

Dever e poder agir do especialista: um estudo a partir da atuação da equipe técnica matricial da Vale nos termos da Denúncia

Experts' duty and capacity to act: a study case of Vale Company's technical teams by terms of the indictment.

Leonardo Simões Agapito¹



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License

Resumo: O presente artigo investiga as categorias centrais da omissão penalmente relevante à luz da responsabilidade do agente especialista, detentor de conhecimentos especiais. Trata-se de uma temática já bastante explorada pelo Direito penal, em suas diferentes correntes, mas que carece ainda de melhores justificativas quanto a sua legitimidade, particularmente em um cenário cada vez mais complexo de responsabilidades compartilhadas dentro de empresas. Para tanto, utiliza-se do estudo de caso, apoiado ao método tópico, observando a narrativa apresentada pelo Ministério Público de Minas Gerais em relação aos crimes praticados especificamente pela equipe técnica matricial da empresa Vale, que levaram ao rompimento da barragem do córrego do Feijão. O artigo se encontra dividido em três partes, a saber: a) a análise do dever agir do especialista; b) a análise do poder agir dentro de estruturas empresariais; c) o ambiente corporativo para tomada de decisões e sua ilegitimidade para decisões de interesse público. Ao final, o artigo apresenta contribuições críticas à teoria do delito, desde uma ótica normativista, para repensar os mecanismos de atribuição de responsabilidade, bem como a insuficiência do Direito penal frente ao modelo regulatório atual.

Palavras-chave: omissão penal; compliance; extrativismo; mineração.

Abstract: The present paper investigates the main categories of criminal omissions of an expert, which has unique knowledge. Many authors have already explored this theme in criminal law studies, from many perspectives, but it still lacks better justifications regarding its legitimacy, particularly in an increasingly complex scenario of shared responsibilities within

¹ Doutorando pela USP no PROLAM. Mestre e graduado em Direito pela UNESP. Professor da UEMG.

companies. The analysis uses a case study, supported by the topical method, observing the narrative presented by the State Prosecution's Office of Minas Gerais against the technical team of the Vale company, which led to the rupture of the dam of the Feijão's brook. This paper is divided into the following three parts: a) the analysis of the specialist's duty to act; b) the analysis of the capacity to act within business structures; c) the corporate environment of decision-making and its illegitimacy in face of public concerns. In the end, the paper presents critical contributions to the general theory of crime, from a normative perspective, to rethink the mechanisms of liability, as well as the insufficiency of criminal law in the face of the current public regulatory model.

Keywords: criminal omission; compliance programs; extractivism; mining.

1. Introdução

De tempos em tempos, surgem casos complexos a serem solucionados pelo Direito penal e que exigem a revisão dos institutos dogmáticos e questionamentos mais profundos. Não raramente, também estes são casos (*e.g.* julgamento de Eichmann, em Jerusalém, e Fujimori, no Peru) que causam grande comoção social, que demonstram a fragilidade da vida e nos provocam um sentimento de impotência. O rompimento da Barragem I, às margens do córrego do Feijão, ocorrido em 2019 na cidade de Brumadinho (MG), assim impõe a todos os pesquisadores que se debruçarem sobre o caso um desafio particular de buscar uma imparcialidade científica que não incorra em indiferença. Por essa razão, nos filiamos também à opinião de Braithwaite¹, de que são nestes momentos de dor que devemos buscar com mais intensidade as respostas para a pergunta: o que deveria ter sido feito? As reflexões a seguir se constroem com total solidariedade às vítimas, a seus familiares e às comunidades atingidas.

O caso que se analisará toma por base a denúncia elaborada pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais em desfavor de um dos engenheiros especialistas da empresa VALE²,

¹ BRAITHWAITE, John. Does restorative justice work? In: JOHNSTONE, Gerry. **A restorative justice reader**. 2ed. Londres: Routledge, 2013, p.338.

² MINISTÉRIO PÚBLICO DE MINAS GERAIS. **Denúncia**, com base no Procedimento Investigatório Criminal n.º MPMG-0090.19.000013-4 e no Inquérito Policial n. PCMG-7977979. Disponível em: <https://www.mpmg.mp.br/data/files/71/E6/14/51/5D44A7109CEB34A7760849A8/Denuncia%20VALE-TUV%20SUD%20-%20homicidio%20crime%20ambiental%20site.pdf>. Acesso em: 11.07.2022. De acordo com a denúncia, o réu era o especialista da Gerência Executiva de Governança em Geotecnia e

porém sem aqui objetivar elaborar um julgamento definitivo sobre o caso, muito menos uma acusação ou defesa. O que se propõe é, com base nos termos da denúncia, investigar as categorias normativas do art.13, §2º, do Código penal, demonstrando os critérios a serem investigados quando da análise da responsabilidade do agente especialista.

Nos termos da denúncia, encontra-se o caso de um engenheiro que: a) por duas décadas trabalhou na barragem em questão, inclusive ocupando cargos técnicos distintos antes da função de engenheiro; b) que desenvolveu seus estudos de mestrado tomando por referência a barragem em questão, tendo publicado uma dissertação e um artigo sobre ela; c) que participou de diferentes reuniões técnicas com seus superiores, onde explicava os termos de segurança, bem como ouvia maiores relatos sobre as reais condições; d) que participou de diferentes conferências e conhecia detalhes da regulação brasileira sobre segurança de barragens; e) que conhecia diversos relatórios da empresa, que já apontavam os danos estimados, inclusive em número de vidas que seriam perdidas e o impacto ambiental; f) que assim exercia uma posição responsável por desenvolver os projetos de verificação e controle de risco das estruturas, inclusive propondo planejamentos de contenção; g) que sabia que nenhuma medida foi tomada pela empresa por anos para mitigar os riscos conhecidos.

O presente artigo está dividido em três partes, a saber: uma análise das possíveis relações entre dever agir e o conhecimento técnico; uma análise das relações entre o poder agir e as necessidades corporativas de se seguir o *tone of the top* (ou, cultura interna da empresa promovida pela alta gestão); uma última parte que apresenta algumas considerações sobre o ambiente corporativo de tomada de decisão e sua incapacidade de tomar decisões responsáveis. Ao final, espera-se contribuir com uma perspectiva que clarifique os critérios de imputação penal, mas que igualmente fundamente as necessárias mudanças de prevenção a estes acidentes, que devem ser construídas em diálogo para além do Direito penal.

Fechamento de Mina e teria atuado também como garante do contrato de auditoria externa firmado entre a Tüv Sud e a Vale, citando episódios de intervenção direta do réu para que os engenheiros da empresa assim formulassem um parecer favorável, apesar dos riscos conhecidos. Neste caso, o réu também responderia, dentro de uma segunda conduta penalmente relevante, pelo tipo penal do art.69-A da Lei de crimes ambientais (Lei n.9.605/98). Sobre esse fato específico, o presente artigo não desenvolverá maiores reflexões por restar a matéria reduzida à prova dos diálogos e da interferência objetivando a imprecisão dos relatórios.

