garantia de que a obra operaria bem, com segurança. Os constantes alteamentos, com níveis anuais acima do recomendado pelos técnicos e pela literatura da área⁶³⁶, a utilização de soluções tampões para possibilitar a continuidade de operação, como a colocação do tapete de drenagem em 2011 – que se demonstrou insuficiente em 2013⁶³⁷ – e a infundável busca pela ampliação do projeto original da barragem, a qual ocasionou o aumento na dimensão e na duração do recuo do eixo da ombreira esquerda⁶³⁸ – local de início do desmoronamento –, indicam a estruturação de uma política corporativa apenas voltada para o lucro.

Em igual forma, a suprarreferida negligência com a previsão de danos no EIA, a inexistência de planos de emergência ou instrumentos, como sirenes de aviso e canais de comunicação⁶³⁹, a desídia com a possibilidade de realocação das estruturas a jusante para diminuição de danos em caso de eventual rompimento da barragem⁶⁴⁰ – sendo a possibilidade de colapso da estrutura de conhecimento da Samarco Mineração S/A pelo menos desde 2009⁶⁴¹ – e o completo descaso com que a empresa estruturou seus planos de atuação em caso de rompimento de barragens – considerando apenas o lado econômico e a imagem da empresa⁶⁴² –, caracterizam uma política de indiferença à possível afetação de bens jurídicos penalmente

⁶³⁵ Ibid., p. 81.

⁶³⁶ BRASIL, op. cit., nota 344, p. 150-151.

⁶³⁷ Ibid., p. 115.

⁶³⁸ Ibid., p. 138.

⁶³⁹ Ibid., p. 59.

⁶⁴⁰ Ibid., p. 163.

⁶⁴¹ Ibid., p. 184.

⁶⁴² Ibid., p. 185.

relevantes por parte da empresa, assumindo diretamente tal possibilidade. Importante ressaltar que, ainda que os gestores também devam responder penalmente pelas condutas que praticaram, dificilmente a substituição do agente acarretaria em condutas diferentes, uma vez que se trata do *modus operandi* da empresa imposto por seus acionais – como é perceptível na 115ª Reunião do Conselho, realizada em 02/04/2014, ano em que a barragem começava a apresentar sérios problemas estruturais, onde o Conselho aprovou a distribuição de dividendos adicionais no valor de R\$ 2.048.548.067,91 aos acionistas e indicou que a Samarco mineração S/A deveria “melhorar seu desempenho de custos”, “elaborar uma análise de custos competitivos” e “realizar relatório sobre o progresso das iniciativas para melhorar a competitividade da SAMARCO em termos de custos”⁶⁴³.

Pelo acima exposto, pode-se depreender que a adoção de uma política de valorização dos acionistas em detrimento dos trabalhadores e da comunidade, a constante busca de redução de custos – principalmente com segurança – em prol da maximização dos lucros é parte do processo de financeirização da vida, decorrente da ideologia neoliberal e da aplicação da lógica de mercado em todos os âmbitos da sociedade, em especial no (des)controle⁶⁴⁴ estatal sobre o campo econômico. Assim, a Samarco Mineração S/A não é um caso isolado, mas um modelo de governança corporativa que, ao arremetimento do modelo de Estado Social adotado pela Constituição da República de 1988, tende a cada vez mais se ampliar.

Outro ponto que demonstra o descabimento da insistência em não se responsabilizar penalmente pessoas jurídicas e apenas se buscar as pessoas físicas responsáveis é a estrutura organizacional da Samarco Mineração S/A, a qual, como apontado pela própria ITRB, era confusa e complexa, sem a definição clara de papéis e responsabilidades dos grupos internos e externos⁶⁴⁵ – como é possível observar na vagueza do quadro colacionado do capítulo anterior. Em verdade, já existem setores de empresas que, voltados para atividades criminosas, são estruturados para funcionar independentemente das pessoas que o compõem ou que assumam a direção da companhia, como o já mencionado “setor de operações estruturadas” da Odebrecht – uma espécie de departamento de *compliance* às avessas, voltado para prática de crimes, com estrutura própria e autonomia para realizar pagamentos –, o qual continuou operando mesmo após a prisão de membros da cúpula da companhia⁶⁴⁶. Assim, deve-se compreender o brocardo *societas delinquente non postest* como superado, sob pena de se defender um Direito Penal

⁶⁴³ Ibid., p. 119.

⁶⁴⁴ Pois a lógica neoliberal é no sentido de haver o mínimo de controle do Estado sobre a Economia.

⁶⁴⁵ BRASIL, op. cit., nota 344, p. 169.

⁶⁴⁶ CONSULTOR JURÍDICO, op. cit., nota 225.

desatualizado, insuficiente e descaradamente seletivo.

Em igual forma, a tentativa de buscar as pessoas naturais por trás do ente moral muitas vezes pode se demonstrar infrutífera em razão da maior complexificação das atividades econômicas. Uma breve expansão do quadro de acionistas da Samarco Mineração S/A a época do colapso de Fundão serve como um bom exemplo, pois a companhia era de propriedade da BHP Billiton Brasil Ltda. e da Vale S/A, 50% *pro rata*. A primeira é uma subsidiária do maior grupo de mineração do mundo, o BHP Billiton, tendo como atividade a participação acionária em outras sociedades, buscando assim uma postura de desresponsabilização operacional, visando parecer um “mero investidor”. Já a segunda tinha como maior acionista a Valepar S/A, com 33,7% de participação, sendo que 46,2% das participações da Vale S/A eram diluídas em investidores estrangeiros⁶⁴⁷.

Por sua vez, a Valepar S/A, controladora efetiva da Vale S/A, é apenas uma intermediária dos interesses dos seus acionistas, o BNDESpar, com 11,51%, a *trading companie* japonesa *Mitsui & Co. Ltd.*, com 18,24%, a administradora de participações acionárias do Banco Brasileiro de Descontos S/A (Bradesco) – Bradespar, com 21,21% e a Litel Participações S/A, com 49%. Interessante também destacar que a última, a Litel, é uma empresa de *holding* dedicada ao controle de participações acionárias e reúne recursos de fundos de pensão da Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil (Previ), 78,40%, da Fundação Petrobras de Seguridade Social (Petros), 12,82% e da Fundação dos Economiários Federais (Funcef) 7,74%⁶⁴⁸.

Assim, como se pode perceber, parece necessário abandonar o clássico modelo de responsabilização individual dos representantes, pois ele não consegue abranger a complexidade da sociedade atual, além de contrariar as disposições político-criminais da atual Constituição da República e os entendimentos consolidados na jurisprudência pátria. Em igual forma, como pontuado no segundo capítulo, é possível se cogitar como insuficiente a adoção de um modelo de heterorresponsabilidade penal da pessoa jurídica, pois esse: perpetua a adoção de uma visão ontológica da ação; viola o princípio da culpabilidade em razão da transferência da culpabilidade da pessoa natural para o ente moral; esvazia a opção político-criminal da Constituição da República com a criação de requisitos inexistentes; não compreende a vultosa complexidade que as atividades empresariais tomam hodiernamente, requisitando a identificação de um agente para imputar a conduta.

⁶⁴⁷ POEMAS, op. cit., nota 533, p. 19-20.

⁶⁴⁸ Ibid., p. 20-21.

Por tal razão, demonstra-se como acertada a adoção de um modelo de autorresponsabilidade penal da pessoa jurídica, de modo a compreender os entes morais como capazes de, por si só, ameaçar ou ferir bens jurídicos penalmente relevantes e serem responsabilizados independentemente das pessoas que o compõe. Repisa-se que tal modelo de nenhuma forma deve inviabilizar, macular ou desincentivar a persecução penal de qualquer pessoa natural responsável, mas apenas a descompatibilizar da responsabilidade criminal do ente moral, tornando-as independentes.

Figura como necessário repensar o conceito da ação penalmente relevante – visando afastar a concepção ontológico-personalista –, bem como buscar a modernização da teoria analítica do delito de forma a coadunar com a realidade do século XXI. Um dos possíveis entendimentos adotáveis é a teoria da ação significativa de Tomás Salvador Vives Antón, a qual reverbera em toda o conceito analítico do delito e passa a enxergá-lo com base nas teorias da argumentação e da comunicação, de modo a alterar as aspirações do próprio direito, “no sentido de, por um lado, trocar a pretensão de verdade por uma pretensão de justiça e, de outro, permitir a confluência de aspectos normativos e ontológicos sob a medida da comunicação de um sentido”⁶⁴⁹.

Com o fito de acrescentar o debate sobre as possibilidades de modernização da teoria analítica do delito de forma a abranger a autorresponsabilidade penal das pessoas jurídicas, parece interessante a tentativa de leitura de alguns fatos do capítulo anterior sob um prisma semelhante ao da teoria da ação significativa. Importante ressaltar que o à frente desenvolvido se trata mais de uma humilde estratégia, um incentivo, para reforçar a urgência em se pensar novos modos de compreender a ação penalmente relevante do que a proposição, a defesa ou a exposição de um modelo em si.

Assim, partindo do entendimento de que as ações são dotadas de sentido ou significado e comportam interpretações, as regras dos jogos de linguagem que as regem ditam suas definições. O reconhecimento da ação advém de seu significado socialmente atribuído – independentemente da concreta intenção do agente, pois a determinação da ação derivaria do código social que a interpreta. Com isso, tem-se que as classes de ações seriam determinadas em termos normativos e não ontológicos⁶⁵⁰.

Nestes moldes, a política de redução de custos, inclusive com segurança, e maximização de lucros imposta pelo Conselho da Samarco Mineração S/A pode ser

⁶⁴⁹ BUSATO, op. cit., 2012a, p. 191.

⁶⁵⁰ Ibid., p. 198-201.

compreendida como uma ação, pois dentro do significado socialmente atribuído conotam uma postura da empresa, a qual influi diretamente em todos os seus âmbitos de planejamento e de execução. O melhor exemplo é a já comentada 115ª Reunião do Conselho em abril de 2014, onde a empresa, ciente dos sérios problemas estruturais na barragem de Fundão, optou por distribuir dividendos na ordem de R\$ 2 bilhões aos acionistas e nada fazer quanto a barragem, apenas indicando a necessidade de redução de custos para melhorar sua competitividade no mercado⁶⁵¹. Em igual forma, têm-se também a opção pela manutenção do recuo no eixo da ombreira esquerda em agosto de 2015, quando a barragem já apresentava evidentes sinais de liquefação do rejeito e de pré-ruptura, com recomendação contrária da ITRB e da Pimenta de Ávila Consultoria, tendo como único fim a adaptação da estrutura para a elevação de 940 metros e, conseqüentemente, ampliar a capacidade de produção da empresa⁶⁵². Sob a significação dos jogos de linguagem, as situações relatadas podem ser entendidas como ações da pessoa jurídica.

Importante ressaltar que a ideia de liberdade de ação⁶⁵³ é elemento fundamental do mencionado esquema, o qual insere a dimensão de conservação do componente humano e realiza o ponto de convergência da teoria da ação e da teoria da norma de Vives. O embate entre o ontologicismo e o deontologicismo é deixado para trás por um sistema que substitua a razão técnico instrumental pela razão prática, pois – sem se tornar uma norma moral, mas com o fim de gerenciar a coexistência humana – o sistema jurídico existe para responder exigências de justiça⁶⁵⁴. Nesse aspecto, é de se reconhecer a plena existência de liberdade de ação por parte da pessoa jurídica nos exemplos citados.

Já o limite negativo da ação, sob o viés significativo de Vives, é extraído na identificação, ou não identificação, do sentido de ação e do tipo de ação na prática, de modo a diferenciá-lo dos simples fatos⁶⁵⁵. Assim, é possível a obtenção do conceito de omissão a partir da “análise prática da ausência de ação a partir de considerações sobre o sentido da ação nas hipóteses dos atos reflexos, dos realizados sob o domínio de forças alheias ao sujeito e nas demais hipóteses que pouco a pouco foram formando o acervo jurisprudencial”⁶⁵⁶.

Por óbvio, não há de se cogitar a existência de atos reflexos ou um domínio – entendido como o desforço físico sobre um corpo – de forças alheias para se analisar a omissão de entes

⁶⁵¹ BRASIL, op. cit., nota 344, p. 119.

⁶⁵² Ibid., p. 116, 138, 143

⁶⁵³ Nesse sentido, afirma Busato: “é que não se comprova a liberdade de ação com bases empíricas, mas sim, trata-se de conceber o mundo desde a liberdade de ação expressa nela mesma, que é o que permite o juízo de aplicabilidade de alguma norma.” (BUSATO, op. cit., 2012a, p. 200.)

⁶⁵⁴ Ibid., p. 200-202.

⁶⁵⁵ Idem, op. cit., 2015, p. 276-277.

⁶⁵⁶ Ibid., p. 277.

fictícios. Contudo, se em uma análise sob o paradigma prático, seja por eventos passados semelhantes já analisados pelo judiciário, seja por indicações técnicas, for perceptível que, por exemplo, a instalação de avisos sonoros e luminosos nas comunidades a jusante de barragens, bem como a elaboração de um plano emergencial, o oferecimento de treinamentos para evacuações e a realização de adaptações nas estruturas da localidade diminuem consideravelmente as perdas humanas no caso do colapso de barragens, pode-se dizer que houve uma omissão da Samarco Mineração S/A nesse aspecto, pois ignorou as indicações da ITRB em tal sentido⁶⁵⁷.

Já a causalidade, por sua vez, no esquema significativo, pode ser compreendida sob a ótica da superação do determinismo epistemológico, com a adição de critérios axiológicos na forma da teoria da imputação objetiva⁶⁵⁸. Assim, como já destacado, “a imputação objetiva deve receber a interpretação restritiva dos critérios de criação e de realização do risco oferecidos por Roxin, entendidos como adições axiológicas à relação entre desvalor da ação e de resultado, variáveis conforme o tipo de ação a que se referem”⁶⁵⁹.

