

CÓPIA

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL
HILTON QUEIROZ
DD PRESIDENTE DO EGRÉGIO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL
DA 1ª. REGIÃO

REF: AÇÃO PENAL: 0002725-15.2016.4.01.3822

IMPETRADO: JUÍZO FEDERAL DA SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE
PONTE NOVA-MG

EUGÊNIO PACELLI DE OLIVEIRA, brasileiro, casado, advogado inscrito
na OAB-DF sob o número 45.288, SÂNZIO NOGUEIRA, OAB-MG 83.092,
JOSÉ SAD JÚNIOR, OAB-MG 65.791, e JOÃO CARLOS KRAKAUER,
OAB/MG 168.112, que receberão intimações no endereço da QL 12, Conj. 09,
Casa 13, Lago Sul, CEP 71.630-105, com fundamento no disposto no art. 5º,
LXVIII, no art. 647 e seguintes do CPP, vem impetrar ordem de

HABEAS CORPUS

em favor de **JOSÉ CARLOS MARTINS**, brasileiro, casado, economista, com
endereço em São Paulo, com o objetivo de **TRANCAR A AÇÃO PENAL**
contra ele instaurada no juízo impetrado (Juiz Federal da Subseção Judiciária
de Ponte Nova), em cuja denúncia (**Doc. 01**), ali **ilegalmente recebida (Doc.**
02), se pretende a responsabilização do paciente com fundamento em sua
posição no Conselho de Administração da Samarco S/A, em pálida e
minguante tentativa de impor a ele deveres legais e contratuais **inexistentes** e
por fatos ocorridos **após a sua retirada do referido colegiado e da empresa.**
Todavia, o objeto deste *writ* **não se voltará contra o mérito** da acusação, mas
contra a **ausência de qualquer elemento indiciário** que ampare tais
imputações. **Falta de justa causa**, portanto, ao abrigo da norma do art. 395, III,
CPP. As razões e fundamentos, vários, seguem articulados adiante.

I – DA IMPERTINÊNCIA E DOS ARROUBOS INICIAIS

1. Os versos que introduzem a peça acusatória e que cantam a imensa dor de uma tragédia ainda maior, não cumprem apenas a missão de apresentarem as preferências lítero-musicais de seus subscritores. Muito mais que isso, desvelam em cores sombrias, como parece convir, a desabrida tentativa de manipulação da sensibilidade popular (**daí a escolha pelo Tribunal do Júri!**), a partir da artificial construção de lúgubre cenário em que figurariam como elementos centrais a torpe ambição de lucro dos acusados e a indiferença deles com a vida alheia. A excessiva *teatralização* da narrativa *do dolo eventual* impediu que o *parquet* percebesse a **absurda contradição** em que ele próprio incorreu: se o objetivo principal dos acusados era o lucro da empresa, porque eles deixariam que ela se expusesse aos riscos de **tão monumental e PREVISÍVEL perda econômico-financeira** (acima de dois bilhões, como narra a denúncia), da ruína completa de sua **reputação no mercado** e da **falência definitiva de suas atividades**?

2. Na denúncia deduz-se um tipo de equação bastante simplificada, que pode ser traduzida na soma e distribuição quantitativa de responsabilidades. Assim, quanto maior for a tragédia, tanto mais culpados ela deve ter. E a estes, quanto mais direito penal puder se destinar, maior significado se obterá daqueles versos, tão sinceros e tão dolorosos. Em certo momento, indagam os subscritores da peça acusatória: *“A única e angustiante interrogação que se impõe neste instante, entre a dor e a indignação, é: valeu a pena?”*

3. A se ver apenas o trágico resultado do rompimento da barragem de Fundão, rigorosamente nada terá valido a pena! Mas, apesar da obviedade da resposta, a pergunta é a mais perfeita tradução da acusação. Tudo gira e deve girar, segundo ela, em torno da indignação e da dor. Vem daí a gravíssima e absurda acusação de homicídios dolosos *a torto e a direito, le duela a quien le duela!* Aos olhares demasiado punitivos da denúncia, pouco importa distinguir

funções, cargos ou posições em cenário tão devastador. Todos devem pagar! E caro! E com cadeia, senão não haverá dor que se aquiete!