2. Dever e saber

De acordo com o art.13, §2º, do Código penal, a “omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado”. Estes dois elementos geram um duplo filtro a balizar, na teoria do delito, respectivamente, o injusto penal e a culpabilidade, em que o dever é verificado pela adequação à norma (conformidade) e o poder, pelas condições concretas de agir (existência dos meios).³ Considerando a posição do especialista (e o particular desequilíbrio de informações), já se demonstrou, em estudo anterior, como na relação médica o dever não pode ser verificado desde um conhecimento que o agente tenha ou não, mas daquilo que efetivamente deveria ser sabido e performado à luz da ética profissional e dos procedimentos já definidos desde instituições.⁴ Para o Direito penal, perscrutar pensamentos e intenções não é apenas um trabalho impossível, mas também inútil, já que não são eles que causam danos sociais, mas sua externalização por condutas.⁵

Como explica Bacigalupo, a ideia de delitos de infração de dever deriva da divisão inicialmente feita por Binding, de delitos comuns e delitos especiais, em que estes somente seriam cometidos por pessoas com uma especial função (*e.g.* militares).⁶ De acordo com a autora, dentre os delitos especiais, criou-se uma subcategoria dos delitos de infração de dever, em que a autoria seria interpretada à luz de um dever extrapenal existente.⁷ Jakobs, no entanto, teria ido além, considerando o respeito a papéis sociais como verdadeiro balizador das responsabilidades penais, de modo que os delitos organizacionais (comuns) passam a ser interpretados tal qual os delitos funcionais (especiais), ou seja, sob o a ótica de deveres inerentes a papéis de garante recíprocos na sociedade.⁸

Quando se analisa o campo da responsabilidade penal médica, a busca por segurança jurídica e por parâmetros objetivos de adequação da conduta parece mais simples. Por ser a

³ Sobre a divisão entre injusto penal e culpabilidade desde Liszt, ver: PAWLIK, Michael. **La libertad institucionalizada. Estudios de Filosofía jurídica y Derecho penal.** Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2010, p.111.

⁴ AGAPITO, Leonardo Simões. **Direito médico: a omissão penalmente relevante.** 2018. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Unesp. Faculdade de Ciências Humanas e Sociais. Franca, 2018, p.28 et seq.

⁵ JAKOBS, Günther. **Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional.** Trad. Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Madrid: Civitas, 1996., p.39-40.

⁶ BACIGALUPO, Silvina. **Autoría y participación en delitos de infracción de deber. Una investigación aplicable al Derecho penal de los negocios.** Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2007, p.34.

⁷ BACIGALUPO, *op.cit.*, p.39.

⁸ BACIGALUPO, *op.cit.*,p.85.

responsabilidade médica, em regra, uma obrigação de meio para o Direito civil, há um substrato normativo a orientar os limites dos deveres de agir e, inclusive, os deveres de deixar de agir, para que não incida o profissional, por exemplo, em distanásia.⁹ Por essa razão, não importam propriamente os cursos, especializações ou mesmo o conhecimento prático de anos de experiência na atuação; a responsabilidade penal médica estaria fundada nos conhecimentos exigidos para o exercício daquela prática, seja a clínica geral, seja alguma especialidade regulada por autoridades públicas (Ministério da saúde e suas agências) e órgãos de classe, como o Conselho Federal de Medicina e as associações de especialistas (e.g. conselhos de cardiologia e as sociedades de oncologia).¹⁰ No entanto, apesar de bastante lógicas, estas soluções se tornam simplistas ao tentarem oferecer ao conceito de papel social uma complexidade suficientemente objetiva que nem mesmo as ciências biológicas foram capazes de oferecer.¹¹

Porém, ainda que aquele modelo, de verificação da responsabilidade por meio da adequação aos padrões institucionais, se confirmasse como suficiente, o mesmo não poderia ser aplicado ao especialista de engenharia, que assim é contratado para produzir informações e desenvolver dados que ninguém mais seria capaz de produzir. Assim, as próprias empresas buscam os “melhores”, aqueles que podem ir além dos conhecimentos ordinários. A excepcionalidade é o fundamento dessa atuação, ou ao menos é isso que a cultura corporativa e que os próprios profissionais costumam apresentar em seus portfólios. Se a excepcionalidade é o fundamento da relação de confiança, sobre a qual se constroem as expectativas, qual o limite a dimensionar o dever do especialista de evitar danos?

Retomando as propostas de Jakobs, encontramos uma especial atenção dada à “fidelidade ao direito”, que supera a necessidade de diferenciar o chamado *dolus malus* e o dolo

⁹ AGAPITO, op.cit., p.19 e 20.

¹⁰ AGAPITO, op.cit., p.29-31.

¹¹ Sobre o conceito de papel social, ver: JAKOBS, op.cit, p.41 e 42. Sobre a insuficiência das ciências médicas, é importante observar o conflito revelado pela pandemia da Covid-19, que deixou claras as limitações do conhecimento médico, mas, principalmente, evidenciou a incapacidade das instituições, pautadas por diferentes interesses econômicos e políticos, em desenvolver um debate imparcial sobre a adequada atuação médica. Se por um lado o CFM tem por tradição desacreditar os conhecimentos tradicionais e comunitários, que utilizam diversos produtos naturais e compostos para o tratamento de saúde, não se percebeu o mesmo ceticismo quanto a procedimentos sem comprovação científica que faziam uso de patentes farmacológicas ou eram praticadas por profissionais credenciados sob a influência de planos de saúde. Revelou-se assim um abismo entre a saúde pública como objetivo social e os objetivos próprios das instituições de saúde pública, de modo que já não se pode presumir a adequação aos procedimentos padronizados como atuação profissional adequada. Em outras palavras, as expectativas sociais estão acima das próprias instituições, de modo que os próprios papéis sociais devem se pautar para além destas estruturas.

indireto (eventual), pois o resultado de ambos é o mesmo.¹² Nesse sentido, a maior preocupação se daria não sobre o conhecimento ou a falta dele, mas sobre a disposição de se adequar à norma demonstrada por comportamentos específicos. A não adoção deste padrão, conforme aponta Jakobs, levaria a desproporção das penas aplicadas, de modo que pessoas “preocupadas”, que tomam cautelas insuficientes para conter um dano, sofreriam uma pena mais grave que aqueles que agem ignorando qualquer possibilidade de resultado.¹³

No ordenamento jurídico brasileiro, a distinção entre dolo e culpa ainda se faz por elementos psicologizantes, o que tem se mostrado insuficiente diante das demandas corporativas e da incorporação de categorias norte-americanas via direito penal econômico.¹⁴ Dessa forma, a proposta mais clara até aqui apresentada se deu pelo aumento dos deveres a que está o especialista condicionado, transformando suas responsabilidades abstratas de calcular riscos em um dever de diligência a ser demonstrado conforme padrões internos verificados pela gerência. Dessa forma, sua fidelidade é medida pelo cumprimento de diversas competências próprias e pelo emprego de técnicas pré-definidas. No caso aqui estudado, a denúncia apresentada aponta que:

“Segundo o PGS (Padrão Gerencial do Sistema), a Geotecnia Matricial seria responsável, entre outras funções, por ‘realizar inspeção e monitoramento de barragens, pilhas e cavas, desenvolver projetos de adequação/manutenção de estruturas em operação/inativas, planejar e executar avaliação de segurança/estabilidade de barragens, pilhas e cavas, planejar o atendimento à legislação ambiental e atender condicionantes, manter atualizado o Plano de Segurança de Barragem’.”¹⁵

Assim, o especialista não é responsável pelo que sabe, mas por aquilo que deve apresentar e responder a seus superiores. As informações prestadas e os projetos desenvolvidos são a transferência de sua responsabilidade penal para os tomadores de decisão. Tal qual o profissional médico, as informações devem ser claras e completas, pois a liberdade (poder agir) dos tomadores de decisão estará restrita àquilo que lhes foi oferecido.¹⁶ Nesse sentido, o

¹² JAKOBS, Günther. Dolus malus. **Revista para el análisis del Derecho – Indret**, n.4, outubro, 2009, p.5.

¹³ JAKOBS, Günther. Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional, p.42.

¹⁴ Sobre o processo de “americanização” do Direito penal, ver: NIETO MARTÍN, Adán. ¿Americanización o europeización del Derecho penal económico?. **Revista penal**, n.19, p.120-136, 2007. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2189596>. Acesso em 10.out.2021.