De tal maneira, utilizando os exemplos anteriores de ações – as quais guardam relação direta e indireta com o rompimento da barragem⁶⁶⁰, realizando o risco proibido – e o exemplo de omissão – a qual inegavelmente incrementou o risco de perdas de vidas humanas no rompimento da barragem – pode-se falar que de tais condutas da pessoa jurídica compuseram a causa da morte de 19 pessoas. Como é evidente, em uma análise genérica e superficial, desconsiderando as circunstâncias, as qualificadoras e as causas de aumento, pelas citadas lesões ao bem jurídico penalmente relevante “vida humana”, tipificadas no art. 121 do Código Penal⁶⁶¹, sob a visão significativa da ação, pode-se dizer que na forma descrita a Samarco Mineração S/A praticou o verbo típico “matar”.

Corroborar com a possível atribuição social de significado às ações da Samarco Mineração S/A acima realizada a percepção das pessoas direta ou indiretamente envolvidas com o crime em Mariana/MG. Além da existência de diversas pichações e protestos⁶⁶², nesse

⁶⁵⁷ BRASIL, op. cit., nota 344, p. 53-55, 163.

⁶⁵⁸ BUSATO, op. cit., 2015, p. 322.

⁶⁵⁹ Ibid., p. 337.

⁶⁶⁰ Nesse sentido: “*The setback was implemented to accommodate repairs to a deficient conduit at the base of the impoundment as well as the construction of additional horizontal blanket drains to facilitate subsequent dike-raising. This change in geometry resulted in substantial embankment loading over slimes-rich deposits. This distinguishes the left abutment area from the right and accounts for the location of flowslide initiation.*” (MORGENSTERN et al, op. cit., p. 73)

⁶⁶¹ BRASIL, op. cit., nota 29.

⁶⁶² Entre inúmeros outros exemplos de manifestações do corpo social compreendendo as posturas da Samarco

sentido, ouvindo Paula Geralda Alves, moradora de Bento Rodrigues que, ao perceber a aproximação da lama, com sua moto alertou e salvou centenas de pessoas no citado distrito, Cristina Serra⁶⁶³ registra:

no alto da encosta, abraçada a João Pedro, ela, a família, amigos e vizinhos assistiram à correnteza em fúria devorar Bento Rodrigues. Muitas Pessoas estavam paralisadas, em estado de choque. Outras rezavam de joelhos, choravam e gritavam: 'Samarco assassina! Ela queria matar todo mundo! Por que não avisaram? Por que a Samarco fez isso com nós?' Em cerca de dez minutos, segundo a maioria dos relatos, Bento Rodrigues foi varrida do mapa.

Outro exemplo da citada compreensão, dessa vez do corpo social associando o estigma de assassina a elementos relacionados à Samarco Mineração S/A, pode ser extraído da entrevista de Cristina Serra⁶⁶⁴ com Romeu Arlindo dos Anjos, a época funcionário do setor de geologia da Samarco Mineração S/A que foi atingido pela lama e conseguiu sobreviver:

Romeu contou que, nos últimos anos, a redução de custos havia virado uma mantra no setor de geotecnia. 'Queriam reduzir custos de todo jeito, diminuir mão de obra, uso de equipamento. Por exemplo: se usava cinco caminhões para um serviço, passava para dois. Era o assunto do ano: metodologias para manter lucros e produtividade e cortar custos. Tínhamos metas, éramos avaliados. Acabou que foi tudo abaixo.'

Continua Romeu⁶⁶⁵:

a empresa e o convívio com os colegas [após o crime] nunca mais foram os mesmos. 'Olham para nós, que fomos da geotecnia, com um olhar diferente, como se fôssemos culpados. Me senti culpado por um tempo. Mas culpados são os que sabiam de tudo e não fizeram nada para impedir o desastre.' Romeu relatou que vários colegas identificados pelo uniforme da empresa, já passaram pelo constrangimento de serem xingados na rua: 'lá vai o assassino'.

Mineração S/A em Mariana/MG como criminosa, pode-se destacar: VAZ, Tatiana. Samarco tenta resgatar imagem, mas gera revolta nas redes. *Exame*, [S. l.], 16 fev. 2016. Disponível em: <<https://exame.com/marketing/samarco-tenta-resgatar-imagem-mas-gera-revolta-nas-redes/>> Acesso em: 31 ago. 2020; CHEREM, Carlos Eduardo. Estudantes ocupam sede da Samarco em Belo Horizonte. *UOL*, [Belo Horizonte], 10 nov. 2015. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2015/11/10/estudantes-ocupam-sede-da-samarco-em-belo-horizonte.htm>> Acesso em: 31 ago. 2020; NOGUEIRA, Mariana. Com 'bolo de lama', grupo cobra mais ação do MPMG no caso de Mariana. *O tempo*, [S. l.], 05 nov. 2019. Disponível em: <<https://www.otempo.com.br/cidades/com-bolo-de-lama-grupo-cobra-mais-acao-do-mpmg-no-caso-de-mariana-1.2258316>> Acesso em: 20 nov. 2020; MELO, Danielle. Atingidos pela Samarco ocupam linha da Vale no ES. *MST*, [S. l.], 15 mar. 2017. Disponível em: <<https://mst.org.br/2017/03/15/atingidos-pela-samarco-ocupam-linha-da-vale-no-es/>> Acesso em: 31 ago. 2020.

⁶⁶³ SERRA, op. cit., p. 19-20.

⁶⁶⁴ Ibid., p. 372.

⁶⁶⁵ Ibid.

É possível observar nos relatos colacionados que as estruturas de sentido construídas a partir da vivência do contexto, pelas vítimas, pelos funcionários ou pelo próprio corpo social, não são só no sentido de a Samarco Mineração S/A ser capaz de ação, como socialmente atribuem um significado às ações por ela realizadas, imputando à pessoa jurídica a responsabilidade pelas mortes e pela destruição. Assim, há a substituição da razão técnico instrumental pela razão prática como força motriz do sistema, deixando de lado o embate entre norma de valoração e norma de determinação de modo a priorizar a resposta por exigências de justiça⁶⁶⁶. Nesse sentido, pontua Busato⁶⁶⁷:

a razão fundamental pela qual existe o sistema jurídico é responder a exigências de justiça. O que pretende a norma jurídica é ser essencialmente válida, cuja pretensão obviamente não resta satisfeita com a presunção de legitimidade formal. Também é certo que não se pode aspirar sua conversão em norma moral, pois, ainda que pretenda afirmar-se por si mesma e não em relação a um fim, não aspira o aperfeiçoamento humano, mas simplesmente a gerir a ordem coexistência humana.

Como ressaltado no segundo capítulo, parece correto afirmar que a teoria da ação significativa, por ser lastreada nas regras dos jogos de linguagem utilizados para dotar o mundo de significado, extrai do entendimento de ação penalmente relevante o caráter ontológico e, conferindo um caráter normativo, possibilita a identificação de comportamentos de entes fictícios que possam ameaçar ou lesionar bens jurídicos essenciais. De tal modo, sob a citada ótica, é possível a responsabilização penal de pessoas jurídicas sem comprometer ou depender da responsabilização de pessoas naturais envolvidas.

Em consequência, como melhor exposto no segundo capítulo, há a reestruturação da teoria analítica do delito visando a criação de uma teoria significativa do delito, com a consequente ressignificação de seus elementos característicos – tipicidade, ilicitude e culpabilidade. A primeira, por exemplo, é substituída por uma pretensão conceitual de relevância – tipicidade formal – com seus elementos subjetivos extraídos das manifestações externas do agente, não guardando relação com os processos psicológicos do mesmo. Em igual forma, o componente material – tipicidade material –, a afetação de um bem jurídico, passa a ser entendido como a ofensividade – lesão ou perigo. Assim, a mencionada proposição, ao extrair o elemento subjetivo da análise da conduta penalmente relevante e trabalhar com a teoria da imputação objetiva, permite a criação de uma teoria do delito capaz de conglobar pessoas

⁶⁶⁶ BUSATO, op. cit., 2012a, p. 200-201.

⁶⁶⁷ Ibid., p. 201.

naturais e entes fictícios⁶⁶⁸.

Como pode se observar, a utilização de paradigmas estruturados nas teorias da argumentação e da comunicação – por não utilizarem uma compreensão ontológico-personalista da ação penalmente relevante, fundada em uma lógica determinista – permitem uma compreensão diferente do tema, desvinculando seu núcleo da conduta e da consciência humana e possibilitando a abrangência dos entes fictícios em uma única teoria do delito polivalente. Ainda que o finalismo de Welzel e o funcionalismo teleológico de Roxin signifiquem gigantescos avanços na teoria analítica do delito, suas fundamentações filosóficas trazem possíveis limitações à completa compreensão do fenômeno criminológico no século XXI. Considerando que as balizas políticas criminais constitucionais indicam uma autorresponsabilização penal das pessoas jurídicas de forma exemplificativa, o aqui exposto se direciona para a plausível necessidade de incremento do debate sobre as teorias da ação e, conseqüentemente, sobre a teoria do delito, de modo a modernizar sua formulação no Ordenamento Jurídico pátrio.

Feitas breves pontuações sobre a compreensão da conduta penalmente relevante, parece interessante a realização de uma abordagem dos possíveis modos de se conceber a culpabilidade dos entes fictícios. Adianta-se que a exposição a seguir, em igual forma ao presente item, objetiva-se tão somente ressaltar a necessidade de se atualizar o entendimento sobre o conceito analítico de delito, ressignificando seus elementos de modo a abranger a realidade que é a delinquência proveniente das pessoas jurídicas.

4.2.3. Culpabilidade da pessoa jurídica e os crimes da Samarco Mineração S/A

Como já pontuado no segundo capítulo deste trabalho, a partir de Von Lizst e de sua fixação como reprovação de um injusto penal e o entrelaçamento à ideia de “poder atuar de outro modo”, o conceito e o conteúdo da culpabilidade figuram como um dos maiores pontos de embate da dogmática penal nos tempos atuais. Por se tratar de uma análise a posteriori, torna-se excessivamente difícil, impossível na concepção de alguns, comprovar a possibilidade de atuação de forma adversa por parte do agente no caso concreto⁶⁶⁹. Ainda que de extrema importância à dogmática penal, as poucas linhas que limitam este trabalho, bem como seu objetivo, impedem que se adentre mais aprofundadamente nas questões jurídicas e filosóficas

⁶⁶⁸ Ibid., p. 202-203.

⁶⁶⁹ BUSATO, op. cit., 2015, p. 77-78.

acerca da problemática comentada.

Contudo, cabe destacar a aparente inadequação dos conceitos finalistas e funcionalista de culpabilidade, bem como das estruturações da teoria analítica do delito deles decorrentes, para explicar o fenômeno criminal advindo das condutas dos entes morais. Em verdade, as supracitadas modalidades de entendimento de crime são fundadas em paradigmas ontológico-personalistas, dando papel central a vontade humana, o que, aparentemente, as torna filosoficamente⁶⁷⁰ incongruentes com a autorresponsabilização penal das pessoas jurídicas⁶⁷¹ e, em igual forma, incapazes de compreender de forma exaustiva as balizas político-criminais da Constituição da República de 1988.

Por tal razão, visando contribuir com o estímulo ao debate de um novo paradigma de racionalização das categorias estruturantes do delito com o fito de abranger a ação de pessoas naturais e de entes fictícios capazes de ameaçar ou lesionar bens jurídicos, o presente item pretende correlacionar alguns fatos levantados no capítulo anterior com um raciocínio semelhante a pretensão de reprovação – oriunda da teoria significativa do delito. Novamente, como já exaustivamente pontuado, a explanação a seguir não objetiva estruturar ou propor um sistema de compreensão da ação penalmente relevante, mas apenas demonstrar, de forma rarefeita, a existência de outros prismas para se analisar a temática e a necessidade de ventilá-los no embate dogmático nacional.

Na concepção significativa do delito, a pretensão de reprovação exerce um papel semelhante ao que a doutrina tradicionalmente denomina de culpabilidade, tratando-se da reprovação jurídica do autor do fato que, podendo agir de maneira coadunante com o direito, opta por violá-lo⁶⁷². Tratando da afirmação do crime, passando pela pretensão de relevância e pela pretensão de ilicitude, pontua Busato⁶⁷³ sobre a pretensão de reprovação:

assim, para a afirmação do crime, não basta que o sujeito tenha praticado dolosa ou culposamente um tipo de ação ou omissão, e que esse tipo de ação ou omissão seja ofensivo a um bem jurídico e não esteja, de algum modo, justificado ou permitido. É

⁶⁷⁰ Sobre as supostas falhas filosóficas na estruturação da culpabilidade, remontando as ideais de Vives Antón, Busato pontua que estas residiriam na utilização do determinismo como lastro teórico. Por um ponto de vista físico, admitir o determinismo é considerar a regência de leis físicas predeterminadas e o condicionamento absoluto e imutável do mundo empírico, não fazendo sentido a atribuição de qualquer tipo de responsabilidade. Já em uma visão lógica, como desenvolvido por Hume, em razão do raciocínio humano se dar tanto de forma indutiva, quanto de forma dedutiva, a análise da necessidade condicionante das ações humanas é, em verdade, a impressão do observador – moldada pela uniformidade observada nos acontecimentos naturais – e não do objeto. Portanto, por seu rigorismo, o determinismo, físico ou lógico, é problemático e incapaz de sustentar uma estrutura de responsabilização penal (Ibid., p. 80-81.)

⁶⁷¹ Ibid., p. 80-82.

⁶⁷² Ibid., p. 521.

⁶⁷³ Ibid.

necessário, ainda, que o sujeito questão seja passível de reprovação pelo sistema jurídico, coisa que somente ocorrerá se ele reunir características básicas dessa capacidade genérica de sofrer a reprovação, ao que se denomina imputabilidade, e possa, nas condições dadas em que o fato ocorre, perceber a ilicitude de sua ação.