4. Apesar de se reconhecer a enorme dedicação e os esforços empreendidos pelo Ministério Público Federal na confecção da peça acusatória, portadora de longos arrazoados técnicos, cujos conteúdos *jamais estiveram* acessíveis ao conhecimento do paciente, está presente na elaboração da denúncia o *dolo* que falta nos fatos por ela abarcados, **em relação a ele**. Igual empenho na investigação desses trágicos acontecimentos teve a Polícia Federal, cujo Relatório final, ao longo de 518 páginas (**Doc. 06**), porém, termina por **indiciar apenas oito pessoas físicas**, sendo que **nenhuma delas é do Conselho Administrativo** da empresa!

5. E, para logo: a dor não é monopólio do Ministério Público. Não há quem não a compartilhe! E que se puna a culpa de quem a tem. Mas apenas destes! E essa descoberta – da culpa, pois o *dolo* veio embalado na *embaraçada* visão de *indignação* do órgão da acusação! – não poderá ser realizada em meio às lágrimas da tragédia. A apreciação dos fatos deverá se orientar unicamente pela **razão** e pelo **Direito**. E ao propósito, o paciente, embora tão profundamente abalado quanto os subscritores da peça acusatória, **está absolutamente consciente de sua NENHUMA RESPONSABILIDADE NOS EVENTOS**. Convém, então, e mais ao propósito ainda, lembrar a advertência do grande Ruy:

(...) Não sigais os que argumentam com o grave das acusações, para se armarem de suspeita e execração contra os acusados. Como se, pelo contrário, quanto mais odiosa a acusação, não houvesse o juiz de se precaver mais contra os acusadores, e menos perder de vista a presunção de inocência, comum a todos os réus, enquanto não liquidada a prova e reconhecido o delito.” BARBOSA, Rui, Novos discursos e conferências. São Paulo: Saraiva, 1933, p.75,

II – DA DELIMITAÇÃO DO OBJETO

6. No presente *habeas corpus* se busca o **trancamento** da ação em relação **unicamente ao paciente**, como restará claro ao longo de seu texto. Não se pretende aqui desprezar o volumoso conjunto indiciário produzido na fase de investigação, como se nada ali houvesse de relevância. Pelo contrário, muito ali se produziu, com zelo e responsabilidade. Como era de se esperar em caso de tão graves consequências.

7. Todavia, e em que pesem tais considerações, o objeto do *writ* se dirige especificamente contra a **injustificada inclusão** do paciente na acusação, mesmo sabendo-se que a última reunião do Conselho Administrativo em que ele esteve presente foi **em abril de 2013**. E falamos aqui e já em **reuniões do Conselho Deliberativo** justamente pelo fato de que teriam se originado ali, em tais encontros, e **segundo o parquet federal**, os supostos *deveres de ação* apontados na inicial. Nela se diz que o paciente teria participado de 11 (onze) reuniões. Demonstraremos, então, que não se constata, no imenso turbilhão de perícias e laudos técnicos anexados aos autos, a presença de **indícios mínimos de prova** que possam conduzir às conclusões do **parquet em relação a ele**. Com efeito, restará comprovado, para além de qualquer dúvida, que a peça acusatória apresenta **defeitos insuperáveis** na descrição dos fatos e das circunstâncias que deveriam estar presentes para a tentativa de insinuação de sua responsabilidade nos eventos.

8. A pretensão, portanto, **não é de mérito**, embora pudesse sê-lo desde logo, diante da fragilidade da imputação **em relação ao paciente**, construída, não só em torno do dolo eventual, mas a partir do que se entendeu, na denúncia, como o **dever de agir** para a evitação do resultado. A tanto bastaria demonstrar, por exemplo, o grave equívoco **técnico-conceitual** cometido na peça acusatória acerca da posição de *garantidor* atribuída ao Conselho de Administração, quando se sabe que somente a pessoa física pode assumir essa posição.