¹⁵ MINISTÉRIO PÚBLICO DE MINAS GERAIS, Denúncia, fls.303.

¹⁶ Ainda em diálogo com AGAPITO, op.cit., p.13 et seq, que compreendia que a liberdade do paciente estaria condicionada e limitada às informações prestadas. Da mesma forma, um engenheiro deve garantir elementos suficientes para que outro decida de forma responsável, sem manipulá-lo ou fraudá-lo, o que configuraria uma

cumprimento adequado se verifica pela: a) pela coleta de dados; b) pela sistematização dos dados; c) pela apresentação de projetos de gestão do risco; d) pela orientação dada. A partir da análise da qualidade destes elementos (veracidade e suficiência) é que se poderá atribuir responsabilidade penal pelos resultados gerados. Dessa forma, o fato de um agente possuir estudos verificados por terceiros (como é o caso de uma dissertação aprovada e um artigo publicado em revista científica) apenas corrobora com a qualidade dos dados produzidos pelo agente, todavia o conhecimento não gera um especial dever de impedir – apenas de informar.

Este modelo de responsabilização, baseado na organização institucional das expectativas entre empresa-especialista¹⁷, capaz de estruturar esferas de atuação corporativas levaria à necessidade, na falta da devida estruturação dos deveres internos, de responsabilização da pessoa jurídica, superando o vácuo de responsabilidade penal. Sobre isso, Carlos Gómez-Jara Díez aponta que o modelo construtivista da autorresponsabilidade penal empresarial (possibilidade de punir penalmente a pessoa jurídica, independentemente da identificação do comportamento humano) permitiria justamente a superação da “irresponsabilidade organizada”, quando a corporação possui vácuos de responsabilidade.¹⁸ No entanto, quando os deveres existem e não são devidamente supervisionados, também haveria um defeito de organização, que igualmente não poderia eximir administradores e a própria corporação.¹⁹

Assim, os programas de *compliance* se tornaram lugar comum dos debates em Direito penal, oferecendo substrato “organizacional” para definição de responsabilidades penais individuais e coletivas, enquanto as definições estatais e internacionais tentaram oferecer um parâmetro para igualmente delimitar o que seria o comportamento corporativo adequado (*good corporate citizenship*).²⁰ No entanto, como já advertido por Laufer, a instrumentalização dos programas de *compliance* como critério de fixação da responsabilidade penal já serviu às

usurpação de função e, por consequência, violação de sua esfera de competência (passando a responder como verdadeiro autor).

¹⁷ Muito diferente do modelo pensado inicialmente (em que o papel, e seus deveres, são desenhados dentro da instituição e para com ela, como eram as estruturas militares), propõe-se agora um modelo em que o papel é construído pela relação entre estrutura e agente (pensando a estrutura como pessoa, a produzir comunicações relevantes e determinar comportamentos por sua interação, bem como ser responsabilizada penalmente).

¹⁸ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica: teoria do crime para pessoas jurídicas**. São Paulo: Atlas, 2015, p.58-59.

¹⁹ NIETO MARTÍN, Adán. Compliance, criminologia e responsabilidade penal de pessoas jurídicas. In: NIETO MARTÍN, Adán. **Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas**. 1ªed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p.79.

²⁰ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. **Compliance, direito penal e lei anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2015, p.119.

empresas norte-americanas como critério de proteção da alta gerência e garantia de impunidade penal, a despeito de qualquer evidência de impacto real de melhora da atuação ética da corporação.²¹ Embora não seja o foco deste artigo a responsabilidade penal empresarial, é importante compreender como tais programas são construídos, esquivando-se a empresa das finalidades de prevenção do Direito penal e, conseqüentemente, tornando indefensável sua idoneidade como parâmetro normativo.

De acordo com a Lei n.12.334/2012, a corporação que assim opera uma barragem deve apresentar um Plano de Segurança da Barragem (art.8º), de modo que é de sua responsabilidade demonstrar os dados técnicos e as análises de risco conforme os padrões mínimos exigidos pelo órgão fiscalizador (art.8º, §1º). Isso nos leva a duas questões: a) quais são os padrões públicos de análise que não foram capazes de interditar a barragem antes do desastre ocorrido?; b) qual exatamente o papel exercido pela empresa de consultoria que assim foi contratada?

De acordo com o cenário apresentado pela denúncia, os técnicos da empresa, responsáveis pela segurança da barragem, discutiam em suas reuniões o nível de segurança em que poderiam operar.²² Esses níveis e índices deveriam então ser apresentados para a autoridade pública responsável por aprovar o Plano de Segurança, à luz de seus próprios critérios técnicos, instrumentos e medições, dentro de sua periodicidade estabelecida pelo próprio órgão. Havendo falta ou sonegação de informações, as autoridades que concedem as licenças ambientais poderiam ter aplicado as medidas previstas no art.72 da Lei n.9.605/96, incluindo a paralisação total das atividades. A Lei n.12.334/2012 ainda impõe deveres de garante aos agentes públicos, como a revisão técnica (art.10) e apresentação de recomendações (art.16, II). Neste mesmo sentido, a Lei n.14.066/2020 ampliou as responsabilidades do agente público, devendo o órgão fiscalizador informar o órgão de proteção e a defesa civil em caso de verificação do risco excessivo (art.5º, §1º), exigir medidas de mitigação do risco (art7º, §3º), bem como aplicar as sanções cabíveis em caso de infração administrativa pela não adoção de medidas preventivas adequadas (capítulo V-A, art.17-A et seq).

Por esta razão, surpreende que a denúncia não avalie a atuação pública e como os órgãos de fiscalização fracassaram, conscientemente ou não, tendo em vista que são esses que

²¹ LAUFER, William S. **Corporate bodies and Guilty Minds: the failure of corporate criminal liability**. Chicago, Londres: University of Chicago, 2006, p.25. Ver também: LAUFER, William S. Corporate Liability, Risk Shifting, and the paradox of compliance. **Vanderbilt law review**, v.52, 1999, p.1343-1420.

²² MINISTÉRIO PÚBLICO DE MINAS GERAIS, **Deúncia**, fls.305.

deveriam determinar os padrões mínimos de segurança da atividade. A denúncia acusa a empresa de exercer uma “Ditadura Corporativa”²³. Todavia, se compreendemos que a empresa, por não organizar bem suas atividades, pode ser responsabilizada penalmente, deveríamos então admitir que a falta de organização mínima do Estado na fiscalização e emissão de pareceres não transfere *per se* a responsabilidade de fiscalizar para a empresa. O Ministério Público, em sua denúncia, então utiliza da assimetria de informações para justificar o fracasso das instituições de *enforcement*. Por ser a empresa uma grande “especialista” na área, dispõe de recursos e meios de manipulação capazes de levar a regulação à erro – de modo que a falta de informações (as informações não prestadas ou prestadas falsamente) assim atrairia para a empresa a posição de garante (conforme o art.13, §2º, c, Código Penal).²⁴

Para isso, a empresa teria então construído um programa de conformidade que fosse suficientemente convincente, lançando mão de uma empresa de consultoria que aceitasse afirmar que a barragem era, em sua opinião técnica, segura. Ocorre que a legislação brasileira não obriga que as empresas de mineração assim contratem empresas de consultoria. Isso não quer dizer que a empresa de auditoria possa falsificar dados e métricas. Porém, uma vez contratada, o laudo da auditora externa (positivo ou negativo) não precisa ser apresentado à autoridade pública. Apenas com a Lei n.14.066/20, que incluiu o art.18-B à Lei n.12.334/12, é que os órgãos fiscalizadores passam a exigir um cadastro das empresas de auditoria, passando então a regular esta atividade também como estratégica. Diferentemente do que ocorre no mercado de valores mobiliários, em que as empresas de auditoria têm capacidade de manipulação dos investidores e por isso precisam de especial controle (art.26 da Lei n.6.385/76), as empresas de auditoria em engenharia não deveriam ter a capacidade de manipular os órgãos de fiscalização. Em outras palavras, um programa de *compliance* que escolhe os pareceres que irá apresentar ao poder público ou que pressiona outras empresas a apoiá-la em suas decisões não está fraudando os relatórios. A fraude consiste em manipular os dados solicitados pelo órgão regulador, que por sua vez deveria ser fiel às suas próprias métricas e avaliações de adequação. Se assim o programa de cumprimento está voltado para a obtenção

²³ Ibidem, p.64.