A pretensão de reprovação se dirige ao autor do fato, reprovando-o pela sua ação ou omissão – e não pela simples condição de ser –, conforme a possibilidade ou não de se exigir um comportamento de maneira consonante ao direito. Importante frisar que não se trata de uma análise de conteúdo moral, pautada na concepção de livre-arbítrio, mas uma reprovação jurídica, guiada por duas premissas: a consideração de validade da norma e a consideração do autor do fato como detentor de uma atitude participativa e capacidade de crítica⁶⁷⁴.

Entendendo a ação como a expressão de um sentido, a pretensão de reprovação, como culpabilidade, estabelece quem é o responsável por tal expressão. Como acima pontuado, a existência de uma expressão de sentido requer a liberdade de ação, de modo a retirar da culpabilidade qualquer vinculação ao livre-arbítrio, não sendo a liberdade o fundamento material da culpabilidade. De tal maneira, a culpabilidade – compreendida como a pretensão de reprovação essencial à pretensão de justiça no caso concreto por meio da incidência específica de uma norma – é composta por uma dimensão formal e por uma dimensão material. A primeira pode ser compreendida como as características do sujeito, apontadas pelo ordenamento jurídico, necessárias à imputação de responsabilidade penal – por exemplo, a maioria penal, fixada pela Constituição da República sob um crivo biológico. A segunda é extraída do exame concreto e circunstancial, sob o enfoque de quais pressupostos pode-se utilizar para afirmar a existência efetiva de liberdade no comportamento⁶⁷⁵⁶⁷⁶.

Portanto, para reprovar ao sujeito sua atitude, é necessário que ele aja com a capacidade de compreender e avaliar suas condutas dentro do contexto normativo – imputabilidade – e ciente, ou ao menos com a capacidade de ter a ciência, de que está violando o direito – consciência da ilicitude⁶⁷⁷. Por óbvio, para aferição da imputabilidade de uma pessoa

⁶⁷⁴ Ibid., p. 554.

⁶⁷⁵ Sob a análise das dimensões formais e materiais da culpabilidade, soa interessante colacionar algumas observações feitas por Busato: “Resulta evidente aqui que se incluem análises de cunho sociológico a respeito dos condicionamentos pessoais e sociológicos dos agentes, não desprezando, portanto, aspectos criminológicos relacionados com a chamada coculpabilidade. Porém, não se assume o determinismo, nem em sua vertente mais suave, posto que se trata de uma afirmação da liberdade que não despreza os condicionamentos e não da afirmação dos condicionamentos para a exclusão pura e simples da responsabilidade. Resumidamente, se pode dizer que a análise da culpabilidade é a análise concreta de se a expressão de sentido que traduz a atuação de uma pessoa que realizou uma conduta incriminada transmite o sentido de que, no caso concreto, ela podia ter se portado de acordo com o que prescreve a norma.” (Ibid., p. 555).

⁶⁷⁶ Ibid., p. 554-555.

⁶⁷⁷ Ibid., p. 556.

jurídica, a capacidade de compreensão e de valoração, bem como a atuação conforme essas noções desenvolvidas, não deve levar em conta fatores físicos, biológicos ou psíquicos, mas pode-se cogitar seu balizamento pelo estado da técnica nas diferentes áreas do saber, a disponibilidade de acesso a essas informações ou a efetiva busca de um desenvolvimento informado e planejado da atividade. Em igual modo, não há de falar em menoridade, doença mental, embriaguez, paixão ou emoção para analisar a culpabilidade de entes fictícios, mas é possível analisar as políticas corporativas que os guiam, inclusive a existência e o desenvolvimento de programas de integridade.

Já em relação a consciência da ilicitude, essa pode ser entendida no reconhecimento de que o autor possuía consciência de que atuava de forma contrária ao direito, sendo tal pretensão de reprovação referente ao autor, mas relativa ao fato praticado⁶⁷⁸. Nesse sentido, ainda que seja equívoco o entendimento do qual seria o objeto do conhecimento, a melhor compreensão parece ser aquela que, sobre uma perspectiva material, o define como a lesão a um bem jurídico protegido pelo tipo injusto, desnecessária a ciência da punibilidade legal da ação e insuficiente a mera noção de lesividade social^{679, 680}.

Aplicando esse breve levantamento teórico ao exemplo acima desenvolvido – a possível atribuição social de significado às ações da Samarco Mineração S/A como causadoras da morte de 19 pessoas –, é preciso, já de princípio, pontuar a total imputabilidade do ente moral. Soa esdrúxulo pensar em maioria penal para entes morais, parecendo mais acertado considerar a pessoa jurídica imputável desde sua criação. Ainda que se cogite considerar o maior ou menor grau de organização da empresa como medida de sua capacidade de

⁶⁷⁸ Ibid., p. 569.

⁶⁷⁹ Ibid., p. 571.

⁶⁸⁰ Em complementação a exposição, figura como interessante a exposição das críticas tecidas por Busato, o qual coloca que: “[as proposições hoje predominantes] Não parecem essas as melhores soluções, mesmo sendo as de maior receptividade doutrinária. Isso porque segue existindo aqui uma *standartização* imprópria ao caráter pessoal que deve ter o juízo de culpabilidade. A valoração do *profano*, do *leigo* é, na verdade, a valoração de *um* leigo, de *um* profano que, na realidade, não é leigo! É que o encarregado de reconhecer a potencial consciência da ilicitude é o juiz e, portanto, ele verificará se o sujeito possuía condições de conhecer o caráter ilícito do fato como um leigo. Ocorre que a valoração do juiz não é a de um leigo. Como seria possível ao juiz conceber o pensamento de um leigo se esse não é o pensamento do próprio juiz? Não existe ontologicamente nenhum processo humano de *desconhecimento* de um objeto previamente apreendido, salvo os acidentes encefálicos. Assim, como poderá o jurista despir-se da condição de jurista e avaliar o que é o conhecimento *leigo* da ilicitude? Obviamente, a *vagueza* desse conceito não permite dotar a imputação do caráter pessoal referido ao autor, nem mesmo em sua forma matizada, proposta por Roxin. Em tempos de afirmação da culpabilidade com dimensão social, do princípio de coculpabilidade e da funcionalização do sistema penal em prol da ideia de mínima intervenção, é absolutamente necessário incluir nessa valoração um componente pessoal comunicativo, ou seja, é imperioso valorar a possibilidade de conhecer o injusto a partir das condições que o sujeito expressa em seu agir comunicativo. Só assim estarão incluídas todas as variáveis pessoais de sua evolução social e vida de relação, de modo a permitir uma análise pessoal dessa componente da culpabilidade. (Ibid., p. 571-572.)

compreender e avaliar suas condutas dentro do contexto normativo, a própria ideia de organização visando um fim, inerente aos entes ficcionais, já afasta qualquer possibilidade de inimizabilidade, podendo, talvez, influenciar a graduação da culpa.

Já no contexto da Samarco Mineração S/A, pelo porte da empresa e pela complexidade de sua atividade, o grau de organização e de disponibilidade de informação eram, inegavelmente, gigantescos. Sem contar a estrutura interna da empresa – a qual contava com diversos quadros técnicos especializados em geotecnia e em gestão de barragem⁶⁸¹ –, durante toda operação da barragem houve diversas contratações de empresas especializadas para a realização de estudos sobre a estabilidade e o funcionamento de Fundão, além de, em alguns casos, também monitorarem a estrutura – em exemplo, a Pimenta de Ávila Consultoria⁶⁸², a VogBR⁶⁸³ e a GeoFast⁶⁸⁴. Ademais, desde abril de 2011, o *Independent Tailings Review Board*, um grupo de especialistas de renome nacional e internacional, possuía autonomia para checar, avaliar, criticar e recomendar diretrizes para práticas operacionais da empresa, reportando-se diretamente à Diretoria⁶⁸⁵.

Como se pode observar, a Samarco Mineração S/A possuía um grau de organização mais do que suficiente para compreender e avaliar suas condutas dentro do contexto normativo, o que é natural ao próprio desenvolvimento de atividade econômica. Pode-se aferir isso pelo fato da empresa possuir ciência: do modo correto de operação da barragem – como indicado pelo Manual de Operações de 2012, constantemente desrespeitado⁶⁸⁶; da pré-ruptura associada ao processo de liquefação estática do rejeito – como se extrai do relatório elaborado pela Pimenta de Ávila Consultoria⁶⁸⁷; dos efeitos advindos de um eventual rompimento da barragem – como se vê no Manual de Riscos Corporativos⁶⁸⁸ e pela indicação da necessidade de se realocar Bento Rodrigues feita pelo ITRB⁶⁸⁹.

Contudo, mesmo sendo capaz de avaliar suas ações dentro do contexto normativo – imputabilidade – e de saber que suas ações contrariavam ou poderiam contrariar o direito – consciência da ilicitude –, a empresa continuou agindo de forma inconsequente, mantendo sua política de maximização de lucros e diminuição de custos, sem se importar com os possíveis

⁶⁸¹ BRASIL, op. cit., nota 344, p. 165-166.

⁶⁸² Ibid., p. 78, 86, 97, 98, 132, 174.

⁶⁸³ Ibid., p. 29-30, 109-110, 114, 128.

⁶⁸⁴ Ibid., p. 156.

⁶⁸⁵ Ibid., p. 165, 168, 170.

⁶⁸⁶ Ibid., p. 150.

⁶⁸⁷ Ibid., p. 139.

⁶⁸⁸ Ibid., p. 185.

⁶⁸⁹ Ibid., p. 163.

riscos. Corroboram com tal compreensão os relatórios 2015- GGH 02 Falha Crítica no processo de implementação de barragens- e 2015- GGH 03 Falha Crítica no processo de implementação de barragens-, os quais avaliavam como não confiáveis os requisitos de operação e de segurança de barragens, qualificando-os como em estado crítico e apontando a necessidade de revisão urgente do controle associado ao “Plano de Continuidade de Negócios” – barragens – e ao “Plano de Ações Emergenciais”, bem como previam a possibilidade de ruptura pela liquefação do rejeito ensejadas pelo deslocamento do barramento principal para montante – exatamente como ocorreu em 5 de novembro de 2015⁶⁹⁰.

É preciso ainda destacar a postura de desídia da Samarco Mineração S/A para com os seus consultores externos, aqueles que, em teoria, serviriam como um contrapeso em algumas decisões e políticas corporativas. Por exemplo, em setembro de 2015, pouco antes do colapso de Fundão, mesmo com todos os sinais de pré-ruptura, em vez de promover o retorno do eixo do Dique 1, como recomendado pela Pimenta Ávila Consultoria e pela ITRB, a decisão da empresa foi de manter o desvio em prol das obras de expansão da barragem e continuar os alteamentos, fatos determinantes no colapso da estrutura⁶⁹¹. Também é possível ressaltar as reclamações da auditoria independente no sentido de que a empresa não proporcionava as condições necessárias ao pleno desenvolvimento dos trabalhos, omitindo informações, repassando dados de forma incompleta ou extemporânea⁶⁹².

De tal forma, pelo exposto, é possível aferir elementos que compõe a pretensão de reprovação da Samarco Mineração S/A pelas possíveis atribuições sociais de significado que consubstanciam suas ações e lhe imputam a morte de 19 pessoas. Repisa-se que a exposição realizada tenta se aproximar do que poderia vir a ser parte da aferição da culpabilidade em uma teoria significativa da ação, não tendo a finalidade de propor um modelo, mas de fomentar a discussão com a indicação de possibilidades.

Como demonstrado por diversas vezes ao longo do presente capítulo, é evidente a predominância de uma política corporativa apenas voltada para o lucro, independentemente da criação ou da majoração de riscos, no bojo da Samarco Mineração S/A. Por tal razão, também figuram como interessantes para abranger a culpabilidade da mineradora nos crimes advindos pelo colapso da barragem de Fundão as formulações de Gunter Heine e Adan Nieto Martin

⁶⁹⁰ Ibid., p. 186-188.

⁶⁹¹ Ibid., p. 138.

⁶⁹² Ibid., p. 170.

sobre o tema, as quais são baseadas nas falhas organizacionais criadoras de riscos⁶⁹³. Destaca-se que para evitar a maçante repetição dos fatos já exaustivamente levantados na presente exposição, opta-se pela abordagem dos mencionados pensamentos sem a tentativa de correlacioná-los com a exposição do capítulo anterior, uma vez que já repisada ao longo do trabalho a dinâmica delitiva na mente do leitor, essa fará tal trabalho.

Gunter Heine busca desatrelar a culpabilidade dos entes morais das estruturas comumente utilizadas para compreender a das pessoas naturais, propondo uma categoria sistêmica com requisitos normativos derivados do consenso social e entendida como um conceito análogo-funcional ao de culpabilidade individual. Nesse sentido, a responsabilidade penal da pessoa jurídica independeria dos comportamentos individuais, sendo fundada na análise da administração incorreta do risco e da materialização do perigo típico da atividade desenvolvida pela empresa. A culpabilidade seria obtida pelo julgador com base na administração dos riscos próprios da atividade empresarial e na atitude empresarial efetivamente adotada – ou seja, na averiguação de existência de falhas na organização das estruturas empresariais em decorrência de uma concreta atitude empresarial, como, por exemplo, a adoção de uma nova tecnologia sem as precauções necessárias para minimizar ou evitar os riscos que dela possam advir⁶⁹⁴.

