



**SOUTO
CORREA**

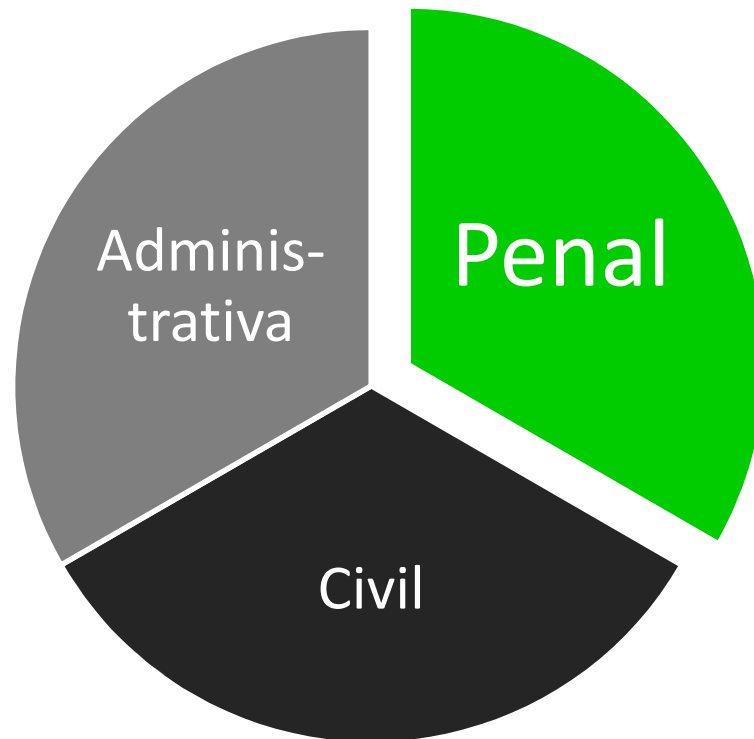
Souto Correa
Ccsa Lummerz
& Amara Advogados

A responsabilidade penal dos dirigentes de empresas: balanço dos 20 anos da Lei de Crimes Ambientais

Antonio C. Tovo

Objeto da apresentação

Esferas da Responsabilidade Ambiental



- Especificidades;
- Autonomia;
- Comunicação;
- Varas especializadas: acumulação de competências.

Quem pode ser
penalmente
responsabilizado?

Código Penal:

Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a **quem lhe deu causa**. Considera-se causa a **ação ou omissão** sem a qual o resultado não teria ocorrido.

Lei 9.605/98:

Art. 2º - Quem, de qualquer forma, concorre para a prática dos crimes previstos nesta Lei, incide nas penas a estes cominadas, na medida da sua culpabilidade, bem como o **diretor**, o **administrador**, o **membro de conselho** e de **órgão técnico**, o **auditor**, o **gerente**, o **preposto** ou **mandatário de pessoa jurídica**, que, sabendo da conduta criminosa de outrem, **deixar de impedir a sua prática, quando podia agir para evitá-la**.

Código Penal:

Art. 13 - § 2º. A omissão é **penalmente relevante** quando o omitente **devia e podia agir para evitar o resultado**. O dever de agir incumbe a quem:

- a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;
- b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;
- c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

Requisitos para a
responsabilização
criminal por omissão
imprópria

Pressupostos da punibilidade por omissão imprópria*:

1. Tipicidade:

- Situação típica e resultado;
- Posição de garantidor;
- Possibilidade de agir para evitar o resultado;
- Omissão da conduta exigida para evitar o resultado;
- Nexo de causalidade;
- Elemento subjetivo (dolo ou culpa).

2. Antijuridicidade

3. Culpabilidade

*ESTELLITA, Heloísa. Responsabilidade penal dos dirigentes de empresas por omissão. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 79

A figura do Garante

Quem é o garantidor no âmbito empresarial? Quem deve agir?