²⁴ Embora o termo não tenha sido aqui utilizado na denúncia, o conceito por trás dessa manipulação é chamado pelo Direito administrativo de “captura”. Sobre a teoria da captura e o ciclo de vida das agências reguladoras, bem como sua relação com o *criminal compliance*, ver: OLIVEIRA, José Carlos de; ALENCAR e MIRANDA, Matheus; AGAPITO, Leonardo Simões. O modelo de “autorregulação regulada” e a teoria da captura: obstáculos à efetividade no combate à lavagem de dinheiro no Brasil. In: **Quaestio Iuris**, v.10, n.1, 2017, p.365-388.

das licenças e não para a segurança efetiva, isso apenas demonstra as reais prioridades corporativas e, principalmente, a distância entre a “fidelidade corporativa ao Direito” e a adequação aos fins sociais.

Porém, o mesmo agente responsável por definir políticas de segurança e implementá-las não pode ser o responsável por verificar seu cumprimento, tendo em vista o claro conflito de interesses.²⁵ Por essa razão, se assim o técnico responsável, conforme o PGS, por realizar o monitoramento da barragem, desenvolver programas de mitigação de risco e verificar seu cumprimento era também o fiscal do contrato de auditoria²⁶, não há o que se falar em fraude aos documentos (ainda que este tenha realizado uma pressão sobre a empresa para atestar a segurança conforme seus padrões próprios), mas em ineficiência do programa de *compliance* (voltado à aprovação e não à segurança).²⁷

Em suma, mesmo sobre o especialista, não repousa um dever ilimitado de “saber”, mas um dever de adequação aos compromissos assumidos com a própria empresa e, por derivação, com as normas regulamentadoras. Da mesma forma, as empresas de auditoria, quando não especialmente reguladas, respondem somente pelo cumprimento daquilo que elas mesmas afirmam como padrões de segurança. Em ambos os cenários, não se propõe um dever irrestrito de prevenção, mas de fidelidade à relação como construída, fruto do agir comunicativo. Conforme Pawlik, são deveres voluntários, assumidos desde uma autodeterminação possível dentro da sociedade de pessoas (inclusive, jurídicas).²⁸ Sendo estes os fundamentos dos deveres (autodeterminação e agir comunicativo), nada impede a responsabilização penal das próprias corporações.

3. Poder e obedecer

O tópico anterior evidenciou que o especialista não possui um dever de saber (que não poderia ser verificado adequadamente pelo processo penal), mas um dever de realizar as análises com que se comprometeu, além daquelas que lhe são exigidas pelas autoridades

²⁵ Analisando os programas de compliance e a figura do gatekeeper: AGAPITO, Leonardo Simões. Programas de segurança e a responsabilidade dos Gatekeepers. In: MÔNACO, Gustavo Ferraz de Campos et.al. (orgs.). **Lei Geral de Proteção de Dados: ensaios e controvérsias da Lei n.13.709/18**. São Paulo: Quartier Latin, 2020, p.441.

²⁶ MINISTÉRIO PÚBLICO DE MINAS GERAIS, **Denúncia**, fls.308.

²⁷ No caso concreto, há ainda que se questionar as outras competências e como o especialista exercia funções para além de um consultor técnico, mas igualmente de um *decision-maker*.

²⁸ PAWLIK, Michael. **Ciudadanía y Derecho penal. Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades**. Barcelona: Atelier, 2016, p.97-98.

públicas. Por isso, faz todo o sentido que o especialista esteja devidamente preparado para conhecer a técnica e a regulação, sem a possibilidade de alegar desconhecimento da lei. Portanto, quais seriam os critérios de verificação de seu poder agir?

Conforme Pawlik, o modelo de Liszt (separando injusto e culpabilidade) se desenvolveu com Welzel pela análise valorativa do “dever ser” independente do “poder”:

“De este modo, el autor lleva a cabo un injusto ya desde el momento en el cual él se comporta – desde un punto de vista negativo – de forma distinta a como el ordenamiento jurídico exige en general a cualquiera en su situación. Por su parte, el autor actuaría sin culpabilidad cuando desde el punto de vista individual y teniendo en cuenta sus déficits personales no le era posible en el momento de la comisión del hecho cumplimentar las exigencias del ordenamiento jurídico.”²⁹

Porém, como Pawlik ressalta, essa divisão não pode ser sustentada pelas leituras finalistas, colaborando em verdade com uma visão global do injusto penal, dispensando a diferenciação entre injusto e culpabilidade.³⁰ Assim apresenta Pawlik sua proposta de uma culpabilidade valorativa desde um dever de colaboração e as necessidades da sociedade de manutenção da solidariedade.³¹ Essa parece ser é uma tentativa de desenvolver um conceito integrado daquela concepção de Jakobs, onde o injusto é a contraposição à norma (comunicação desviante) e a culpabilidade a verificação dos fins de prevenção geral positiva.³²

Tentando incorporar alguns conceitos da semiótica (buscando critérios mais significativos de interpretação dos comportamentos em sociedade), compreendeu-se que a comunicação desviante seria assim verificada pelo uso dos signos conforme as convenções, enquanto a culpabilidade deveria levar em conta também a capacidade de comunicar dos símbolos utilizados.³³ Essa tentativa de incorporar a semiótica na análise da culpabilidade parte do pressuposto de que os estudos que assim se dedicaram ao estudo da filosofia da linguagem no Direito penal tenderam à abstração e relativismo desde uma perspectiva individualista dos signos. Uma perspectiva da construção social dos signos ofereceria parâmetros melhores para aquilo que é a principal preocupação do Direito penal: o quanto as expectativas sociais foram de fato afetadas? Assim, a divisão entre injusto e culpabilidade não se faria apenas pela análise

²⁹ PAWLIK, Michael. **La libertad institucionalizada. Estudios de Filosofía jurídica y Derecho penal.** Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2010, p.113.

³⁰ Ibidem, p.118.

³¹ Ibidem, p.127 et seq.

³² JAKOBS, Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional, passim.

³³ AGAPITO, **Direito médico: a omissão penalmente relevante**, p.61 et seq.

do dever e poder, mas do dever como elemento binário (verificado desde critérios como presente/ausente), enquanto a culpabilidade ofereceria a devida proporcionalidade da medida (desde critérios valorativos que verifiquem diferentes graus do desvio).

Assim, os autores funcionalistas parecem seguir uma linha muito clara da pena como meio de prevenção, justificada dentro dos limites de proteção da manutenção das estruturas sociais.³⁴ Isso não significa dizer que a sociedade deva ser homogênea, massacrando minorias e descartando culturas marginalizadas. Pelo contrário, são justamente estas as comunidades que mais dependem da estabilização de expectativas sociais e que lutam politicamente com mais vigor pelo reconhecimento de suas próprias estruturas normativas. Nesse sentido, talvez o pensamento funcionalista seja o que melhor compreenda as riquezas de ordenamentos jurídicos plurinacionais e ofereça um critério único coerente para os simultâneos conjuntos normativos.