Também pensando na inadequada gestão de riscos, Adan Nieto Martín estrutura a autorresponsabilização dos entes fictícios com base na falha organizacional que torna incapaz

⁶⁹³ Em complementação a exposição, parece interessante aqui colacionar parte do pensamento de Leonardo Simões Agapito, Matheus de Alencar e Miranda e Túlio Felliipe Xavier Januário, os quais abordam o como a responsabilidade penal da pessoa jurídica pode ser um instrumento para a mudança de políticas corporativas e afirmam que: “o segundo momento de abertura ao ambiente tutelado se dá na esfera da culpabilidade e sua necessária reposta em termos de prevenção geral positiva, que somente se dá com impacto sobre a cultura organizacional de uma empresa. Com isso, não se está a dizer que a verificação da responsabilidade penal somente se dará sobre presidente e diretores, mas que a aferição a partir de princípios parte de uma análise de gestão e, por essa razão, de uma máxima diligência em implementação de uma cultura de sustentabilidade, prevenção, precaução etc. Se a alta cúpula da empresa é comprovadamente diligente, a responsabilidade então passa para os níveis inferiores, seguindo o fluxograma da própria empresa e a delegação legítima de deveres e responsabilidades, a depender da atividade exercida. Em síntese, o que se tem é: a) responsabilidades se iniciam com os superiores e só podem ser passadas adiante a partir de uma delegação legítima; b) um funcionário não pode ser responsabilizado por falta de diligência ou violação de dever se a organização empresarial não o preparou para assim atuar (oferecendo treinamento, *hotlines* em caso de irregularidades, acompanhamento constante por supervisores, incentivando o comprometimento com os valores da empresa); c) a responsabilidade penal por parte de superiores hierárquicos não necessariamente absorve toda a responsabilidade de seus supervisionados, mas a reduz (culpabilidade); d) não se consideram aqui “deveres” de gerência, mas o conceito de “boa decisão”, ou seja, não se trata de verificar um agir ou deixar de agir, mas sim de verificar se a decisão tomada era bem informada, desinteressada, refletida, debatida com interessados legítimos e razoável [seguir caminho, semelhante à *Business Judgement Rule*]; e) deve o direito penal não apenas seguir critérios jurídicos, mas compreender o ambiente empresarial desde sua linguagem própria, que em parte é facilitada pelos instrumentos de governança corporativa”. (AGAPITO; MIRANDA; JANUÁRIO, op. cit., p. 181-182.)

⁶⁹⁴ BARBOSA, op. cit., p. 120-122.

a empresa de gerir os riscos normais a sua atividade – sejam estes independentes de um comportamento individual, sejam derivados de condutas dolosas ou imprudentes dos componentes da estrutural empresarial. De tal maneira, entende-se a culpabilidade como um defeito organizacional da empresa – em exemplo, a inércia na criação de sistema de prevenção de riscos –, o que ensejaria uma busca de autorregulação por parte da pessoa jurídica e transferiria os custos da prevenção de fatos delitivos do Estado para as empresas.⁶⁹⁵

Inegavelmente as condições de segurança das barragens de rejeitos eram parte dos riscos operacionais da Samarco Mineração S/A, sendo essencial a criação de um programa capaz de não só identificar, avaliar e monitorar os riscos, principalmente de colapso, mas de controlá-los e mitigá-los de maneira efetiva. Mesmo constando no Relatório Anual de Sustentabilidade de 2014⁶⁹⁶ que, para assegurar o respeito aos direitos humanos, a empresa investiu na conformidade em todos os níveis e processos por meio do *compliance*, com estabelecimento de políticas, de treinamentos, de processos, de estruturas e de mecanismos de controle, o que se vê na estrutura organizacional de gestão de barragens é que tal incumbência era relegada a um consultor⁶⁹⁷, o qual não tem nem papel fixado no organograma ou nos grupos temáticos⁶⁹⁸. Ademais, a ciência da real possibilidade de rompimento da barragem e a inércia da empresa em adotar medidas de redução de eventuais danos em prol da redução de custos⁶⁹⁹, indicam um mero papel simbólico do setor responsável pela gestão de riscos, com pouca influência sobre as políticas ditadas pela cúpula da empresa.

Em razão da sua capacidade mitigatória dos defeitos organizacionais e direcionadora da conduta – atividade – do ente moral no sentido do ordenamento jurídico, é evidente a ligação entre os programas de *compliance* e a culpabilidade das pessoas jurídicas. Por tal razão, pode-se compreender os programas de cumprimento como réguas da culpabilidade do ente moral⁷⁰⁰, demonstrando-se como essenciais o seu desenvolvimento dogmático, seu incentivo e sua efetiva realização. Pois, parafraseando as palavras de Artur de Brito Gueiros Souza⁷⁰¹, *compliance* e responsabilidade penal da pessoa jurídica são as duas faces da mesma moeda,

⁶⁹⁵ Ibid., p. 144-145.

⁶⁹⁶ RELATÓRIO..., op. cit., 2014, nota 485, p. 12.

⁶⁹⁷ BRASIL, op. cit., nota 344, p. 169

⁶⁹⁸ Ibid., p. 165-166.

⁶⁹⁹ Ibid., p. 53-55 e 163.

⁷⁰⁰ TANGERINO, Davi de Paiva, Costa. A responsabilidade penal da pessoa jurídica para além da velha questão de sua constitucionalidade. *Boletim do IBCCRIM*, [S. l.], ano 18, n° 214, set. 2020, p. 17-18. Disponível em: <<https://wp.ibccrim.org.br/artigos/214-setembro-2010/a-responsabilidade-penal-da-pessoa-juridica-para-alem-da-velha-questao-de-sua-constitucionalidade/>> Acesso em: 20 nov. 2020, p. 17/18.

⁷⁰¹ DIÁLOGOS..., op. cit., nota 300.

sendo o primeiro uma técnica preventiva da segunda.

Reforça o pensamento supra o fato dos riscos inerentes ao desempenho de atividade econômica ganharem maiores dimensões e possível irreversibilidade no caso de sua concretização a medida em que a sociedade, e sua inter-relações, se tornam mais complexas. Nessa toada, não parece uma boa estratégia a fixação de parâmetros para análise e para contenção das falhas organizacionais e dos riscos somente após a concretização da lesão do bem jurídico penalmente relevante. Por outro lado, não soa como plausível ditar parâmetros rígidos de organização ou obstar a assunção de risco pelas empresas, pois tal forma de regramento desconfiguraria a liberdade necessária para a organização da economia em mercado. Assim, parece mais efetiva a implementação de programas de *compliance*, ensejando o autocontrole e a modulação da política corporativa de riscos direcionando a pessoa jurídica a agir de maneira coadunante com o direito.

Dentre os elementos básicos de um eficiente mecanismo interno de prevenção de infrações no âmbito das corporações, a criação de canais de denúncias para os trabalhadores figura como uma promissora medida para o incremento na prevenção e na repressão de irregularidades antes da ocorrência de efetivas lesões à bens jurídicos⁷⁰². Assim, por trazer à lume comportamentos ilícitos, imorais ou contrários ao interesse público ocorridos no âmbito de organizações ou por parte dessas, o fomento à figura do informante – *whistleblower* –, bem como sua melhor proteção de represálias *interna corporis*, é uma das principais estratégias político-criminais contemporâneas no combate à criminalidade do colarinho branco⁷⁰³. Para além das já existentes disposições nesse sentido – destaque para o Decreto nº 8.420/2015, o

⁷⁰² Para fins elucidativos da importância do citado meio, parece interessante colacionar algumas palavras de Artur de Brito Gueiros de Souza acerca de um episódio ocorrido na Vale S/A antes do rompimento da barragem B1 – de propriedade da citada empresa e localizada no município de Brumadinho/MG: “No dia 9 de janeiro de 2019, poucos dias antes do rompimento da Barragem I em Brumadinho/MG, um funcionário da empresa Vale enviou e-mail para o então presidente da companhia, sr. Fabio Schvartsman. Na mensagem eletrônica, com título A verdade!, o funcionário que não quis se identificar, teceu longa crítica às operações da mineradora, fazendo afirmações no sentido de que as barragens estariam 'no limite', bem como que haveria necessidade de mudanças para que 'condições mínimas de operação segura para pessoas e instalações fossem garantidas'. Segundo a denúncia criminal oferecida pelo Ministério Público de Minas Gerais ao Poder Judiciário daquele estado, em vez de aceitar a crítica e demandar eventual apuração visando corrigir equívocos e garantir a segurança de pessoas e instalações, a reação do ocupante da presidência da corporação foi outra. Ele iniciou uma troca de e-mails com pessoas-chave na estrutura de ética, governança e auditoria inter da Vale, com o objetivo de identificar e punir o autor das informações contidas na mensagem inicial. Dessa feita, diante da representação anônima que predizia uma real preocupação, entre outras, com a situação de insegurança das barragens da empresa, o Sr. Fabio Schvartsman exigiu e cobrou uma série de providências para saber o nome do informante [...]” (SOUZA, Artur de Brito Gueiros. O informante no contexto dos sistemas de compliance. In: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Inovações da Lei nº 13.964 de 24 de dezembro de 2019*: Coletânea de artigos. Coordenação e organização: Andréa Walmsley, Lígia Cireno, Márcia Noll Barbosa. v. 7. Brasília, DF: MPF, 2020, p, 33-34.)

⁷⁰³ Ibid., p. 38-39.

qual coloca como requisito dos programas de integridade a existência de canais de denúncia de irregularidades⁷⁰⁴ –, a Lei nº 13.964/2019 aprimorou significativamente o tratamento dado aos exercentes de funções públicas que denunciem irregularidades no âmbito da administração pública, indicando um direcionamento do Ordenamento Jurídico pátrio à ampliação da prática do *whistleblowing*⁷⁰⁵.

Realizados breves comentários acerca da culpabilidade das pessoas jurídicas a luz dos crimes da Samarco Mineração S/A em Mariana/MG, entendendo pela inadequação das principais visões acerca da teoria analítica do crime – finalista e funcionalista – para abrangê-los, é possível perceber a necessidade de modernização da concepção do delito por meio da reestruturação e da resignificação de suas categorias consubstanciadoras. Para tanto, figuram como essenciais a adoção de um paradigma expansionista do direito penal e, por força do princípio da legalidade, a realização de alterações legislativas.

Contudo, como já pontuado, ainda que a Constituição da República preveja a ampla autoresponsabilização dos entes fictícios, a maioria da doutrina pátria defende o retorno do ucrônico Direito Penal liberal do século XIX. Em igual maneira, mesmo que a Carta Política adote um modelo social de estado, a linha econômica e regulatória de governo que hoje se desenvolve é permeada pela ideologia neoliberal. Pelos pontos elencados contrariarem a aqui defendida modernização da teoria do delito, figura como necessária uma breve retomada dos pontos levantados acerca da tríade consubstanciadora das ciências criminais à luz os crimes da Samarco Mineração S/A em Mariana/MG.

4.3. Samarco Mineração S/A, um exemplo da urgência na modernização do Direito Penal

Desde que Sutherland constatou a implementação diferenciada da lei penal e cunhou o termo “crimes do colarinho branco” para se referir à criminalidade profissional dos estratos superiores da sociedade, fica cada vez mais evidenciada a forma seletiva com que os rótulos de criminalização são distribuídos⁷⁰⁶. As lesões a bens jurídicos penalmente relevantes realizadas

⁷⁰⁴ Ibid., p. 44.

⁷⁰⁵ Ibid., p. 47-48.

⁷⁰⁶ Parece interessante colacionar os entendimentos de Luis Gracia Martín sobre o princípio da legalidade como uma garantia aos estamentos superiores da sociedade em um Direito Penal liberal, funcionando não só como uma proteção da propriedade privada, como uma exclusão das suas condutas da rotulação criminal. Concretamente, para as classes poderosas, o princípio de legalidade é uma garantia múltipla, pois: a) é uma garantia de proteção de “suas” esferas de liberdade material abundante ou superabundante frente a todos os possíveis ataques das classes sociais subordinadas e relegadas por aquelas esferas de liberdade material escassa ou superescassa; b) ao mesmo

pela Samarco Mineração S/A no quando do rompimento da barragem de Fundão que – apesar de socialmente ganharem o significado de crime e, materialmente, podem assim ser compreendidas – não são formalmente considerados delitos, corroborando com o entendimento do beneficiamento das classes sociais mais abastadas na seleção dos comportamentos ditos criminosos, em especial quando estes se relacionam ao desempenho de atividades econômicas e fazem a utilização de pessoas jurídicas.

Embora a política criminal constitucionalmente erigida seja no sentido da ampla autorresponsabilização dos entes fictícios e mesmo que a fungibilidade dos instrumentos – substitutividade e menor relevância das pessoas naturais subordinadas aos entes morais – demonstre a ineficácia preventiva na simples responsabilização de funcionários de empresas envolvidas em delitos, em razão das limitações legais e da estruturação da teoria do delito, a mineradora, bem como suas controladoras, apenas foram denunciadas por crimes contra o meio ambiente. Tal proteção deficiente é a marca de um Direito Penal liberal – um pouco mitigada pela adoção do Direito Penal Ambiental mas – que, contrariando o Estado Social estabelecido pelo constituinte de 1988, se presta à proteção da propriedade privada injustamente distribuída, sendo leniente com os abusos na utilização da mesma⁷⁰⁷.

Os já mencionados danos advindos do colapso de Fundão possuem tão relevante vulto que, popularmente, são denominados como a morte do rio Doce, um verdadeiro ecocídio. Ainda que as reais consequências não possam ser precisadas, importante destacar que, além das 19

tempo, as garantias penais liberais – em especial o princípio da legalidade – duplicam seu valor para as classes poderosas mediante seu funcionamento discursivo material como garantias de exclusão das ações materialmente criminosas do discurso de criminalidade; c) não obstante, esta última garantia opera, por sua vez, também como garantia de expansão das esferas de liberdade material abundante ou superabundante de tais classes sociais, pois a exclusão de sua própria criminalidade do discurso lhes garante uma completa liberdade de atuação criminal (no sentido material) que atua como um motor dessa “expansão”. (GRACIA MARTIN, op. cit., p. 126-127.)