Requisitos do art. 2º, L. 9.605/98:

- a) Posição de diretor, administrador, membro de conselho e de órgão técnico, auditor, gerente, preposto ou mandatário de pessoa jurídica;
- b) Conhecimento da prática de crime ambiental no âmbito da empresa;
- c) Possibilidade de agir para evitar o resultado.

Requisitos do art. 13, §2º, CP:

- a) Obrigação legal de cuidado, proteção ou vigilância;
- b) Assunção fática do controle sobre uma fonte de perigo (dever de vigilância) ou da proteção a um bem jurídico (dever de proteção);
- c) Possibilidade de agir para evitar o resultado.



DEVER DE AGIR

Apuração do Dever de Agir

Dever de vigilância:

- Dever de seleção adequada;
 - Dever de instrução;
 - Dever de organização;
 - Dever de supervisão;
 - Dever de intervenção.
-
- Obstáculos à apuração da posição de garante e do dever de agir (art. 13, §2º, CP):
 - Divisão (horizontal e vertical) de tarefas e funções – delegação
 - Assunção DE FATO x Dever contratual
 - Responsabilidade por posição

[...] **AUSÊNCIA DE DESCRIÇÃO DO ELEMENTO SUBJETIVO DA CONDUTA.** ATIPICIDADE. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. RECURSO IMPROVIDO.

3. [...] não sendo o caso de grande pessoa jurídica, onde variados agentes poderiam praticar a conduta criminosa em favor da empresa, mas sim de **pessoa jurídica de pequeno porte, onde as decisões são unificadas no gestor** e vem o crime da pessoa jurídica em seu favor, pode então admitir-se o nexo causal entre o resultado da conduta constatado pela atividade da empresa e a responsabilidade pessoal, por culpa subjetiva, de seu gestor.

4. [...] "**sócio administrador da empresa que ao menos deveria ser conhecedor das atribuições que são conferidas aos seus funcionários** e que deve ter o cuidado de saber como e onde são despejados os **entulhos da empresa.**"

6. Recurso em habeas corpus improvido.

- Art. 54, §2º: poluição - resíduos

Vias de superação das dificuldades para apuração da posição de garante pela jurisprudência dos Tribunais Superiores:

- Análise do nexo de causalidade;
- Responsabilização penal das Pessoas Jurídicas
 - Teoria da dupla imputação x RE 548.181/PR, STF, Rel. Rosa Weber, ago./2013
 - Facilitador da responsabilização criminal

Entendimiento
Jurisprudencial

STJ: nexo causal na denúncia x instrução probatória

- “... INICIAL QUE NÃO DEMONSTROU O MÍNIMO NEXO CAUSAL ENTRE OS ACUSADOS E A CONDOTA A ELES IMPUTADA. [...] CONFIGURAÇÃO DE RESPONSABILIDADE PENAL OBJETIVA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO...”
- “... não se demonstrou de que forma os pacientes concorreram para o fato delituoso a eles imputado na acusação, tendo-lhes sido atribuída a conduta criminosa **exclusivamente pelo fato de serem diretores** da empresa”
- VOTO VENCIDO: “[...] não vejo inépcia a ser reconhecida, porquanto trata-se de delito decorrente da atuação societária dos envolvidos e, por isso mesmo, não há necessidade, se não é possível, como na espécie, esmiuçar a conduta de cada um. **Isso deverá ser levado a cabo na instrução.** Por ora, tenho por demonstrado **indícios** suficiente de autoria”.
- Ordem concedida

Réus: Dir. Geral, Dir. Adm., PJ Bioenergia

Fatos em 2009 / Denúncia em 2013

Art. 56 (armazenagem irregular de defensivos e óleo)

*Em suma, o momento de avaliação do quadro probatório ainda não chegou e fere de morte a pretensão de, pendendo incerteza, transferir-se ao grau recursal a competência para julgamento da causa, quando sequer inaugurada a fase instrutória.
Ante o exposto, denego a ordem.”*