Embora os autores funcionalistas diferenciem o injusto dos delitos organizacionais (crimes comuns) e dos delitos funcionais (crimes especiais), a categoria da culpabilidade não foi igualmente diferenciada neste aprofundamento. Nesse sentido, não se está apenas a tratar da coação e da estrita obediência à ordem, conforme previstas no art.22 do Código penal. É necessário considerar que as possibilidades de agir são limitadas pelas relações constituídas (responsabilidades recíprocas). Da mesma forma que a pesquisa científica está limitada às condições oferecidas pelas instituições de fomento, da mesma forma que a eficiência dos órgãos públicos está limitada ao número de pessoas que ali trabalham, da mesma forma que o sistema de saúde está limitado aos insumos, todo funcionário privado também possui limitações de investimento, recursos humanos e insumos, dentre tantas outras limitações institucionais próprias. Considerando que o caso apresenta uma empresa que possuía cálculos sofisticados dos custos derivados de possíveis acidentes, não se questiona aqui a capacidade corporativa de investimento, mas a disponibilização efetiva desses recursos necessários ao especialista.

Retornando ao PGS, se o especialista era assim responsável por “desenvolver projetos de adequação e manutenção das estruturas”, bem como “planejar e executar avaliação de segurança”, é possível questionar os recursos que o agente possuía para tanto (*e.g.* maquinário,

³⁴ Ver: PAWLIK, Michael. **Ciudadanía y Derecho penal. Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades**, p.100, como os deveres paternos podem tornar a sociedade mais segura para todos. De forma ainda mais clara: PAWLIK, Michael. **La libertad institucionalizada. Estudios de Filosofía jurídica y Derecho penal**, p.94, a legitimidade da pena derivaria do “dever de colaboração” do cidadão. Sobre a necessidade de respeitar a pluralidade dentro de limites que garantam estabilidade social: JAKOBS, Günther. **Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional**, p.50.

computadores, funcionários, sistemas de análise, infraestrutura, tempo). Como especialista, a empresa assim esperava que ele propusesse as necessárias modernizações do departamento ou ele não possuía competência para isso? A quem ele poderia solicitar recursos e, se o fez, quais foram as respostas oferecidas? Dentre os equipamentos existentes, em caso de problemas, quanto tempo de manutenção era exigido? Qual a periodicidade da manutenção das máquinas e em que condições estavam os instrumentos de supervisão? Os relatórios do especialista para seus supervisores ofereciam espaço para possíveis requisições? Como o investimento no departamento era apresentado aos acionistas e qual era o *tone of the top* sobre isso? Estas limitações concretas do poder agir não apenas reduzem a reprovabilidade do comportamento do especialista, como oferecem uma visão mais adequada da culpabilidade da própria empresa.³⁵

Dessa feita, o especialista não é o sujeito de quem se espera o cumprimento de uma ordem sem consciência da licitude desta. Pelo contrário, é dele que se espera justamente os apontamentos das possíveis irregularidades, a orientação sobre a norma e as advertências sobre possíveis consequências legais e fáticas de seu descumprimento. Não há o que se falar em obediência hierárquica exculpante, embora se esteja sim a tratar dos limites da intervenção pessoal do agente. Um especialista deve agir com diligência e informar adequadamente seus superiores, que tomarão as decisões, mas não terá um dever de convencimento ou mesmo um dever de intervir ativamente para além de suas competências. Nesse sentido, sua esfera de atuação está limitada pelo compartilhamento de decisões. Da mesma forma que os supervisores e a alta cúpula de uma empresa devem verificar o adequado cumprimento dos deveres do especialista, o especialista se vê limitado pelas decisões tomadas por estes. Mesmo os melhores relatórios e os melhores projetos podem ser rejeitados e essa dinâmica compartilhada de deveres também compartimenta as esferas de intervenção possível (até onde vai a capacidade do agente de determinar os rumos da empresa).³⁶

³⁵ Sobre os critérios de qualidade dos programas de compliance, Nieto Martín aponta: 1) envolvimento dos dirigentes (*tone of the top*); 2) participação dos trabalhadores e grupos de interesse; 3) coerência da cultura corporativa; 4) independência e capacitação dos responsáveis pelo *compliance*; 5) suficiência de recursos; 6) vigência do programa em todos os níveis corporativos. Ver: NIETO MARTÍN, Adán. Fundamento e estrutura dos programas de compliance. In: NIETO MARTÍN, Adán. **Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas**. 1ªed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p.153-154. Estes critérios poderiam assim oferecer algum parâmetro da adequação da empresa aos seus compromissos de segurança para além da existência de programas “cosméticos”, bem como a análise material da culpabilidade.

³⁶ No julgamento da ação penal 470/MG, pelo STF, a participação do Superintendente de compliance do Banco Rural foi decisiva para a acusação, que assim teve acesso aos relatórios e às decisões da diretoria da instituição, sem que com isso se imputasse responsabilidade ao *compliance officer*. Pelo contrário, este atuou como

Por outro lado, a Lei n.12.334/2012 também prevê deveres de colaboração com a própria administração pública, a serem prestadas pelo especialista, que assim assume um papel de *gatekeeper* da instituição. São exemplares: a) informar mudanças na barragem que reduzam sua segurança (art.17, IV); b) permitir acesso irrestrito do órgão fiscalizador à barragem, instalações e documentos (art.17, VI); c) manter atualizadas as informações do SNISB (Sistema Nacional de Informações sobre Segurança de Barragens) (art.17, XIII). Com a Lei n.14.066/2020, incluíram-se ainda os deveres de: a) implementar um Plano emergencial (PAE) em colaboração com os órgãos de defesa civil (art.17, X); b) notificar o órgão fiscalizador, a autoridade ambiental e a defesa civil sobre qualquer alteração que possa implicar em um acidente (art.17, XIV). Assim, para além do que dizem os programas de *compliance*, está o agente autorizado a fazer as comunicações necessárias de forma direta e segura? A corporação assim garante que o funcionário possa cooperar com os órgãos públicos ou as informações institucionais passam por um filtro prévio? Quem realiza este filtro (independentemente dos organogramas publicados pela empresa)?

Da mesma forma, há novamente que se considerar a própria regulação entre instituições de fiscalização e controle e as condições institucionais oferecidas para que um profissional colabore efetivamente. Não se pode responsabilizar por um crime o agente que ofereceu relatórios incompletos ou que negligenciou dados se os órgãos responsáveis nunca esclareceram os padrões exigidos ou questionaram a qualidade dos dados antes do incidente. A correta cooperação deriva de uma postura regulatória ativa e presente, para além da cobrança de relatórios.³⁷ A menor atuação das instituições de *enforcement* pode produzir sobre os entes regulados um ambiente de maior tolerância ao risco, sem que isso tenha consequências penais diretas.³⁸ No entanto, a aprovação (validação) administrativa destes relatórios (sem a apresentação de recomendações, fiscalizações *in locu*, imposição de sanções) confirmar este comportamento como socialmente aceito, produzindo, por si, a perpetuação da comunicação

testemunha de acusação no julgamento e demonstrou à corte a inércia dos órgãos tomadores de decisão. Ver: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação penal 470/MG**. Relator Min. Joaquim Barbosa. Fls.1181 da decisão publicada em: 17.12.2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/ap470.pdf>. Acesso em: 25.10.2021.

³⁷ Sobre a postura regulatória na produção de dados melhores, ver: AGAPITO, Leonardo Simões; ALENCAR e MIRANDA, Matheus; JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. On the potentials and limitations of autonomous systems on money laundering control. **Revue Internationale de Droit Pénal – RIDP**, n.1, issue “Artificial Intelligence, big data and automated decision-making in criminal justice”, 2021 (no prelo).