⁷⁰⁷ Ainda no pensamento de Luis Gracia Martin, se por um lado a legalidade estabelece uma linha de intangibilidade para os crimes dos poderosos, por outro há a estruturação de um corpo repressor visando a manutenção do *status quo*. Assim, “para as classes subordinadas, formalmente também são garantias, mas materialmente funcionam como instrumentos de classificação, disciplina e repressão de seu sistema material social de ação contra os bens jurídicos de cuja posse e fruição são excluídas em virtude do domínio superabundante dos mesmos pelas classes sociais poderosas. Concretamente, para as classes sociais submetidas, o princípio de legalidade opera materialmente: a) como instrumento de classificação, disciplina e repressão de sua existência condicionada pelas estruturas sociais, no sentido de que através dele as classes sociais poderosas traçam os limites dentro dos quais as classes submetidas poderão fazer uso de sua liberdade material (de ação) escassa ou superescassa; b) como instrumento de privação da liberdade de sua liberdade material (de ação) escassa ou superescassa no caso de qualquer uso desta que transcenda os limites daquela disciplina; c) mas ao mesmo tempo, e em virtude do princípio, que quero formular aqui, de que o volume ou quantidade total de liberdade teoricamente aceitos entre todos e cada um dos seres humanos é contante e invariável, a realização efetiva da garantia de expansão implica o princípio para as classes poderosas produz de imediato, e de um modo necessário, efeitos de 'contração' ou redução das esferas de liberdade material, escassa ou superescassa, das classes sociais subordinadas, pois qualquer expansão da liberdade de uma classe social só é imaginável a custa da redução da liberdade da outra.” (Ibid., p. 127-128).

peças mortas, centenas de famílias foram desterritorializadas, em sua maioria pescadores, indígenas, quilombolas, camponeses proprietários e assentados da reforma agrária⁷⁰⁸⁷⁰⁹. Ademais, mais de 424.000 pessoas tiveram o abastecimento de água diretamente comprometido⁷¹⁰.

Também chama atenção o impacto no PIB acumulado no ano do rompimento e no ano seguinte, o qual foi estimado entre R\$ 75 e 84 bilhões⁷¹¹. As mencionadas consequências demonstram que os efeitos de crimes relacionados com atividades econômicas de grande vulto e complexidade reverberaram por todo corpo social, afetando diretamente a produção e a circulação de riquezas, bem como o Estado em sua arrecadação e, conseqüentemente, o desempenho de políticas públicas.

Dessa forma, inegavelmente, o crime em estudo trouxe diversas lesões à bens jurídicos penalmente relevantes de diferentes pessoas, inclusive na ordem metaindividual. Como danos às pessoas que não possuíam nenhuma relação com a Samarco Mineração S/A, que não tinham nenhuma ingerência sobre a barragem e que não retiravam qualquer tipo de vantagem dela. Contudo, como reprodução e em defesa dos interesses da classe burguesa inseridos na raiz do pensamento liberal – e, conseqüentemente, do Direito Penal liberal –, ecoam no pensamento dogmático aliado ao discurso de resistência à expansão do direito penal vozes no sentido de que, em prol de um suposto desenvolvimento social, toda a sociedade deve arcar com os possíveis custos – inclusive a perda de vidas humanas – advindos do desempenho, em benefício de alguns, de atividades econômicas de risco – lógica que possivelmente coaduna com a parasitária ideia de privatização dos lucros e socialização dos prejuízos. Nesse sentido, extraído do pensamento de Silva Sánchez e de Prittwitz, Luis Gracia Martín anota⁷¹²:

vide, Silva Sánchez, *La expansión* (n. 17), p. 28, e especialmente pp. 42 ss., pois de acordo com a concepção tradicional do risco permitido 'a coletividade deve pagar o preço do desenvolvimento, admitindo que as empresas não adotem as máximas medidas de segurança nem empreguem materiais de máxima qualidade', já que 'do contrário, não poderia se obter o benefício que permite a acumulação de capital necessária para os investimentos e o crescimento; ou o progresso não se produzirá no ritmo adequado', daí que 'isso deve ser admitido ainda que saiba de antemão e não só

⁷⁰⁸ POEMAS, op. cit., nota 533, p. 65-66.

⁷⁰⁹ Tem fundamental relevo a grande ligação cultural, social e identitária com a terra devastada que os citados grupos possuem. Pois ele era o seu local de moradia e de trabalho, onde ocorria a construção de relações humanas com significados e sentidos específicos, por meio das quais os grupos afetados se identificavam e construíam sua noção de mundo. A desterritorialização, para além de danos materiais, traz danos culturais e psicológicos irreparáveis, significando para as pessoas deslocadas a perda da base sobre a qual, ao longo dos anos, suas noções de mundo e de convivência social foram construídas. Nesse sentido: *Ibid.*, p. 63.

⁷¹⁰ BRASIL, op. cit., nota 344, p. 20.

⁷¹¹ FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS, op. cit., p. 68.

⁷¹² GRACIA MARTÍN, op. cit., p. 97.

de modo genérico que lesões ou mortes vão ocorrer, mas sim que especificamente em uma determinada indústria elas terão lugar' (pp. 42 s.); vide também Prittwitz, *Strafrecht* (n. 59), pp. 378 ss. [sic].

Considerando que o Direito Penal Econômico, em especial a parte voltada ao meio ambiente – setor por excelência do Direito Penal moderno –, é caracterizado pelos bens jurídicos protegidos e pela relação do fato punível com o desenvolvimento de atividade econômica⁷¹³, torna-se evidente sua abrangência sobre os crimes da Samarco Mineração S/A em Mariana/MG. Destaca-se em especial o *modus operandi* da ação delitiva – por meio da instituição de uma política de majoração de lucros e redução de custos no âmbito de uma pessoa jurídica, de modo a aumentar em sobremodo, informadamente, os ricos de afetação de bens jurídicos penalmente relevante –, o qual extrapola a capacidade de imputação jurídico-penal dos instrumentos dogmáticos tradicionais.

Assim, como pontuado ao longo do trabalho, o caso em análise corrobora com a necessidade de atualização da teoria da ação penalmente relevante, de modo a romper com a sua estruturação ontológico-personalista – a qual é incapaz de compreender parte da criminalidade econômica, em sua grande maioria desenvolvida por meio de pessoas jurídicas com estruturas muito complexas. Em igual forma, as possíveis modernizações da concepção do delito por meio da reestruturação e da ressignificação de suas categorias consubstanciadoras requerem não só alterações legislativas, mas também, principalmente, o posicionamento contra-hegemônica dos operadores do Direito na construção discursiva da dogmática e de seus mecanismos⁷¹⁴.

Seja pela exposição dos instrumentos normativos realizadas no primeiro capítulo sob uma perspectiva do darwinismo jurídico, seja pela análise da fixação de um Estado Social Constituição da República de 1988 de modo a legitimar a intervenção estatal no campo econômico, inclusive por meio do *ius puniendi* estatal, parece claro um movimento legislativo em prol da responsabilização penal das pessoas jurídicas e da expansão do Direito Penal. Contudo, é forçoso reconhecer que apenas as alterações legislativas são insuficientes, pois, além da prevalência da ideologia neoliberal no âmbito governamental – o que por óbvio, maximizada

⁷¹³ Ibid., p. 63-64.

⁷¹⁴ Seja por não soar como razoável a ideia de flexibilização de garantias em prol da criminalização de “ex-cidadãos” - em verdade, a própria existência de uma pessoa excluída da sociedade por viver da criminalidade e assim perdendo os “direitos de um cidadão” soa como absurda, como atroz –, seja por não se prestar a defesa de bens jurídicos, mas do próprio ordenamento jurídico vigente, parece importante reafirmar que, no presente trabalho, em nenhum momento se considera o funcionalismo sistêmico de Jakobs como uma possibilidade ou uma fonte de possíveis inspirações para estruturação do Direito Penal.

pela relação promíscua entre governo e capital, leva à natural resistência à implementação de mecanismos eficientes de controle de atividades econômicas –, é necessário que a ruptura sistêmica seja embasada por elementos científicos produzidos pela dogmática penal.

Nesse sentido, Luis Gracia Martín⁷¹⁵ pontua que:

com efeito, se as novas regulamentações jurídico-penais se limitassem a introduzir um certo número de tipos relativos a condutas das classes poderosas, de modo isolado e, conforme o caso, meramente conjuntural e sem índole sistemática, então não seria possível ver naquelas nenhum fenômeno de ruptura. Para que se produza essa ruptura é necessário que a criminalização de condutas das classes poderosas tenha uma dimensão “totalizadora”, ou seja, tem que ser fundado e estruturado um “sistema” que classifique em tipos delitivos ordenados segundo os bens jurídicos a totalidade do universo de ações político-socialmente prejudiciais próprias e características do sistema de ação das classes poderosas; [...].

Assim, nas palavras do supracitado autor⁷¹⁶, a “modernização do Direito Penal é, e significa, luta pelo materialismo histórico da ordem do discurso de criminalidade”, ou seja, pode ser entendida como a luta pelo monopólio de dizer o direito e, conseqüentemente, estruturar o campo jurídico. A modernização⁷¹⁷ do Direito Penal é a ruptura com o modelo do Direito Penal liberal, a substituição da lógica privilegiadora do Estado Liberal pela inclusão da criminalidade material das classes sociais poderosas no discurso penal⁷¹⁸, nos moldes do Estado Social ao qual a Constituição brasileira se inclina⁷¹⁹.⁷²⁰

Nesse sentido, é preciso destacar que, no âmbito do Direito Penal, discurso⁷²¹ pode ser

⁷¹⁵ GRACIA MARTÍN, op. cit., p. 135.

⁷¹⁶ Ibid., p. 136.

⁷¹⁷ Cabe pontuar que para se qualificar algo como “moderno” – como se pretende com o Direito Penal – é necessário atender duas condições que delimitam a fronteira do antes com o depois. A primeira, num aspecto formal, é o surgimento de novos objetos ou, ao menos, a modificação substancial dos preexistentes. A segunda, analisada sob um viés material, é a ruptura com a antiga ordem ocasionada pelos novos objetos ou por suas novas formas, ou seja, a superação do que existia antes. Assim, para que o Direito Penal hodierno mereça adquirir a condição de moderno – e assim ser chamado nos moldes das “ciências do espírito” – é necessário que haja a real ruptura com o Direito Penal liberal, com a mudança de paradigmas e com a conseqüente estruturação de um Direito Penal condizente com um Estado Social (Ibid., p. 43).

⁷¹⁸ Ibid., p. 116-117.

⁷¹⁹ PANOEIRO, op.cit., p. 73.

⁷²⁰ Interessante ressaltar o entendimento de Luis Gracia Martín de que “do ponto de vista histórico-material, a modernização do Direito Penal deve ser entendida antes de mais nada como uma luta pelo discurso material de criminalidade, que deve ser vislumbrada no sentido de conquistar a integração, nesse discurso, de toda a criminalidade material própria das classes poderosas que estas mesmas classes conseguiram manter excluída daquele discurso graças ao domínio absoluto que exerceram sempre sobre o princípio de legalidade penal desde a sua invenção como um instrumento formal que inclui, mas que ao mesmo tempo, e sobretudo, - o que é mais importante – também exclui comportamentos criminosos no sentido material do discurso de criminalização.”. (GRACIA MARTÍN, op. cit., p. 115.)

⁷²¹ Para melhor compreensão do assunto, parece interessante colacionar o embasamento do conceito de discurso, fundando na filosofia foucaultiana, realizado por Luis Gracia Martín: É fundamental a compreensão de que o discurso é uma formação histórica determinada, pois aquele, segundo Foucault, forma-se a partir de “um a priori

compreendido como o “poder de definição e de exclusão da criminalidade, o mero fato de possuí-lo constitui para quem o tenha a condição decisiva da possibilidade de incluir no discurso da criminalidade de quem não tem esse poder [...]”⁷²². Assim, o embate discursivo e a tomada de espaço no âmbito acadêmico pelo pensamento em prol da expansão do Direito Penal é fundamental ao giro Copérnico exposto por Gracia Martin. De maneira semelhante, para a prevenção e repressão de crimes como os da Samarco Mineração S/A em Mariana/MG, para o combate efetivo da criminalidade econômica, é necessária uma mudança de postura dos operadores do Direito, de modo a ensejar o desenvolvimento e o amadurecimento dos instrumentos dogmáticos e jurisprudenciais essenciais para tanto.

Assim, parece aqui interessante explicitar a pontuação de Luis Gracia Martin⁷²³ sobre a criminalidade material das classes sociais poderosas, a qual, ainda que muito mais danosa ao corpo social, é excluída do conceito formal de crime pela visão liberal do Direito Penal:

uma criminalidade que, não apenas está excluída do discursos da criminalidade, mas que consiste em práticas que o discurso jurídico formal dota e reveste com muita frequência de toda a roupagem formal dos direitos subjetivos juridicamente garantidos e, com isso, do atributo da licitude formal, mas que, todavia, e ‘paradoxalmente’, é a portadora de uma danosidade social exponencial e de magnitudes cósmicas, até o ponto de que em uma comparação entre ela e a criminalidade tradicional das classes sociais baixas contra o patrimônio só pode resultar que esta última não pode assumir outra conotação senão a da insignificância e a da bagatela.