STJ: nexo causal mínimo na denúncia

- “...ATRIBUIÇÃO DA RESPONSABILIDADE AOS SÓCIOS. **NEXO CAUSAL NÃO DESCRITO. DENÚNCIA INEPTA. IMPUTAÇÃO GENÉRICA...**”
- “A denúncia e o aditamento, apesar de descreverem a conduta delitiva consistente na **supressão de vegetação em área de preservação permanente**, entre o comportamento da recorrente e o fato delituoso. **não expõem, nem mesmo de passagem, o nexo causal**”
- “A acusação limitou-se a vinculá-la ao crime ambiental porque era sócia da empresa em que realizada a fiscalização.”
- “...**mesmo a denúncia geral deve conter elementos mínimos que preservem o direito do acusado de conhecer o conteúdo da imputação contra si. [...]**”
- RO concedido

*Art. 38 – destruir florestal em APP ou utilizar de forma irregular
PJ Construção Civil + 03 representantes legais*

(RHC 70.389/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 06/10/2016, DJe 14/10/2016)

STJ: prova administrativa / ciência / participação

- “...demonstrada a materialidade delitiva com base na notícia de infração penal ambiental, no **auto de infração ambiental**, no termo de embargo, no levantamento fotográfico, no auto de constatação, bem como nos depoimentos dos **policiais militares que evidenciam o corte de arvores nativas do Bioma Mata Atlântica em estágio médio de regeneração, sendo dispensável a elaboração de laudo por perito oficial [...]**”
- “A **responsabilidade penal do sócio-administrador e da pessoa jurídica resta regularmente demonstrada na hipótese em que este concorre para a realização do crime ordenando a limpeza do terreno e mais, sabendo da prática da conduta típica descrita no artigo 38A da Lei nº 9.605/98 pelo seu preposto, deixou de agir quando podia e devia para evitá-la.**”
- Agravo regimental improvido.

Art. 38-A. Destruir ou danificar vegetação primária ou secundária, em estágio avançado ou médio de regeneração, do Bioma Mata Atlântica, ou utilizá-la com infringência das normas de proteção: 1 a 3 anos de detenção.

STJ: obrigação do adquirente /flora/prova

- “...era, à época dos fatos, **gerente agrícola** da USINA BIOSEV (Unidade de Maracaju), arrendatária do imóvel objeto de crime ambiental, sendo, portanto, **representante contratual** da aludida empresa.”
- “...antes de se adquirir/arrendar uma propriedade rural faz-se fundamental verificar se ela está cumprindo rigorosamente a legislação ambiental.”
- “...visa a punir tanto aquele que causa o dano ambiental [...], quanto **quem utiliza tal bioma com infringência** das normas de proteção.”
- “...obrigação de conservação é transferida do alienante/arrendante ao **adquirente/arrendatário do imóvel**, independentemente de este último ter responsabilidade pelo dano ambiental inicial.”
- “Nesse sentido, a afirmação de que o acusado não poderia ser responsabilizado pelo dano ambiental é **matéria de prova**”

- *Fatos em 2013 / Danos em APP / Art. 38*

- *Diretor Operacional + Gerente Agrícola + PJ*

STF: instrução/ indícios suficientes

- ...**EXPLOSIVOS ARMAZENADOS** IRREGULARMENTE. AUTORIA COLETIVA. INÉPCIA DA DENÚNCIA. RESPONSABILIDADE DO ADMINISTRADOR DA PESSOA JURÍDICA. ARTIGOS 2º E 3º DA LEI 9.605/98. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INVIABILIDADE. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. EXCEPCIONALIDADE. INOCORRÊNCIA...
- ...recebimento da denúncia, **não há exigência de cognição e avaliação exaustiva da prova ou apreciação exauriente dos argumentos das partes, bastando o exame da validade formal da peça e a verificação da presença de indícios suficientes** de autoria e de materialidade.
- ...**identificação o mais aproximada possível dos setores e agentes internos da empresa determinantes na produção do fato ilícito**, porque envolvidos no processo de deliberação ou execução do ato que veio a se revelar lesivo de bens jurídicos tutelados pela legislação penal ambiental, tem relevância e deve ser averiguada no **curso da instrução criminal**.
- ... Inviável a análise do liame entre a conduta dos pacientes e o fato criminoso, porquanto demandaria o reexame e a valoração de fatos e provas, para o que não se presta a via eleita.