³⁸ Sobre os desafios do modelo de cooperação pelo reforço da autorregulação, ver: SIMPSON, Sally S. **Corporate crime, Law, and Social Control**. Reprinted. Nova Iorque: Cambridge University, 2005, p.100-111.

defeituosa. Em termos de culpabilidade, a negligência dos agentes públicos se torna penalmente relevante, de forma que a atuação do *compliance officer* da empresa passa a ter uma menor reprovabilidade.

Em suma, o especialista se encontra em uma particular relação de dependência da empresa, de modo que seu poder agir está condicionado ao limite de sua autodeterminação ali dentro (possibilidade de agir e possibilidade de moldar sua própria atuação). Não se pode falar em uma obediência sem conhecimento deste, mas de censuras prévias, filtro das comunicações e até isolamento. As esferas de culpabilidade se limitam reciprocamente. Da mesma forma, o *gatekeeper*, responsável por notificar as autoridades públicas e prestar informações periódicas estaria tanto condicionado à existência de canais adequados e seguros, bem como à efetiva análise e verificação (aprovação/reprovação) de seu comportamento para que assim possa se adequar aos padrões dele esperados (expectativas normativas demonstradas pela regulação).³⁹

4. O ambiente corporativo de tomada de decisão

Analisada a responsabilidade do especialista, resta ainda problemática a forma como a denúncia apresenta a gestão da barragem. Em diferentes momentos há expressões que remetem a um improviso amador ou mesmo um ambiente de investimento agressivo: “Vamos conseguir se Deus quiser” (sobre a tentativa de conter a erosão da Barragem I em 14.06.2018) e “Vamos com fé”⁴⁰; “essa nossa Barragem I sempre foi uma boa menina e ela vai continuar sendo se Deus quiser [...]” (após apresentação dos Painéis Independentes de Especialistas para

³⁹ Outro tópico que poderia ser assim apresentado diz respeito à atuação do *whistleblowing* e os canais adequados de proteção ao colaborador voluntário. A regulação que espera ter *gatekeepers* que colaborem efetivamente deve oferecer a devida proteção, superando espaços de corporativos de controle das informações prestadas. Ver: AGAPITO, Leonardo Simões. Programas de segurança e a responsabilidade dos Gatekeepers, p.443. Nesse sentido, tanto o Direito constitucional, como o trabalhista e o penal devem se adaptar a essa necessidade de proteção do denunciante, a começar por sua identidade: GARCÍA MORENO, Beatriz. *Whistleblowing* e canais de institucionais de denúncia. In: NIETO MARTÍN, Adán. **Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas**. 1ªed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p.278 et seq. Quanto aos deveres de colaboração com o poder público, a existência de canais seguros (e sua qualidade) também devem ser pensadas à luz destes debates. Quais são as consequências pessoais ao whistleblower por sua colaboração e como o poder público ofereceu alguma garantia ou segurança? Existem ainda programas corporativos que oferecem proteção a trabalhadores que utilizam *hotlines* internas de denúncia (informando a alta gerência sobre condutas desviantes de supervisores intermediários). Neste caso, qual a segurança desses canais e como os trabalhadores foram preparados a usá-las corretamente? Como essas denúncias geram algum registro e são devidamente encaminhadas pelos órgãos corporativos de controle e compliance? As perguntas todas apresentadas ao longo do presente artigo não devem receber uma “resposta definitiva”, mas oferecem espaço a arranjos e soluções criativas, adequadas a cada realidade corporativa e contexto regulatório (sempre revisadas e atualizadas periodicamente).

⁴⁰ MINISTÉRIO PÚBLICO DE MINAS GERAIS, **Denúncia**, fls.269.

Segurança e Gestão de Riscos de Estruturas Geotécnicas – PIESEM)⁴¹; “barragem de montante é ‘emoção a flor da pele para quem opera’” (sobre o fator de Condição de Estabilidade que seria adotado)⁴².

Em um ambiente empresarial, existem decisões arriscadas e investimentos pouco recomendados que podem trazer grande ganho econômico. Não há punições para um investidor agressivo que aceite riscos grandes no mercado de valores, por exemplo. O mesmo não ocorre na atividade bancária, em que o risco adotado pelas instituições financeiras é regulado pelo Banco Central, com base nos acordos de Basileia, e pode gerar uma responsabilização penal nos termos do art.4º, parágrafo único, da Lei n.7.492/86.⁴³ No âmbito da mineração, os riscos de um acidente parecem ter sido calculados com alto grau de detalhamento⁴⁴ típico de um ambiente corporativo racional, mas o processo de tomada de decisão e administração dessas informações não se revelaram tão racionais quanto gostariam os teóricos que ainda utilizam o conceito de *homo economicus*. Não se pretende avançar neste debate, mas uma conclusão obtida da leitura geral da denúncia é de que o ambiente corporativo em questão tinha alta tolerância ao risco, tomando decisões não com base em cálculos de custo/benefício, mas na capacidade individual de realizar apostas.

Nesse sentido, as decisões sobre os padrões de segurança a serem adotados por uma barragem não podem ser tomadas por um pequeno departamento de uma empresa a partir de diretrizes superiores de potencialização dos lucros. Esta conclusão tanto deve ser aplicada para a atribuição de responsabilidades penais, verificando abusos de poder e violações de papéis que tenham ocorrido nesse processo, como é importante para a avaliação dos programas de *compliance*, que intencionalmente transferem decisões para órgãos administrativos inferiores, dando uma autonomia formal (não necessariamente verificada no caso concreto, conforme as diretrizes que limitam o poder agir) excessiva.⁴⁵ Por outro lado, também não seria papel de um

⁴¹ MINISTÉRIO PÚBLICO DE MINAS GERAIS, **Denúncia**, fls.287.

⁴² MINISTÉRIO PÚBLICO DE MINAS GERAIS, **Denúncia**, fls.305.

⁴³ Ver: WENT, Peter. Basel III Acord: where do we go from here? **SSRN Electronic Journal**, 17 de outubro, 2010, p.2. Disponível em: <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1693622>. Acesso em: 10.10.2021. O autor assim apresenta o consenso de políticos, reguladores e instituições sobre a necessidade um monitoramento ostensivo e individualizado por parte de reguladores sobre as instituições financeiras para evitar novas crises econômicas graves.

⁴⁴ MINISTÉRIO PÚBLICO DE MINAS GERAIS, **Denúncia**, fls.49-53, há a apresentação de algumas planilhas, identificando diferentes valores médios de indenização (conforme a classe social) para bens que fossem danificados, além do cálculo de vidas que seriam perdidas e o dano à imagem da empresa.