Também é preciso ter em mente que, como apontando no primeiro capítulo, a tríade consubstanciadora das ciências criminais deve ser entendida como um todo interligado. Na relação entre dogmática penal e política criminal, as críticas da primeira sobre a segunda, bem como as concepções por elas impostas, podem se elevar de condição de eficácia a condição existência do Direito Penal. Em via de mão dupla, a decisão política orienta a dogmática penal na interpretação teleológica das normas, possibilitando a adequação da doutrina com o restante

histórico... que torna possível todos os debates de opinião”, e que, “em uma época dada, recorta um campo possível do saber dentro da experiência, define o modo de ser dos objetos que aparecem nele, adapta o olho cotidiano dos poderes teóricos e define as condições nas quais é possível sustentar um discurso sobre as coisas reconhecido como verdadeiro.” A análise do discurso requer indagar acerca de “quais modalidades da ordem foram reconhecidas, postas, adequadas com o espaço e o tempo, para formar o pedestal positivo dos conhecimentos”, assim como se esforçar em “reencontrar aquilo a partir do qual foram possíveis conhecimentos e teorias”, ou seja, “sobre a base de qual a priori histórico e em qual elemento de positividade possibilitou-se o surgimento das ideias”, e, em resumo, requer tentar “trazer à luz o campo epistemológico, a episteme onde os conhecimentos, considerados fora de qualquer critério referido a seu valor racional ou a suas formas objetivas, mergulham sua positividade e manifestam assim uma história que não é a da sua crescente perfeição, mas a das condições de sua possibilidade” (Ibid., p. 118-119.)

⁷²² Ibid., p. 120.

⁷²³ Ibid., p. 117.

do ordenamento jurídico e com as variantes advindas da dinâmica social⁷²⁴.

Nesse vínculo de influências recíprocas, caberia à criminologia ordenar o conjunto de conhecimentos de diferentes áreas do saber, aplicando-os de maneira crítica ao exercício do poder punitivo, de modo a explicar seu funcionamento e reduzir a produção e a reprodução da violência social gerada pelo poder punitivo do Estado⁷²⁵. Portanto, é possível concluir como natural ao processo de ruptura do Direito Penal liberal em prol de um legítimo Direito Penal do Estado Social⁷²⁶ a influência do viés expansionista nos paradigmas políticos criminais e criminológicos, trazendo a criminalidade econômica ao escopo de ambos.

Em verdade, como já exaustivamente pontuado, pela Constituição da República de 1988 estabelecer um Estado Social⁷²⁷, legitimar a intervenção do Estado na Economia por meio do Direito Penal Econômico e possibilitar a ampla autorresponsabilização de pessoas jurídicas⁷²⁸, aderir ao discurso de expansão do Direito Penal, ao fim, é seguir os comandos constitucionais visando extirpar a proteção seletivamente deficiente de bens jurídicos. Nessa linha, como primeiramente apontado por Mir Puig⁷²⁹ e depois desenvolvido por diversos autores, parece correto o entendimento de que os fundamentos e os limites do *ius puniendi* devem ser analisados nos marcos da teoria do Estado, sendo a teoria do Estado Social e Democrático de Direito referência indispensável para definição da construção dogmática e, principalmente, da política criminal⁷³⁰.

Desenvolvendo tal premissa, Roxin⁷³¹, entendendo a proteção de bens jurídicos como missão do Direito Penal⁷³², coloca que os preceitos constitucionais que favoreçam ou que

⁷²⁴ ZAFFARONI, op. cit., 1998, p. 157-158.

⁷²⁵ Idem; ALAGIA; SKOLAR, op. cit., 2002, p. 164-165.

⁷²⁶ Parece oportuno trazer aqui uma breve observação de Luis Gracia Martín sobre o “Direito Penal do Estado Social”: aqui me limito a dizer que se a denominação mais adequada para o Direito Penal da ilustração, para distingui-lo assim do setor hoje denominado “moderno”, é a de “liberal”, a que por sua vez me parece mais adequada para este é a de Direito Penal do Estado Social, pois o mesmo é inequivocadamente a expressão dessa forma de Estado. Contudo, ainda devo deixar aqui meramente indicado que o Direito penal (moderno) do Estado social de Direito só pode ter um conteúdo histórico, como teve o do Estado liberal, e portanto um caráter transitório. E isso porque o Estado social de Direito só pode ser entendido como uma forma jurídico-política – isso sim, de caráter material – transitória em direção a um autêntico Estado (material) de Direito, como será o Estado democrático da futura sociedade socialista a que a Humanidade está destinada a chegar de modo inexorável por ser a única forma de organização na qual todo ser humano poderá ver reconhecida a sua dignidade como pessoa. Se na sociedade socialista haverá ou não necessidade de um Direito penal, esta já é uma questão cujo tratamento excederia em muito o âmbito desse trabalho e, portanto, uma questão que aqui deve ficar sem resposta. (GRACIA MARTÍN., op. cit., p. 44.)

⁷²⁷ PANOEIRO, op. cit., p. 73.

⁷²⁸ BUSATO, op. cit., 2012b, p. 106-107.

⁷²⁹ GRACIA MARTÍN, op. cit., p. 138.

⁷³⁰ Ibid., p. 138.

⁷³¹ ROXIN, op. cit., 1997, p. 60-63.

⁷³² Ibid., p. 54-55.

protejam o indivíduo inserido na sociedade e o próprio funcionamento do corpo social de lesões ou ameaças reais de lesão devem ser a baliza da produção normativa acerca das condutas sancionadas pelo Direito Penal. Por sua vez, em sentido semelhante, Quintero Olivares⁷³³ também indica a essencialidade da Constituição, e de se seguir o Estado Social nela previsto, como arrimo do Direito Penal, o qual deve abarcar a criminalidade econômica como forma de corrigir as distorções trazidas pela adoção de uma política ultraliberal:

la declaración constitucional y el significado del Estado social de derecho frente al puro Estado liberal impusieron esa modificación del criterio legal, pero la política real em muchos momentos y em muchos problemas ha sido con frecuencia ultraliberal a veces, y eso distorsiona la vigencia real de las normas penales. (...) La constitución fue sin duda una llamada perentoria a la creación de los delitos económicos, pues, correlativamente, las infracciones penales solo pueden entenderse como tutela de bienes jurídicos proclamados por la Constitución, que es la única fuente creadora, y, em sentido contrario, la propia vigencia de sus promesas y programas (em este caso, em materia económica) depende, en certa medida, aunque no exclusivamente, depende de la eficacia del Derecho penal. (...) En resumen: sobran razones para comprender que debe haber delitos económicos, que tienen una especificidade propia.

Os crimes da Samarco Mineração S/A em Mariana/MG são apenas um exemplo dos possíveis riscos na sociedade do século XXI, os quais tendem a se expandir com a permeação da ideologia neoliberal em todos os setores sociais. Chamam atenção, além das monumentais consequências, as motivações e os modos de realização dos crimes em análise – típicos da lógica de mercado financeiro norte-americano de valorização dos acionistas. Com o processo de financeirização da vida inserindo a lógica de mercado na (des)regulamentação estatal, a atuação de empresas no sentido de cortar custos – inclusive com segurança – em prol da maximização de lucros tende a ser cada vez maior. Em igual forma, as ameaças e as lesões aos bens jurídicos penalmente relevantes pela delinquência econômica inclinam-se ao aumento, ainda que não ganhem o rótulo formal de crime.

Sob a lógica ultraliberal, o Direito Penal – o qual já é permeado por um viés liberal seletivo desde o período da ilustração⁷³⁴ –, ao arrepio da Constituição da República de 1988,

⁷³³ QUINTERO apud PANOEIRO, op. cit., p. 165

⁷³⁴ Luis Gracia Martín pontua que a verdadeira batalha do discurso de modernização é consigo mesmo, para se desenvolver e estruturar alternativas, sendo o enfrentamento com o discurso crítico secundário, uma vez que este é quase anedótico de tão simples, não devendo lhe ser dado seriedade no plano científico. Contudo, no plano material prático a história seria diferente, nesse sentido: “questão completamente distinta é a que surge no plano do funcionamento material prático do discurso, pois aqui, como já adverti (cf, supra, nota 350), o discurso de resistência ainda tem, sem dúvida uma considerável força. Isso é, porém, explicável. Os objetos, os enunciados e as proposições que maneja são completamente processados, armazenados, e por isso, embutidos no discurso penal em virtude do fato de que a “polícia discursiva” da disciplina se preocupou em garantir sua conservação durante

caminha para ter cada vez menos aplicação efetiva no campo econômico, minimizando sua função preventiva dos delitos econômicos e colaborando para perversa lógica de privatização dos lucros e socialização dos prejuízos. Cabe aos aplicadores do direito se posicionarem de maneira contra-hegemônica à forma privilegiada com que o Direito Penal trata a criminalidade econômica – quando não a ignora simplesmente –, de modo a romper com a ideia ucrônica de retomada um Direito Penal do século XIX e estruturar, de forma crítica, os mecanismos dogmáticos e político-criminais do Direito Penal Econômico, de um Direito Penal moderno.

mais de dois séculos como a “verdade” do discurso da criminalidade. Posto que do que se trata agora com a modernização é também “despojar” os operadores e os produtores do discurso penal de dispositivos completamente arraigados nos modos de pensar a criminalidade, compreende-se facilmente que o discurso crítico de resistência, ao atualizar permanentemente tais enunciados, goze ainda hoje de uma grande força na dimensão – que, de resto, é a que definitivamente importa – da vigência e do funcionamento prático do discurso sobre a criminalidade, ou seja, nos âmbitos dos procedimentos legislativos, da interpretação e da aplicação judicial e, particularmente no da doutrina acadêmica”. (GRACIA MARTÍN, op. cit., p. 136-137.)

CONCLUSÃO

Considerando a existência de uma interdependência, de uma construção recíproca, entre a dogmática do direito penal, a criminologia e a política penal – influenciando os três na construção do ordenamento jurídico, em sua interpretação e em sua aplicação – a utilização das balizas político-criminais constitucionais parece ser o limite e o guia adequado para qualquer elaboração ou execução dentro das Ciências Criminais. Dessa forma, é fundamental atentar-se à ideologia constitucionalmente adota, ou seja, ao processo de conversão de ideologias puras em ordem jurídica positivada realizado pelo constituinte de 1988, cabendo aos operadores do Direito construir o caminho dogmático necessário à sua efetivação em vez de levantar óbices tentando rediscutir a opção política do Poder Constituinte Originário.

Por aliar a propriedade privada e a livre iniciativa com a função social da propriedade e a redução de desigualdades sociais, pode-se entender que a Constituição da República de 1988 tende ao modelo de Estado Social, o qual não é refratário ao lucro, mas deve oferecer proteção ao corpo social frente a lesividade advinda do uso e da aquisição da propriedade. Portanto, reconhecido a incumbência do Estado em viabilizar a compatibilização de interesses aparentemente antagônicos por meio da intervenção no campo econômico, nada obsta que tal ingerência se dê em maior grau. É dizer, assumindo os interesses coletivos a feição de bens jurídico-penais – como ocorre com o meio ambiente, por exemplo –, exsurge a necessidade de uma proteção eficiente, a qual, por óbvio, pode ocorrer por meio da intervenção do Direito Penal.

Desde que Sutherland evidenciou a implementação diferenciada da lei criminal de modo a privilegiar a delinquência econômica e cunhou o termo “criminalidade do colarinho branco” para se referir às ações delitivas profissionais dos estratos superiores da sociedade, e por diversos outros matizes, fica cada vez mais evidenciada a forma seletiva de distribuição dos rótulos de criminalização e de atuação das agências criminalizadoras secundárias. Inobstante a incongruência do citado *modus operandi* do *ius puniendi* com a Constituição da República vigente – e, ao fim, com o próprio sentimento de justiça –, grande parte da dogmática penal pátria filia-se ao entendimento de que somente os bens jurídicos com natureza estritamente individual merecerem a chancela penal, pregando um anacrônico e ucrônico retorno ao Direito Penal liberal, característico do século XIX.

Por outro lado, um possível melhor entendimento, aliando as constatações práticas da seletividade penal com as diretrizes constitucionais em prol de um Estado Social, entende-se

que o caminho do Direito Penal é a ruptura com o pensamento liberal, de modo a construir uma nova dogmática capaz de compreender os, intencionalmente excluídos, delitos das classes sociais poderosas, ou seja, indica uma mudança de paradigmas visando a construção de um Direito Penal moderno. Assim, tendo em mente que a verdadeira e, por vezes, muito mais lesiva criminalidade acontece no desempenho de atividades econômicas sem sequer ganhar o rótulo de delito, o Direito Penal Econômico – umbilicalmente ligado às transgressões em comento – demonstra-se extremamente importante, pois, sem obstar o aferimento de lucro, combate a sua obtenção de forma arbitrária. Em igual forma, por ser o modo mais comum de organização para o desempenho de atividades econômicas, as pessoas jurídicas – e a delinquência a elas relacionadas – ganham um especial destaque no Direito Penal moderno, demandando também a atualização da concepção de delito por meio da reestruturação e da ressignificação de suas categorias consubstanciadoras de modo a também abranger a ação desviante dos entes fictícios.

Os crimes da Samarco Mineração S/A em Mariana/MG, ensejadores de um dos possivelmente maiores danos ambientais do país, são um excelente exemplo para os supramencionados pensamentos. Ainda que diversos bens jurídicos penalmente relevantes tenham sido lesionados, muitos de forma irreparável, os tradicionais instrumentos dogmáticos de imputação jurídico-penal não são capazes de compreender completamente a criminalidade material dos fatos, restringindo-se, em sua maioria, aos delitos contra o meio ambiente – mesmo existindo a chancela constitucional para a ampla autorresponsabilização dos entes morais. Ademais, a governança corporativa adotada pela mineradora – de maximizar os lucros para distribuir dividendos e cortar custos, incluso com segurança – é apenas um dos nefastos riscos que exsurtem na sociedade atual, onde a permeação da ideologia neoliberal em todos âmbitos da vida social – e, por óbvio, também nas estruturas estatais – tende a reduzir, e até a inviabilizar, a utilização de instrumentos do Estado no controle do campo econômico.

Ainda que a lógica de mercado impregne o governo – e dessa forma grande parte das políticas públicas e da atividade legislativa também –, é necessário que os operadores do Direito se posicionem de forma contra-hegemônica, em prol da ruptura com o Direito Penal liberal e de seus seletivos mecanismos elaborados para a realidade do século XIX. Dessa forma, incumbe aos atores do campo jurídico, em especial aqueles que colaboram com a dogmática penal, a construção de um Direito Penal Econômico, condizente com a ideologia positivada pela Constituição da República de 1988. Ademais, compreendendo o delito como uma artificialidade advinda dos processos comunicativos e, portanto, moldado por variados fatores sociais, é preciso que a teoria analítica do crime coadune com o momento histórico e com os processos

de inter-relação dos diferentes grupos sociais.