06 réus sócios administradores + PJ Mineradora

*“a dinâmica dos fatos narrados, **se não é um primor de técnica jurídica e de precisão**, deixa entrever, no âmbito de conhecimento que o habeas corpus comporta, que os recorrentes, **sócios e administradores** da pessoa jurídica, NATICAL NATIVIDADE CALCÁRIO LTDA, tinham poderes de gerência e sabiam que tinham armazenadas na empresa substâncias nocivas e em desacordo”*

(HC 128435, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 20/10/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-229 DIVULG 13-11-2015 PUBLIC 16-11-2015)

Desastre do Rio dos Sinos

- Morte de 86 toneladas de peixes – 2006
- Acusado: Diretor-Executivo / Presidente do Conselho Fiscal e da Administração / Responsável técnico (mesma pessoa)
- Acusado: Pessoa Jurídica



Desastre do Rio dos Sinos

Diretor:

- Outubro/2006 - Fatos
- 12/12/2006 – Decretada a prisão preventiva do diretor
- 28/12/2006 – Data da prisão
- 04/11/2008 – Deferido o habeas no STF
- 12/03/2009 – Sentença 1º grau: condenação por poluição, deixar de cumprir obrigação de relevante interesse ambiental (c/ dever legal ou contratual), obstar fiscalização, agravantes (vantagem \$ e domingos).
- Pena: **18 anos** de reclusão, em regime fechado + **12 anos** de detenção, em regime semiaberto
- 26/11/2009 - Acórdão TJRS - **4 anos e 6 meses** de reclusão + **3 anos** de detenção, em regime semiaberto
- 27/03/2017 REsp STF – não provido
- 29/09/2017 AREsp STF – Não provido - não transitou em julgado por causa de embargos de declaração ainda não julgados

Pessoa Jurídica:

Multas

- MPF denunciou, em **outubro** de 2016:
- 21 pessoas (Samarco / Vale, BHP, VogBr / Diretor Presidente Samarco / Diretor de Operações Samarco / Gerentes de Geotecnia / de Mina Samarco / Conselheiros de administração Samarco / Representantes da BHP e Vale na Governança da Samarco)

2.2.1 - <i>Crime de poluição qualificado</i>	4 - CARACTERIZAÇÃO DA OMISSÃO PENALMENTE RELEVANTE E DA POSIÇÃO DE GARANTIA.....	197
2.2.2 - <i>Crimes contra a fauna</i>	4.1 - O dever e o poder de agir da VALE, da BHP e da SAMARCO.....	198
2.2.3 - <i>Crimes contra a flora</i>	4.2 - O dever e o poder de agir dos Conselheiros de Administração.....	201
2.2.4 - <i>Crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural</i>	4.3 - O dever e o poder de agir dos representantes da VALE e da BHP nos Comitês de Operação e de Desempenho Operacional.....	204
2.2.5 - <i>Crimes contra a administração ambiental</i>	4.4 - O dever e o poder de agir dos Diretores Executivos.....	205
2.2.5.1 - <i>Da elaboração e apresentação da declaração de estabilidade falsa ou</i>	4.5 - O dever e o poder de agir dos gerentes/engenheiros da SAMARCO.....	207
2.2.5.2 - <i>Da omissão de informação no Relatório Anual de Lavra – RAL – e</i>		
<i>Aproveitamento Econômico – PAE</i>		
2.3 - <i>Dos crimes previsto no Código Penal Brasileiro</i>	5 - IMPUTAÇÃO E INDIVIDUALIZAÇÃO DAS CONDUTAS, JUSTA CAUSA E CLASSIFICAÇÃO JURÍDICA.....	210
2.3.1 - <i>Crime de inundação</i>	5.1 - SAMARCO MINERAÇÃO S.A.....	210
2.3.2 - <i>Crime de desabamento/desmoronamento</i>	5.2 - VALE S.A.....	211
2.3.3 - <i>Crimes de homicídios</i>	5.3 - BHP BILLITON Ltda.....	212
2.3.4 - <i>Das qualificadoras dos homicídios</i>		
2.3.4.1 - <i>Da impossibilidade e dificuldade de defesa das vítimas: a inoperância do Plano de Ação Emergencial</i>		51
2.3.4.2 - <i>Da qualificadora por motivo torpe</i>		55
2.3.4.3 - <i>Da qualificadora por emprego de meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum</i>		56
2.3.5 - <i>Crimes de lesão corporal</i>		56