⁴⁵ Sobre a transferência do risco de responsabilização: LAUFER, William S. Corporate Liability, Risk Shifting, and the Paradox of Compliance. **Vanderbilt Law Review**, v.52, n.5, october, 1999, p.1346-1348, o autor assim

conselho de diretores ou de um conselho de acionistas decidir o risco a ser adotado em uma barragem, de modo que este debate pode ter sido manipulado por um programa de *compliance* desenvolvido para garantir a aprovação dos relatórios e obtenção de licenças ambientais, mas jamais poderia ser “privatizado”. O mercado e as corporações não têm capacidade nem legitimidade para decidir sobre a segurança de pessoas e do meio ambiental, tal qual nenhum cidadão possui capacidade ou legitimidade para decidir sozinho sobre a validade das normas que o regulam.⁴⁶

Analisando o contexto de exploração de minérios na América Latina, tampouco é possível manter sob a responsabilidade do Estado unicamente a decisão sobre padrões de segurança. Conforme apresenta Gudynas, em seu estudo sobre o neoextrativismo, os governos latino-americanos do início do século XXI assim tentaram superar as críticas históricas ao controle das transnacionais estrangeiras, mas mantiveram a exploração de recursos com graves danos ambientais, agora legitimados pelo projeto desenvolvimentista.⁴⁷ Por essa nova política, diferentes comunidades foram afetadas sem qualquer prestação de contas, quando não manipuladas por informações incompletas.⁴⁸ Assim, diversas vezes o Estado privilegia (de cima para baixo, de fora para dentro) o global (abstrato) sobre o local (comunidades afetadas), promovendo a fragmentação territorial.⁴⁹

Embora esse debate pareça superar as fronteiras do Direito penal, em sociedades marcadamente desiguais, há de se considerar a legitimidade dos instrumentos do Estado sobre

toma como hipótese de seu trabalho o esforço corporativo em “empurrar para baixo” a responsabilidade por decisões estratégicas, de modo que a empresa para a ser uma “cidadã de bem”, enquanto alguns trabalhadores intermediários são identificados como “rebeldes” e desviantes. Nesse sentido, o autor então adverte tanto a necessidade de fixação externa (desde *Sentencing Guidelines*) de responsabilidades intransferíveis, quanto a necessidade de desconstruir os programas de compliance como manipuladores da responsabilização penal.

⁴⁶ PAWLIK, Michael. **La libertad institucionalizada. Estudios de Filosofía jurídica y Derecho penal**, p.132.

⁴⁷ GUDYNAS, Eduardo. Diez tesis urgentes sobre el nuevo extrativismo: contextos y demandas bajo el progressismo sudamericano actual. *In*: CENTRO ANDINO DE ACCIÓN POPULAR, CENTRO LATINO AMERICANO DE ECOLOGIA SOCIAL. **Extratctivismo, política y sociedade**. Quito: CAAP, CLAES, 2009, p.204-205, o autor, citando os estudos de García-Gaudilla, exemplifica tais justificativas com caso de Zulía, considerada “zona de sacrificio minero petrolero” na Venezuela.

⁴⁸ De forma exemplar: WALTER, Mariana. Proyectos mineros, nuevos derechos y respuestas ciudadanas em Argentina. *In*: DELGADO-RAMOS, Gian Carlo (coord). **Ecología política de la minería en América Latina**. México D.F.: Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades, Universidad Nacional Autónoma de México, 2010, p.495-499, a autora apresenta o projeto de mineração em Esquel, que assim propôs à comunidade local um projeto de desenvolvimento, que não se concretizou, e não antecipou os danos ambientais que seriam causados.

⁴⁹ GUDYNAS, op.cit., p.200-201.

comunidades marginalizadas e os efeitos danosos sobre estas.⁵⁰ Há de se considerar a invisibilidade política de diferentes grupos e a perpetuação de situações de exploração. Há, dessa forma, que se realizar uma interpretação positivista da legislação ambiental à luz da Constituição e, assim, reconhecer a necessidade de aprofundamento das consultas públicas⁵¹ e do desenvolvimento de novos mecanismos de participação popular na fiscalização das atividades corporativas.

Desde a perspectiva dos impactos concretos a que estão submetidas diferentes populações e a necessidade de legitimação dos padrões de risco, diversos programas de *compliance* tem assim sugerido a internalização da participação dos *stakeholders* como forma de pacificação dos instrumentos de controle e gestão.⁵² Porém, como demonstra Laufer, há muitos interesses em jogo e estes programas ainda são desenvolvidos como forma de cooptação e legitimação entre conhecidos atores, mas sem impactos reais sobre a melhora dos padrões de segurança de trabalhadores e proteção ambiental.⁵³ Assim, as constantes revisões da organização privada das empresas mascaram a necessidade real de uma revisão da esfera pública. A fixação dos padrões de segurança e o monitoramento ostensivo não podem depender de *stakeholders*, apenas figuradamente sentados a mesma mesa, se os movimentos de cada peça seguem regras próprias. É necessária uma revisão dos *policymakers*⁵⁴, das agências reguladoras

⁵⁰ Sobre o racismo ambiental (*environmental justice*) e os efeitos da colonialidade: WHYTE, Kyle Powys. Indigenous Experience, Environmental Justice and Settler Colonialism. *SSRN Electronic Journal*, 25 abr., 2016, passim. Disponível em: <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2770058>. Acesso em: 10.10.2021.

⁵¹ Sobre o direito de consulta: SOUSA, Raffaella Cássia de. O direito de consulta e os protocolos dos povos indígenas como instrumentos da democracia participativa. *Themis – Revista da Esmec*, v.19, n.2, jul./dez., 2021, p.313-339. DOI: <http://dx.doi.org/10.56256/themis.v19i2.845>.

⁵² De forma exemplar: NIETO MARTÍN, Adán. Fundamento e estrutura dos programas de compliance. In: NIETO MARTÍN, Adán. **Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas**. 1ªed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p.146-148.

⁵³ LAUFER, William S. O Compliance game. In: SAAD-DINIZ, Eduardo *et.al* (orgs.). **Regulação do abuso no âmbito corporativo: o papel do Direito penal na crise financeira**. São Paulo: Liber ars, 2015, p.60 e 63.

⁵⁴ Aqui se faz uma contraposição entre *stakeholders* (diferentes atores interessados na atividade econômica) e *policymakers* (tomadores de decisões públicas, interessados nos objetivos sociais). Diferentes atores sociais a organizar uma atividade econômica encontrarão diferentes motivos para dirigir ações arriscadas. Tomadores de decisão pública não partem da atividade, mas dos valores sociais (não pecuniários) e dos interesses comunitários. Enquanto os *stakeholders* são reunidos para viabilizar os objetivos econômicos, que podem trazer algum benefício social; dos *policymakers* é esperado que garantam segurança e projetos de longo prazo, tendo diferentes atividades econômicas como possíveis caminhos. As regras do mercado têm para estes grupos pesos distintos, pois para uns é o mercado um pressuposto, e para outros, alternativa. Sobre novas possibilidades e alternativas ao extrativismo, ver: MALHEIRO, Bruno; PORTO-GONÇALVES, Carlos Walter; MICHELOTTI, Fernando. **Horizontes amazônicos: para repensar o Brasil e o mundo**. São Paulo: Fundação Rosa Luxemburgo, Expressão Popular, 2021, p.200 et seq. ACOSTA, Alberto; BRAND, Ulrich. **Pós-extrativismo e decrescimento. Saídas do labirinto capitalista**. Trad. Tadeu Breda. São Paulo: Elefante, Autonomia, 2018, p.79 et seq.

e dos programas de licenciamento ambiental. É necessária a radicalização dos padrões democráticos da regulação econômica e da proteção ambiental, pois o déficit democrático destas naturalmente contamina o Direito penal, tornando-o, por consequência, violento e ilegítimo.⁵⁵

5. Considerações finais

O presente estudo não pode oferecer soluções concretas ao caso, mas buscou demonstrar a relação entre alguns conceitos que costumam ser confundidos. De forma simples: a) embora o profissional que atua como especialista técnico tenha conhecimentos especiais, seus deveres penais derivam da assumpção voluntária, autônoma e prévia de um papel funcional para com a empresa, que por sua vez se organiza desde os deveres definidos pelos órgãos de regulação e fiscalização; b) embora todos os trabalhadores sigam deveres e estejam organizados hierarquicamente, sua esfera de atuação está condicionada às relações como praticadas, que não podem ser reduzidas à leitura formal de um organograma, mas, principalmente, à análise das comunicações entre os atores; c) embora o funcionalismo penal pareça uma teoria “conservadora”, ele oferece uma visão mais clara das esferas em que a luta democrática deve ocorrer sem tentar dosar sua tutela de forma paternalista a partir de valores abstratos de política criminal.