Por isso, de nenhuma maneira, como exaustivamente destacado, o presente trabalho objetivou exaurir os temas acerca da expansão do Direito Penal ou abordar todos os possíveis pontos a ela relacionados. Ao contrário, por incompreensivelmente não ser objeto comum de discussão nas faculdades e na produção da doutrina pátria, a tentativa foi de trazer atenção para o assunto – visando fomentar o debate –, se posicionando em prol da modernização do Direito Penal e, conseqüentemente, da teoria do delito – de modo que esta compreenda amplamente a delinquência oriunda das pessoas jurídicas. Assim, soma-se voz à tendência de implementação de instrumentos despenalizantes para delitos com menor afetação de bens jurídicos – incluso a propriedade privada –, bem como de sofisticação dos mecanismos de investigação e maior rigidez no tratamento dos delitos de maior gravidade, em especial os econômicos – maximizando o Direito Penal Econômico e abandonando os ucrônicos paradigmas de um Direito Penal liberal –, visando a construção de uma sociedade, dentro do possível no sistema capitalista, melhor.

REFERÊNCIAS

AGAPITO, Leonardo Simões; MIRANDA, Matheus de Alencar e; JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. A ganância econômica e os crimes ambientais: a sustentabilidade como parâmetro para o risco permitido no direito penal ambiental. *Derecho Penal y Criminologia*, Buenos Aires, v. 10, n. 1, p. 169-187, fev. 2020.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica y crítica del derecho penal: introducción a la sociología jurídico penal*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2004.

BARBOSA, Julianna Nunes Targino. *A culpabilidade na responsabilidade penal da pessoa jurídica*. 2014. 207 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2014.

BATISTA, Nilo. *Lições de Direito Penal falimentar*. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

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

_____. Direitos humanos e Direito Penal: limites da intervenção penal racional no Estado Democrático de Direito. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BOTTINI, Pierpaolo Cruz; PACELLI, Eugênio. *Direito Penal contemporâneo: questões controvertidas*. São Paulo: Saraiva, 2011 (série IDP), p. 153-194.

_____. O rendimento da teoria do bem jurídico no direito penal atual. *Revista Liberdades*, São Paulo, nº 1, mai./ago. 2009.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral* 1. 24. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.

BRASIL. *Ação Penal nº 0002725-15.2016.4.01.3822*. Disponível em: <<https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?proc=27251520164013822&secao=PNV>>. Acesso em: 18 ago. 2020.

_____. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 10 mai. 2020.

_____. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 10 mai. 2020.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 mai. 2020.

_____. *Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm>. Acesso em: 19 set 2020.

_____. *Decreto nº 5.015*, de 12 de março de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm>. Acesso em: 11 ago 2020.

_____. *Lei nº 7.492*, de 16 de junho de 1986. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7492.htm>. Acesso em: 10 mai. 2020.

_____. *Lei nº 9.613*, de 3 de março de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9613.htm>. Acesso em: 10 mai. 2020.

_____. Ministério Público Federal. *Denúncia da Ação Penal nº 0002725-15.2016.4.01.3822*. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/docs/denuncia-samarco>>. Acesso em: 18 ago. 2020.

_____. *Relatório Final da Comissão de Juristas para elaboração de anteprojeto de Código Penal e Exposição de Motivos*. Disponível em: <<https://www.mpma.mp.br/arquivos/CAOPCRIM/Relat%C3%B3rio%20final%20do%20Anteprojeto%20do%20Novo%20C%C3%B3digo%20Penal.pdf>>. Acesso em: 27. mai. 2020.

_____. *Resolução nº 14*, de 11 de dezembro de 2019. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 11 de dezembro de 2019. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/web/dou/-/resolucao-n-14-de-11-de-dezembro-de-2019-236401658>>. Acesso Em: 18 ago. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 102.087/MG*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629960>>. Acesso em: 10 ago. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 104.410*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3903548>>. Acesso em: 27 mai. 2020

_____. Supremo Tribunal Federal, *RE nº 548.181/PR*. Relatora: Ministra Rosa Weber. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7087018>>. Acesso em: 13 mai. 2020.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Light lidera a lista das empresas mais acionadas na justiça em 2018*. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/web/guest/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/5111210/6069074>>. Acesso em: 11 mar. 2020.

BUSATO, Paulo César. Bases de uma teoria do delito a partir da filosofia da linguagem. *Revista Direito e Liberdade*, [Rio Grande do Norte], v. 14/ano 8, nº 1, p. 188-207, jan/jun. 2012a.

_____. *Direito Penal: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. *Introducción al Derecho Penal: fundamentos para un sistema penal democrático*. Managua: INEJ, 2009.

BUSATO, Paulo César. Responsabilidade penal de pessoas jurídicas no projeto do novo Código Penal Brasileiro. *Revista Liberdades*, [S. l.]. Ed. Esp. – Reforma do Código Penal, p. 98-120. 2012b.

CÂMARA, Juliana de Azevedo Santa Rosa. A responsabilidade penal da empresa sob o prisma da culpabilidade. In: SOUZA, Artur de Brito Gueiros; CÂMARA, Juliana de Azevedo Santa Rosa. *Inovações no direito penal econômico: prevenção e repressão da criminalidade empresarial*. Brasília, DF: ESMPU, 2018.

CASTRO, José Roberto. Informações sobre o início do *boom* das commodities em “As commodities e seu impacto na economia do Brasil”. *Jornal Nexo*, [S. l.], 31 mar. 2016. Disponível em: <<https://www.nexojornal.com.br/explicado/2016/03/31/As-commodities-e-seu-impacto-na-economia-do-Brasil>>. Acesso em: 18 ago 2020.

CHEREM, Carlos Eduardo. Estudantes ocupam sede da Samarco em Belo Horizonte. *UOL*, [Belo Horizonte], 10 nov. 2015. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2015/11/10/estudantes-ocupam-sede-da-samarco-em-belo-horizonte.htm>> Acesso em: 31 ago. 2020.

CLARK, Giovani; CORRÊA, Leonardo Alves; NASCIMENTO, Samuel Pontes do. Ideologia constitucional e pluralismo produtivo. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. esp., p. 265-300, 2013. Edição especial em memória do Professor Washington Peluso Albino de Barros.

COELHO, Tádzio Peters. Minério-dependência em Brumadinho e Mariana. *Lutas sociais*, São Paulo, v. 22, n. 41, p. 252-267, 2018. Disponível em: <<https://revistas.pucsp.br/index.php/l/article/view/46681/pdf>> Acesso em: 19 nov. 2020.

COMISSÃO TEMPORÁRIA DA POLÍTICA NACIONAL DE SEGURANÇA DE BARRAGENS (CTPNB). *Relatório final*. Brasília, DF: [Senado Federal], 2016. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/comissoes/mnas?codcol=1994&tp=4>> Acesso em: 19 nov. 2020.

CONSULTOR JURÍDICO. Pagamento de propina: grupo odebrecht é alvo na nova fase da operação “lava jato”. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-mar-22/grupo-odebrecht-alvo-fase-operacao-lava-jato>>. Acesso em: 12 ago. 2020.

COSTA, Gisela França da. Breve panorama do pensamento de Edwin H. Sutherland e a nova etiologia da criminalidade. In: SOUZA, Artur de Brito Gueiros (org.). *Inovações no direito penal econômico: contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas*. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2011, p. 65-90.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. Infopen: período de julho a dezembro de 2019. *DEPEN*, Brasília, 2019. Disponível em: <<http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen>>. Acesso em: 09 mar. 2020.

DICIONÁRIO ENGENHARIA CIVIL. *Jusante*. Disponível em: <<https://www.engenhariacivil.com/dicionario/jusante>>. Acesso em: 18 ago. 2020.

_____. *Recalque*. Disponível em: <https://www.engenhariacivil.com/dicionario/assentamento-3>>. Acesso em: 19 ago. 2020.

EQUADOR. *Constitución del Ecuador*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaStfInternacional/newsletterPortalInternacionalFoco/anexo/ConstituicaodoEcuador.pdf>> Acesso em: 19 set. 2020.

FEBBRAJO, Alberto; LIMA, Fernando Rister de Souza. Autopoiese. In: Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Tomo 1: teoria geral e filosofia do direito. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/152/edicao-1/autopoiese>>. Acesso em: 22 mai. 2020.

FLACH, Michel Schneider. Mandados de Criminalização, Tutela Penal e Constituição. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo*, São Paulo, v. 7, p. 17-44, 2015. p. 19-21.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. *Impacto do Rompimento da Barragem de Fundão sobre a Renda Agregada de Minas Gerais e Espírito Santo*. Rio de Janeiro; São Paulo: FGV, 2019.

GALVÃO, Fernando. *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

GLOBO. *Protesto pede volta das atividades da Samarco em Mariana*: manifestantes pediram liberação de licenças embargadas após tragédia: com faixas e cartazes, grupo fez passeata pelas ruas da cidade histórica. Minas Gerais. Disponível em: <http://g1.globo.com/minas-gerais/desastre-ambiental-em-mariana/noticia/2016/03/protesto-pede-volta-das-atividades-da-samarco-em-mariana.html>>. Acesso em: 19 ago. 2020.

GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da Ofensividade no Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GRACIA MARTÍN, Luis. *Prolegômenos para a luta pela modernização e para a crítica do discurso de resistência*. Tradução: Érica Carvalho. Porto Alegre: Sergio A. Fabris, 2005.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. El Derecho penal en los tiempos de las modernas formas de criminalidad. In: ALBRECHT, Hans-Jorg. et al. (comp.). *Criminalidad, evolución del derecho penal y crítica al derecho penal en la actualidad*: Simposio Argentino-Alemán. Buenos Aires: Del Puerto, 2009.

HASSEMER, Winfried; MUNÓZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología y al Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989.

HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad*: bases para una teoría de la imputación en derecho penal. Tradução: Francisco Muñoz Conde, María del Mar Díaz Pita. Bogotá: Temis, 1999.

HEFENDEHL, Roland. Uma teoria social do bem jurídico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 87, p. 103-120, 2010.

INDEX MUNDI. Minério de ferro Preço Mensal: Dólares americanos por tonelada métrica seca. Jul. 2000 – jul. 2020. Disponível em: <<https://www.indexmundi.com/pt/pre%C3%A7os-de-mercado/?mercadoria=min%C3%A9rio-de-ferro&meses=240>>. Acesso em: 19 ago. 2020.

JIMENÉZ, Daniel et al. Financiarización y criminología del saqueo. In: CRESPO, Eduardo Demetrio; MARTÍN, Adán Nieto (dirs.). *Derecho Penal Económico y Derechos Humanos*. Coordenadores: Manuel Maroto Calatayud, M^a Pilar Marco Francia. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.

JORNAL NACIONAL. Ministério do Meio Ambiente não gastou nem 1% da verba para preservação, diz levantamento. *G1*, [S.l.], 16 set. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2020/09/16/ministerio-do-meio-ambiente-nao-gastou-nem-1percent-da-verba-para-preservacao-diz-levantamento.ghml?utm_source=facebook&utm_medium=social&utm_campaign=g1> Acesso em: 18 set. 2020.

MARANHÃO, Carolina Machado Saraiva de A.; FERREIRA, Pamella Thais Magalhães. A lama da Samarco e o crime corporativo: uma reflexão necessária. *Administração Pública e Gestão Social*, v. 9, nº 2, p. 75-87, abr./jun. 2018.

MARINI, Luisa. Brasil deixou de arrecadar mais de R\$ 345 bilhões por sonegação em 2018. *Congresso em foco*, Brasília, 09 ago. 2018. Disponível em: <<https://congressoemfoco.uol.com.br/economia/brasil-deixou-de-arrecadar-mais-de-r-345-bilhoes-por-sonegacao-em-2018/>>. Acesso em: 09 mar. 2020.

MARTÍNES-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa: parte general*. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.

MARTÍNEZ, Rosário de Vicente. Hacia un derecho penal internacional medioambiental: catástrofes ambientales y <ecocidio>. In: CRESPO, Eduardo Demetrio; MARTÍN, Adán Nieto (diretores). *Derecho Penal Económico y Derechos Humanos*. Coordenadores: Manuel Maroto Calatayud, M^a Pilar Marco Francia. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.

MATTEI, Ugo; NADER, Laura. *Pilhagem: quando o Estado de Direito é ilegal*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

MELO, Danielle. Atingidos pela Samarco ocupam linha da Vale no ES. *MST*, [S. l.], 15 mar. 2017. Disponível em: <<https://mst.org.br/2017/03/15/atingidos-pela-samarco-ocupam-linha-da-vale-no-es/>> Acesso em: 31 ago. 2020.

_____. Grandes minas em Congonhas (MG), mais do mesmo? In: Recursos minerais & sustentabilidade. v. 1. Rio de Janeiro: CETEM: MCTI, 2011, p.199-228. Disponível em:<<https://www.ufjf.br/poemas/files/2014/07/Milanez-2011-Grandes-minas-em-Congonhas-MG-mais-do-mesmo.pdf>>. Acesso em: 28 ago. 2020.

MILANEZ, Bruno; MANSUR, Maira Sertã; WANDERLEY, Luiz Jardim de Moraes. Financeirização e o mercado de commodities: uma avaliação a partir do setor de mineral. *Revista Tamoios*, Rio de Janeiro, v. 15, n. 1, p. 104-125, 2019. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/tamoios/article/view/38676/29922>> Acesso em: 19 nov. 2020.