Caso Samarco

- “Por isso, também se extrai a posição de garantia da VALE, da BHP e da SAMARCO do dever de usar o poder de controle das atividades empresariais com o fim de fazer a companhia cumprir sua função social e respeitar e atender os direitos e interesses da comunidade em que atua”
- “O dever de garantia das pessoas jurídicas também deriva da circunstância de que, por meio de comportamento anterior a SAMARCO, por deliberação unânime de seu **Conselho de Administração** (tomada em 20/10/2005 – 42ª Reunião do Conselho), **composto por representantes das acionistas VALE e BHP, decidiu pela construção da barragem de Fundão, criando o risco da ocorrência** do resultado lesivo”
- “VALE e a BHP, ao longo de todo o período de referência desta denúncia, além do dever de agir demonstrado acima, **detiveram todas as competências estabelecidas no Estatuto Social** da SAMARCO: se fizeram representadas em Assembleia Geral (órgão superior da companhia, com poderes para deliberar sobre todos os negócios relativos ao objeto social e tomar as providências que julgarem convenientes à defesa do desenvolvimento da Companhia – art. 8º do Estatuto), em reuniões do Conselho de Administração, em reuniões de Comitês e Subcomitês de Assessoramento; elegeram os administradores e os membros do conselho fiscal; deliberaram sobre a destinação dos lucros e distribuição de dividendos.”

Medidas Preventivas

I. Due Diligence

- Processos de aquisições, aluguéis, fusões...
- Geralmente requisitada pelo comprador
- **Investigação Jurídica** do Negócio: histórico dos usos e proprietários, licenças e autorizações, processos administrativos e judiciais e etc.
- **Investigação Técnica** do Imóvel: preservação, degradação, usos, indícios
- Análise dos dados e relatórios poderá interferir na realização do negócio e no valor – **Ferramenta de tomada de decisão**

II. Elaboração de Contratos:

- Definição de obrigações, responsabilidades, deveres de informação e de representação, ressarcimentos por danos ou problemas ambientais identificados, garantias e etc...
- Abrange consultorias técnicas, fornecedores, prestadores de serviço;
- Obras, fornecimento, aquisições, aluguel, arrendamento, cessão...
- Delegar e delimitar obrigações técnicas às pessoas que efetivamente atuam com o tema (ex.: assinatura de relatórios)

Art. 69-A

III. Auditorias Internas e Externas / Avaliação de Compliance / Acompanhamento e interpretação de legislação e jurisprudência:

- Avaliações periódicas para confirmar se os procedimentos e a operação segue normas técnicas e regulamentos legais, condicionantes das licenças e autorizações
- Confirmação de que os requisitos legais são cumpridos por fornecedores (licenças, autorizações...)
- Vistorias técnicas para confirmar que fornecedores estão conformes na prática
- Arquivamento dos dados

IV. Assessoria na Condução de Processos e Procedimentos:

- Avaliação técnica e jurídica de licenças ambientais, autos de infração, inquéritos civis e policiais
- Definição conjunta das manifestações e procedimentos
- Tríplice responsabilidade (inquérito civil x defesa administrativa x inquérito policial)
- Definição sobre comunicações a órgãos públicos e comunidades (comunicação de risco)
- Acompanhamento do licenciamento ambiental e demais expediente instaurados