9. O texto que vai adiante, então, seguirá com o fim de demonstrar, de plano e independentemente da instrução ou de qualquer outro indicativo de prova, que a peça acusatória **não se funda em elementos informativos mínimos** que possam suportar a inclusão do paciente no cenário de ampla responsabilidade que lhe atribuiu a peça acusatória. Muito ao contrário, e, em muitas oportunidades, é ela mesma que narra **ações positivas** adotadas pelo Conselho de Administração, **como reação às informações técnicas** que lhes haviam sido repassadas, ou pela Diretoria ou por outros órgãos técnicos.

10. Para tais finalidades, juntamos a esta inicial o **PARECER (Doc. 05)** elaborado pelos eminentes juristas, Professor Luís Greco e Alaor Leite, a deixar em *pratos limpos* os visíveis desacertos técnico-jurídicos da peça acusatória, de cujo texto, eventualmente, extrairemos reflexões pontuais, **apoiadas em farta doutrina nacional e estrangeira**, bem como na jurisprudência disponível. E há uma razão específica para termos recorrido a este parecer. E nem é pelo fato de Luís Greco ter sido aluno e trabalhado diretamente, como assistente, com dois dos maiores penalistas do mundo (Claus Roxin e Bernd Shünemann), e de já ter se tornado entre nós o grande nome do Direito Penal nacional. Haverá de surpreender, certamente, que o principal motivo do recurso ao *parecer técnico* de terceiros tenha sido a **fragilidade da acusação desferida contra o paciente**, no que toca ao manejo de conceitos técnicos que não poderiam oferecer maiores dificuldades, bem como à clara **ausência de justa causa** para o processo contra ele.

11. Não raramente a análise demasiado crítica de erros conceituais e/ou de outras fragilidades acusatórias feita pela defesa técnica é recebida com desconfiança pelos órgãos da persecução penal, incluindo o Judiciário. Via de regra, então, tais objeções são tratadas como meras estratégias defensivas. O que, porém, está longe de ser verdade no caso concreto. Basta ver que a peça acusatória se reporta a pelo menos duas **qualificadoras** de homicídio - (i) emprego de meio insidioso ou cruel, (ii) motivo torpe - que não podem e nem conseguem se adaptar ao conceito **de dolo eventual**. Há outros erros, como se

verá. Por isso, a **visão externa** dos fatos somente enriquecerá o seu esclarecimento.

12. Restará cabalmente demonstrado que a narrativa dos fatos jamais poderia incluir o paciente nas conclusões ministeriais. Nesse passo, os elementos de prova trazidos aos autos se prestam, no máximo, a produzir diagnósticos periciais sobre a existência de problemas de engenharia e de manutenção na barragem ao longo dos últimos seis anos, bem como de versões técnicas sobre as possíveis causas da tragédia. No entanto, em nenhum momento **explicitam a conexão entre o resultado e a “deliberada atuação/omissão”** do paciente. Também por isso se constatará a **inépcia** da maioria esmagadora das imputações, na medida em que não se sabe, em várias passagens da peça acusatória, qual ou quais teriam sido as ações esperadas do paciente, aptas a demonstrar a violação do suposto *dever de agir*.

13. Aliás, deve ser também destacado que a peça acusatória, talvez pela descomunal dimensão de sua narrativa, se perde, e inúmeras vezes, na cronologia dos fatos, confundindo a defesa quanto às efetivas imputações, no que tange, sobretudo, à delimitação:

(i) dos marcos temporais e respectivos eventos que determinariam a situação de **perigo direto** do bem jurídico;

(ii) e, assim, da concretude da **conduta então devida**;

(iii) de que maneira elas (condutas) se prestariam a evitar **imediatamente** o resultado;

(iv) da data específica e a comprovação de **informação técnica qualificada** feita ao Conselho de Administração, para demarcação da responsabilidade **individual de seus membros**; e, por fim,

(v) **em que** teria consistido a **omissão** dos conselheiros, diante do conhecimento individual de cada um a respeito da idoneidade das informações então obtidas, para fins de **compreensão** da necessidade de adoção de providência até então adotadas.

III - A SÍNTESE DA IMPUTAÇÃO AO PACIENTE

14. Segundo narrado na denúncia (**Doc. 01**), em **05/11/2015**, a denominada barragem de Fundão, operada pela SAMARCO S/A, teria se rompido e dado causa à morte de 19 (dezenove) pessoas, bem como a gravíssimos danos ambientais, no que ficou popularmente conhecido como o “Desastre de Mariana”.