MORGENSTERN, Norbert; et al. *Report on the Immediate Causes of the Failure of the Fundão Dam*. Cleary Gottlieb Steen & Hamilton, [S. l.], 2016. Disponível em: <<http://fundaoinvestigation.com/the-report/>>. Acesso em: 18 ago. 2020.

NIETO MARTÍN, Adán. Introducción. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán. *El Derecho Penal Económico en la era compliance*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 11-29.

NOGUEIRA, Mariana. Com 'bolo de lama', grupo cobra mais ação do MPMG no caso de Mariana. *O tempo*, [S. l.], 05 nov. 2019. Disponível em: <<https://www.otempo.com.br/cidades/com-bolo-de-lama-grupo-cobra-mais-acao-do-mpmg-no-caso-de-mariana-1.2258316>> Acesso em: 20 nov. 2020.

OLIVEIRA, Junia. Veja como ficaria Congonhas (MG) em caso de rompimento das barragens locais. *Correio Braziliense*, Brasília, DF, 11 fev. 2019. Disponível em: <<https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/brasil/2019/02/11/interna-brasil,736670/veja-como-ficaria-congonhas-mg-em-caso-de-rompimento-das-barragens-l.shtml>> Acesso em: 28 ago. 2020.

PACHUKANIS, Evguiéni B. *Teoria geral do direito e marxismo*. São Paulo: Boitempo, 2017.

PALHARES, Cinthia Rodrigues Menescal. Aspectos político-criminais das sanções penais econômicas no Direito Brasileiro. In: SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Inovações no direito penal econômico: contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas*. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2011, p. 147-175.

PANOEIRO, José Maria de Castro. *Política criminal e direito penal econômico: um estudo interdisciplinar dos crimes econômicos e tributários*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2014.

PARLAMENTO EUROPEU. *Directiva 2008/99/CE do Parlamento Europeu e do Conselho*, de 19 de novembro de 2008. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32008L0099>> Acesso em: 19 set. 2020.

PARREIRAS, Mateus. Moradores relatam desespero com tremor e barragem em Congonhas; veja vídeo. *Estado de Minas Gerais*, Minas Gerais, 26 nov. 2019. Disponível em: <https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2019/11/26/interna_gerais,1103878/moradores-relatam-desespero-com-tremor-e-barragem-em-congonhas-veja-v.shtml> Acesso em: 28 ago. 2020.

PIMENTEL, Thais; FIÚZA, Patrícia. Pandemia do novo coronavírus avança em cidades mineradoras em Minas Gerais. *GI: Minas Gerais*, [Minas Gerais], 05 jun. 2020. Disponível em: <<https://g1.globo.com/mg/minas-gerais/noticia/2020/06/05/pandemia-do-novo-coronavirus-avanca-em-cidades-mineradoras-de-minas-gerais.ghml>> Acesso em: 28 ago. 2020.

POEMAS. *Antes fosse mais leve a carga: avaliação dos aspectos econômicos, políticos e sociais do desastre da Samarco/Vale/BHP em Mariana (MG): relatório final*. [S. l.: s. n.], 2015. Disponível em: <https://www.ufjf.br/poemas/files/2014/07/PoEMAS-2015-Antes-fosse-mais-leve-a-carga-vers%C3%A3o-final.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2020.

_____. *Inicial*. Disponível em: <https://www.ufjf.br/poemas/>. Acesso em: 27 ago. 2020.

PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PRATA, Daniela Arantes. *Criminalidade corporativa e vitimização ambiental: análise do Caso Samarco*. São Paulo: Liber Ars, 2019.

PRAZERES, Leandro. 'Boiada' de Salles incluiu demissão de fiscais, anistia a desmatadores e submissão do Ibama a militares na Amazônia. *O Globo* [online], [S. l.], 25 mai. 2020. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/boiada-de-salles-incluiu-demissao-de-fiscais-anistia-desmatadores-submissao-do-ibama-militares-na-amazonia-24443867>> Acesso em: 27 ago. 2020.

ROBINSON, Paul H. El papel que corresponde a la comunidad en la determinación de la responsabilidad penal y de la pena. In: MIR PUIG, Santiago; CORCOY BIDASOLOS, Mirentxu. (Dir.); HORTAL IBARRA, Juan Carlos (Coord.). *Constitución y sistema penal*. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 41-64.

ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Tradução: Diego-Manuel Luzon Peña; Miguel Díaz, García Conllendo; Javier de Vicente Remesal. Tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Madrid: Civitas, 1997.

_____. *Estudos de Direito Penal*. Tradução: Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. O conceito de bem jurídico como padrão crítico da norma penal posto à prova. *Revista portuguesa de ciência criminal*, Coimbra, ano 23, nº 1, jan./mar, 2013.

SANCHEZ, Bernardo José Feijoo. Autoria e participação em organizações empresariais complexas. *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 9, p. 26-57, jan./abr. 2012.

SAMARCO. *A Samarco*. Disponível em: <https://www.samarco.com/a-samarco/>>. Acesso em: 18 ago. 2020.

_____. *A Samarco e a economia*. Disponível em: <https://www.samarco.com/samarco-e-a-economia/>>. Acesso em: 18 ago. 2020.

_____. *O que é uma barragem*. Disponível em: <https://www.samarco.com/wp-content/uploads/2016/08/o-que-e-uma-barragem.pdf>>. Acesso em: 18 ago. 2020.

_____. *Relatório Anual de Sustentabilidade 2007*. [Belo Horizonte], 2007. Disponível em: <https://www.samarco.com/wp-content/uploads/2016/08/2007-Relatorio-Anual-de-Sustentabilidade.pdf>>. Acesso em: 18 ago. 2020.

_____. *Relatório Anual de Sustentabilidade 2009*. [Belo Horizonte], 2009. Disponível em: <<https://www.samarco.com/wp-content/uploads/2016/08/2009-Relatorio-Anual-de-Sustentabilidade.pdf>>. Acesso em: 19 ago. 2020.

_____. *Relatório Anual de Sustentabilidade 2011*. [Belo Horizonte], 2011. Disponível em: <<https://www.samarco.com/wp-content/uploads/2016/08/2011-Relatorio-Anual-de-Sustentabilidade.pdf>> Acesso em: 19 ago. 2020.

_____. *Relatório Anual de Sustentabilidade 2012*. [Belo Horizonte], 2012. Disponível em: <<https://www.samarco.com/wp-content/uploads/2016/08/2012-Relatorio-Anual-de-Sustentabilidade.pdf>>. Acesso em: 19 ago. 2020.

_____. *Relatório Anual de Sustentabilidade 2014*. [Belo Horizonte], 2014. Disponível em: <<https://www.samarco.com/wp-content/uploads/2016/08/2014-Relatorio-Anual-de-Sustentabilidade.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2020.

_____. *Relatório da Administração e Demonstração Financeira*. [Belo Horizonte], 2013. Disponível em: <<https://www.samarco.com/wp-content/uploads/2016/08/2013-Relatorio-da-Administra-o-e-Demonstra-es-Financeiras.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2020.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A criminologia radical*. 3. ed. Curitiba: ICPC Lumen Juris, 2008.

_____. *Direito Penal: parte geral*. 4. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

SANTOS, Rodrigo Salles Pereira; MILANEZ, Bruno. A construção do desastre e a 'privatização' da regulação mineral: reflexões a partir do caso do Vale do Rio Doce. In: ZHOURI, Andréa (org.). *Mineração, violências e resistências: um campo aberto à produção de conhecimento no Brasil*. Marabá, PA: Editora iGuana: ABA, 2018. Disponível em: <http://www.aba.abant.org.br/files/20180308_5aa16473d6197.pdf> Acesso em: 19 nov. 2020.

SANTOS, Rodrigo Salles Pereira dos. Redes de produção globais (RPGs): contribuições conceituais para a pesquisa em ciências sociais. *R. Pós Ci. Soc.*, [S. l.], v. 8, n. 15, p. 127-142, jan./jun. 2011.

SCHUNEMANN, Brend. ¿Ofrece la reforma del Derecho penal económico alemán un modelo o un escarmiento? In: _____. *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*. Madrid: Tecnos, 2002.

SENRA, Ricardo. Novo código da mineração é escrito em computador de advogado de mineradoras. *BBC Brasil*, São Paulo, 7 dez. 2015. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/12/151202_escritorio_mineradoras_codigo_mineracao_rs> Acesso em: 27 ago. 2020.

SERRA, Cristina. *Tragédia em Mariana: a história do maior desastre ambiental do Brasil*. Rio de Janeiro: Record, 2018.

SILVA, Marco Antônio Chaves da. *A responsabilização penal da pessoa jurídica e ação significativa*. 2019. 171 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2019.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução: Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Da criminologia à política criminal: Direito Penal Econômico e o Novo Direito Penal. In: _____ (org.). *Inovações no direito penal econômico: contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas*. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2011, 105-145.

_____. O informante no contexto dos sistemas de compliance. In: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Inovações da Lei nº 13.964 de 24 de dezembro de 2019: Coletânea de artigos*. Coordenação e organização: Andréa Walmsley, Lígia Cireno, Márcia Noll Barbosa. v. 7. Brasília, DF: MPF, 2020.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de direito econômico*. São Paulo: Editora LTr, 2005.

_____. *Teoria da constituição econômica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

STROPASOLAS, Pedro; BARBOSA, Catarina. Com aval do governo, mineradoras contrariam isolamento e seguem operando no país. *Brasil de Fato*, [São Paulo; Belém], 01 abr. 2020. Disponível em: <<https://www.brasildefato.com.br/2020/04/01/com-aval-do-governo-mineradoras-contrariam-isolamento-e-seguem-operando-no-pais>> Acesso em: 27 ago. 2020.

STROPASOLAS, Pedro. Mineração é motor da interiorização da covid-19 no país, denunciam movimentos. *Brasil de fato* [São Paulo], 04 jul. 2020. Disponível em: <<https://www.brasildefato.com.br/2020/07/04/mineracao-e-motor-da-interiorizacao-da-covid-19-no-pais-denunciam-movimentos>> Acesso em: 27 ago. 2020.

TANGERINO, Davi de Paiva, Costa. A Responsabilidade da pessoa jurídica para além da velha questão de sua constitucionalidade. *Boletim do IBCCRIM*, [S. l.], ano 18, nº 214, set. 2020. Disponível em: <<https://wp.ibccrim.org.br/artigos/214-setembro-2010/a-responsabilidade-penal-da-pessoa-juridica-para-alem-da-velha-questao-de-sua-constitucionalidade/>>. Acesso em: 30 jan. 2021.

TEIXEIRA, Adriano; GÓES, Guilherme; ENSEL, Linus. O projeto de lei de sanções corporativas da Alemanha: Análise sobre responsabilidade penal da pessoa jurídica, investigações internas, sigilo profissional e compliance. *Jota*, [S. l.], 16 jan. 2020. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/penal-em-foco/o-projeto-de-lei-de-sancoes-corporativas-da-alemanha-06012020>>. Acesso em: 20 mai. 2020.

TIEDEMANN, Klaus. *Derecho penal y nuevas formas de criminalidade*. 2. ed. Lima: Jurídica Grijley, 2007.

UFMG. *DIÁLOGOS Sobre a Criminalidade Empresarial*. [Belo Horizonte], 22 maio 2020. 1 vídeo (ca184 min). Publicado pelo canal Programa de Pós-Graduação em Direito - UFMG. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=_Vx2ou9u6qU>. Acesso em: 22 mai. 2020.

VALE. *Entenda as barragens da Vale*. Disponível em: <http://www.vale.com/brasil/PT/aboutvale/servicos-para-comunidade/minas-gerais/atualizacoes_brumadinho/Paginas/Entenda-as-barragens-da-Vale.aspx>. Acesso em: 11 mar. 2020.

_____. *Sobre a Vale*. Disponível em: <<http://www.vale.com/brasil/PT/aboutvale/Paginas/default.aspx>>. Acesso em: 11 mar. 2020.

_____. *Você sabe o que é pelotização?* Disponível em: <<http://www.vale.com/brasil/PT/aboutvale/news/Paginas/voce-sabe-o-que-e-pelotizacao.aspx>>. Acesso em: 18 ago. 2020.

VAZ, Tatiana. Samarco tenta resgatar imagem, mas gera revolta nas redes. *Exame*, [S. l.], 16 fev. 2016. Disponível em: <<https://exame.com/marketing/samarco-tenta-resgatar-imagem-mas-gera-revolta-nas-redes/>> Acesso em: 31 ago. 2020.

YOUTUBE. *Economia Política da Mineração* - Unidade 1. Apresentador: Rodrigo Santos. Debatedores: Maíra Mansur, Bruno Milanez. Mediador: Ricardo Gonçalves. [S. l.], [PoEMAS], 13 jul. 2020. 1 vídeo (ca124 min). Publicado pelo canal Grupo PoEMAS. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=7ddNSStNXGI4>>. Acesso em: 19 nov. 2020.

YOUTUBE. *Economia Política da Mineração* - Unidade 2. Apresentador: Bruno Milanez. Debatedores: Tádzio Coelho, Karina Kato. Mediador: Luiz Wanderley. [S. l.], [PoEMAS], 14 jul. 2020. 1 vídeo (ca125 min). Publicado pelo canal Grupo PoEMAS. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=AGOWNmWdHmA&feature=youtu.be>>. Acesso em: 19 nov. 2020.

YOUTUBE. *Economia Política da Mineração* - Unidades 1-5. [S. l.], [PoEMAS], 2020. 5 vídeos (ca613 min). Publicado pelo canal Grupo PoEMAS. Disponível em: <https://www.youtube.com/channel/UC_oSfBMk_uGrSyJHrxFblwA>. Acesso em: 19 nov. 2020

ZAFFARONI, Raúl Eugênio. *Tratado de Derecho Penal*: parte general. Tomo I. Buenos Aires: Ediar, 1998.

_____; ALAGIA, Alejandro; SKOLAR, Alejandro. *Derecho Penal*: parte geral. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.