Este artigo também ofereceu a oportunidade de revisitar alguns conceitos funcionalistas, corrigindo pequenas confusões sobre a origem dos papéis sociais, como era o caso da confusão entre “interesse público” tutelado e “instituições públicas”. Deste modo, reconhece-se que a obediência às normas vai muito além do que seja uma obediência às instituições e seus protocolos, embora os meios (poder agir) estejam assim limitados por eles. Também se percebeu a importância da regulação e como uma política regulatória negligente pode afetar as condições concretas de agir corretamente dos agentes regulados. Embora não se tenha construído um sistema acabado e coerente, é possível considerar que alguns dos questionamentos feitos ao longo do texto ofereçam caminhos possíveis para a elaboração de

⁵⁵ SVAMPA, Maristella. Neextractivism and development. *In*: VELTMEYER, Henry; ZÁYAGO LAU, Edgar (ed.). **Buen Vivir and the Challenges to capitalism in Latin America**. Nova Iorque: Routledge, 2021, p.138-139, a autora demonstra como o aumento da participação dos Estados nas atividades extrativistas não trouxeram maior participação popular, mas uma maior violência contra os movimentos populares.

novas categorias de análise da imputação penal. Que a busca por critérios mais complexos e exatos da realidade continue.

6. Referências

ACOSTA, Alberto. Extrativismo e neoextrativismo: duas faces da mesma maldição. *In: DILGER, Gerhard et.al. (org.). **Descolonizar o imaginário: debates sobre pós-extrativismo e alternativas ao desenvolvimento***. 1.ed. São Paulo: Fundação Rosa Luxemburgo, 2016, p.47-85.

AGAPITO, Leonardo Simões. **Direito médico: a omissão penalmente relevante**. 2018. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Unesp. Faculdade de Ciências Humanas e Sociais. Franca, 2018. Disponível em: <http://hdl.handle.net/11449/154283>. Acesso em: 10.out.2021.

AGAPITO, Leonardo Simões. Programas de segurança e a responsabilidade dos Gatekeepers. *In: MÔNACO, Gustavo Ferraz de Campos et.al. (orgs.). **Lei Geral de Proteção de Dados: ensaios e controvérsias da Lei n.13.709/18***. São Paulo: Quartier Latin, 2020, p.437-444.

AGAPITO, Leonardo Simões; ALENCAR e MIRANDA, Matheus; JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. On the potentials and limitations of autonomous systems on money laundering control. **Revue Internationale de Droit Pénal – RIDP**, n.1, issue “Artificial Intelligence, big data and automated decision-making in criminal justice”, 2021 (no prelo).

BACIGALUPO, Silvina. **Autoría y participación en delitos de infracción de deber. Una investigación aplicable al Derecho penal de los negocios**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2007

BRAITHWAITE, John. Does restorative justice work? *In: JOHNSTONE, Gerry. **A restorative justice reader***. 2ed. Londres: Routledge, 2013, p.320-352.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica: teoria do crime para pessoas jurídicas**. São Paulo: Atlas, 2015.

GUDYNAS, Eduardo. Diez tesis urgentes sobre el nuevo extrativismo: contextos y demandas bajo el progressismo sudamericano actual. *In*: CENTRO ANDINO DE ACCIÓN POPULAR, CENTRO LATINO AMERICANO DE ECOLOGIA SOCIAL. **Extratativismo, política y sociedade**. Quito: CAAP, CLAES, 2009, p.187-225.

JAKOBS, Günther. Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional. Trad. Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Madrid: Civitas, 1996.

JAKOBS, Günther. Dolus malus. **Revista para el análisis del Derecho – Indret**, n.4, p.1-23, octubre, 2009. Disponível em: <https://indret.com/dolus-malus/>. Acesso em: 10.out.2021.

LAUFER, William S. Corporate Liability, Risk Shifting, and the paradox of compliance. **Vanderbilt law review**, v.52, p.1343-1420, 1999. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/287297601.pdf>. Acesso em: 10.out.2021.

LAUFER, William S. **Corporate bodies and Guilty Minds: the failure of corporate criminal liability**. Chicago, Londres: University of Chicago, 2006.

LAUFER, William S. O Compliance game. *In*: SAAD-DINIZ, Eduardo *et.al* (orgs.). **Regulação do abuso no âmbito corporativo: o papel do Direito penal na crise financeira**. São Paulo: Liber ars, 2015, p.57-68.

MALHEIRO, Bruno; PORTO-GONÇALVES, Carlos Walter; MICHELOTTI, Fernando. **Horizontes amazônicos: para repensar o Brasil e o mundo**. São Paulo: Fundação Rosa Luxemburgo, Expressão Popular, 2021.

NIETO MARTÍN, Adán. ¿Americanización o europeización del Derecho penal económico?”. **Revista penal**, n.19, p.120-136, 2007. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2189596>. Acesso em 10.out.2021.

NIETO MARTÍN, Adán. **Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas**. 1ªed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p.79.

OLIVEIRA, José Carlos de; ALENCAR e MIRANDA, Matheus; AGAPITO, Leonardo Simões. O modelo de “autorregulação regulada” e a teoria da captura: obstáculos à efetividade no combate à lavagem de dinheiro no Brasil. In: **Quaestio Iuris**, v.10, n.1, p.365-388, 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.12957/rqi.2017.26847>. Acesso em: 10.out.2021.

PAWLIK, Michael. **La libertad institucionalizada. Estudios de Filosofía jurídica y Derecho penal**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2010.

PAWLIK, Michael. **Ciudadanía y Derecho penal. Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades**. Barcelona: Atelier, 2016.

PROCESSO n.XXXXXXX. Justiça Estadual de Minas Gerais. Fls.1-477. Brumadinho. Denúncia apresentada em: 21 jan.2021.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. **Compliance, direito penal e lei anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2015.

SIMPSON, Sally S. **Corporate crime, Law, and Social Control**. Reprinted. Nova Iorque: Cambridge University, 2005.

SOUSA, Raffaella Cássia de. O direito de consulta e os protocolos dos povos indígenas como instrumentos da democracia participativa. *Themis – Revista da Esmec*, v.19, n.2, jul./dez., 2021, p.313-339. DOI: <http://dx.doi.org/10.56256/themis.v19i2.845>.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação penal 470/MG**. Relator Min. Joaquim Barbosa. Decisão publicada em: 17.12.2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/ap470.pdf>. Acesso em: 25.10.2021.

SVAMPA, Maristella. Neoextractivism and development. *In*: VELTMEYER, Henry; ZÁYAGO LAU, Edgar (ed.). **Buen Vivir and the Challenges to capitalism in Latin America**. Nova Iorque: Routledge, 2021, p.135-148.

WALTER, Mariana. Proyectos mineros, nuevos derechos y respuestas ciudadanas em Argentina. *In*: DELGADO-RAMOS, Gian Carlo (coord). **Ecología política de la minería en América Latina**. México D.F.: Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades, Universidad Nacional Autónoma de México, 2010, p.483-520.

WENT, Peter. Basel III Acord: where do we go from here? **SSRN Electronic Journal**, 17 de outubro, 2010, p.1-12. Disponível em: <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1693622>. Acesso em: 10.10.2021.

WHYTE, Kyle Powys. Indigenous Experience, Environmental Justice and Settler Colonialism. **SSRN Electronic Journal**, 25 abr., p.1-17, 2016. Disponível em: <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2770058>. Acesso em: 10.10.2021.