Legislação Ambiental x Financiamentos junto aos Bancos de Desenvolvimento

Para a obtenção de financiamentos nos bancos de desenvolvimento, BDMG e BNDES, as empresas precisam comprovar o atendimento a requisitos mínimos, dentre os quais se destacam:

- ✓ Estar em dia com obrigações fiscais, tributárias e sociais;
- ✓ Apresentar cadastro satisfatório;
- ✓ Possuir capacidade de pagamento;
- ✓ Dispor de garantias suficientes para cobertura do risco da operação;
- ✓ Não estar em regime de recuperação de crédito;
- ✓ Atender a legislação relativa à importação, quando se tratar de financiamento para importação de máquinas e equipamentos;
- ✓ **Cumprir a legislação ambiental.**

Frente a este requisito, várias empresas acabam optando por soluções financeiras com custos mais elevados, porém, sem a exigência da licença ambiental. A empresa que opera sem a licença ambiental pode ser autuada, multada, ter suas atividades suspensas e responder pela prática de crime ambiental, sendo estes fatores considerados riscos, incertezas e falhas de gestão em qualquer negócio. Além disso, a falta de licença ambiental pode impedir a empresa, por exemplo, de participar de licitações com o Poder Público e fornecer seus produtos ou prestar serviços para empresas que possuam a certificação ISO 14.001 ou exigências de ordem socioambiental.

Anexo VIII à Circular SUP/AOI nº 13/2016-BNDES, 23.03.2016

Produto BNDES Soluções Tecnológicas

Condições a serem observadas pelos Agentes Financeiros na contratação das operações com equivalência em Dólares Norte-Americanos com recursos captados em Moeda Estrangeira

VENCIMENTO ANTECIPADO DO FINANCIAMENTO:

- I. Sem prejuízo das hipóteses previstas nos artigos 39 e 40 das "Disposições Aplicáveis aos Contratos do BNDES", poderá ocorrer, também, o vencimento antecipado do contrato, com exigibilidade da dívida e imediata sustação de qualquer desembolso, nos seguintes casos:



- 5 -

Política Socioambiental

- a) constatar-se a existência de sentença condenatória transitada em julgado em razão da prática de atos pela BENEFICIÁRIA FINAL, exceto quando esta integrar a Administração Pública Direta e Indireta, que importem em trabalho infantil, trabalho escravo ou crime contra o meio- ambiente, bem como a falsidade da declaração constante do Anexo XI à a reparação imposta ou quando estiver sendo Final;

Enquadramento das operações

- Avaliação preliminar dos principais aspectos sociais e ambientais dos beneficiários e dos empreendimentos, conforme disposto no **roteiro de Consulta Prévia**;
- pesquisa cadastral do beneficiário que inclui verificação de apontamentos referentes a trabalho análogo ao de escravo (consulta a listas públicas ou outros meios oficiais) e crimes ambientais;
- elaboração de eventuais recomendações sociais e ambientais para as fases de Análise e Acompanhamento da operação;

Concluída a fase de análise, o BNDES pode recomendar a reformulação do projeto; incluir condicionantes de natureza social ou ambiental no contrato de financiamento; e, em alguns casos, não conceder o apoio financeiro, devido à não conformidade ou ao risco social e ambiental identificado.

Muito Obrigado!

Antonio C. Tovo
antonio.tovo@soutocorrea.com.br

- Coordenador da Área de Compliance e Penal Empresarial
- Doutor em Direito Penal pela Universidade de São Paulo
- Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS
- Membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM, do Instituto de Defesa do Direito de Defesa – IDDD e da Associação Internacional de Direito Penal - AIDP
- Sócio do Souto Correa Advogados

**SOUTO
CORREA**

Souto Correa
Cesa Lummertz
& Amaral Advogados