15. A SAMARCO S/A (estatuto social acostado no **Doc. 07**), pertence às empresas VALE S/A e BHP, e é administrada conjuntamente por uma Diretoria e por um Conselho de Administração, sendo este formado por 04 (quatro) Conselheiros nomeados, em igual proporção, pelas mencionadas empresas controladoras. E foi como Conselheiro nomeado pela Vale S/A que o paciente atuou, de 23/03/2005 a 04/04/2013, como membro do Conselho de Administração da SAMARCO S/A.

16. Nesta condição, o Paciente **teria participado**, ainda segundo a exordial, **de 11 (onze) reuniões do Conselho** que lhe teriam conferido *“conhecimento e consciência do incremento de situações típicas de riscos não permitidos relacionados aos problemas, falhas ou ‘não conformidades’ operacionais ocorridos na Barragem de Fundão”* (fl. 240). As atas das 11 (onze) reuniões em comento seguem acostadas no **Doc. 03**.

17. Adiante demonstraremos que apenas as três últimas reuniões, **108^a, 109^a e 110^a** podem ostentar relevância jurídica, na lógica do próprio órgão acusador. É que vários participantes das outras reuniões atribuídas ao paciente **não foram denunciados**, o que denota terem sido de menor importância referidos encontros. Se a denúncia atribui a todos os membros do Conselho Administrativo a mesma omissão, eventual exclusão de conselheiros participantes de alguma dessas onze apontadas na denúncia implicará o reconhecimento da irrelevância do encontro para o órgão da acusação. É ver abaixo:

Conselheiros/Reuniões	42 ^a	47 ^a	63 ^a	67 ^a	80 ^a	85 ^a	89 ^a	99 ^a	108 ^a	109 ^a	110 ^a	Denunciado?
Nelson Luiz costa silva	✓	✓										NAO
Robert Kirby	✓											NAO
Sebastião Henrique Ubaldo	✓	✓	✓	✓								NAO
Graeme Peter Hunt	✓											NAO
Michael John Amendsen	✓	✓										NAO
Clóvis Torres Júnior		✓										NAO
Renato L. Peixoto Neves			✓									NAO
Marconi Tarbes Vianna			✓	✓	✓	✓	✓					NAO
John Dunbar Slaven			✓	✓	✓	✓	✓					NAO
Marcus Philip Randolph			✓	✓	✓	✓			✓	✓		SIM
Ian Robert Ashby			✓	✓	✓	✓	✓					NAO
Pedro Gutemberg					✓	✓	✓	✓				NAO
Rogério Tavares Nogueira					✓	✓	✓	✓				NAO
Christopher Michael								✓				NAO
Hélio Cabral Moreira											✓	SIM
James Wilson											✓	SIM
Jeffery Mark											✓	SIM

18. Na 108^a reunião do Conselho, realizada em agosto de 2012, teria sido apresentado um estudo envolvendo o subdistrito de Bento Rodrigues, e acerca dos riscos da barragem de Fundão sobre a Comunidade, ocasião em que o Conselho recomendou à SAMARCO S/A a “*priorização de esforços para fazer o reassentamento das comunidades próximas às barragens de rejeitos*” (fl. 241), como medida de redução de eventual impacto.

19. Por sua vez, na 109ª reunião, de dezembro de 2012, Kleber Terra, à época Diretor da SAMARCO S/A, teria apresentado um panorama detalhado sobre as barragens de rejeitos, envolvendo, entre outros tópicos, a gestão de barragens e o controle de riscos, bem como a análise de estabilidade das estruturas geotécnicas.

20. Finalmente, na 110ª reunião, de abril de 2013, o Conselho teria recebido informações acerca da disposição dos rejeitos da SAMARCO S/A na barragem de Fundão, sobre os riscos associados e sobre as ações de mitigação realizadas, tendo aprovado as iniciativas apresentadas, dentre as quais a continuidade da operação com o eixo recuado junto à ombreira esquerda. Segundo o *parquet*, então, em todas as 11 (onze) reuniões realizadas, o paciente, “*podendo e devendo agir para evitar o rompimento da barragem de Fundão, uma vez que detinha obrigações de cuidado, proteção e vigilância*” (fl. 241), teria se omitido, “*de forma consciente e voluntária, de exercer seus deveres de organização, coordenação e vigilância geral das atividades da empresa, deixando de impedir e de evitar os resultados penalmente desvalorados.*” (fl. 241).

21. Por esta razão, diz o *parquet*, por se encontrar na posição de garantidor (*sic*), e por ter, em tese, se omitido, “*assumindo o risco da produção dos resultados decorrentes*” (fl. 241), foi o paciente denunciado pela suposta prática dos delitos inscritos no art. 13, § 2º, alínea “a”, art. 18, I, e art. 70, do Código Penal c/c art. 2º da Lei n.º 9.605/98; art. 121, §2º, I, III e IV (dezenove vezes), art. 129 (uma vez na forma do *caput*; c/c §1º, incisos I e III, art. 254 e art. 256, todos do Código Penal, e nos artigos 29, *caput*, §1º, incisos I e II, § 4º, incisos I, III, V e VI, art. 33, art. 38, art. 38-A, art. 40, *caput*, §2º, art. 49, art. 50, art. 53, incisos I e II, alíneas “c”, “d” e “e”, art. 54 c/c § 2º, incisos I, III, IV e V c/c art. 58, inciso I, art. 62, inciso I, todos da Lei n.º 9.605/98.

IV – CORRIGINDO A DENÚNCIA, POR ELA MESMO

22. A despeito de ter a peça acusatória afirmado que o paciente teria participado de onze reuniões, a denúncia mesmo cuidou de reduzir a relevância jurídico-penal desses encontros a **apenas três dessas reuniões (as últimas)**, dado que não foram denunciadas pessoas que participaram das demais. São elas: **a 108ª, a 109ª e a 110ª reunião do Conselho de Administração**. A irrelevância das demais reuniões vem atestada no **Parecer** juntado a essa inicial, e, mais, especificamente, na *nota de rodapé* de número 3, aqui reproduzida.¹

23. Há outro e **injustificável** equívoco na denúncia. Confira-se: A fls. 115, é mencionado o fato, tido por **relevantíssimo para a definição de responsabilidades**, de ter sido apresentado **em dezembro de 2013**, um **Relatório Técnico (ITRB) de órgão externo**, assinado por Ângela Küpper, Paulo Abraão, Rui Mori, Waldyr Lopes e Vinod Garga, no qual teria sido **“consignada a constatação de que a barragem apresentava claros sinais de**

¹ Conforme a narrativa da denúncia, são relevantes os seguintes fatos/ reuniões: Em **20/10/2005**, mais precisamente na 42ª reunião do CA, é tomada a decisão de construir a barragem do Fundão (p. 199, Denúncia). Em **22/09/2008**, a Samarco obtém a licença para operar a barragem (p. 111). Em dezembro de 2008, iniciam-se as operações (p. 29, 79). Em abril de 2009, as operações são paralisadas por problemas geotécnicos (p. 80). Em **22/07/2009**, na 77ª Reunião do CA – na qual não estava presente o Consultente –, o órgão recebe da Diretoria Operacional o relatório sobre o ocorrido e manifesta preocupação com a solução proposta, tendo nomeado uma equipe ad hoc – integradas por membros da Vale – para emitir um relatório sobre a proposta (p. 84). Na próxima reunião do CA, a 80ª, realizada em **02/12/2009** – na qual estava presente o Consultente –, o CA recebe da diretoria um relatório sobre a causa da paralisação da operação nas barragens (problemas de funcionamento no dreno principal), a proposta da respectiva diretoria para a solução de tal problema e, como solicitado na reunião anterior, o relatório e parecer da equipe *ad hoc*, que aprovava a solução proposta (p. 4 da Ata). Em **12/05/2010**, 85ª Reunião do CA, o Diretor Operacional informa sobre a retomada da operação do dique em março de 2010, os gastos realizados com a “recuperação do incidente” relacionados com a “identificação e implementação das ações necessárias para corrigir o problema de drenagem no Dique n. 1” (p. 85 da denúncia, p. 5-6 da Ata). Ainda nesta reunião, o CA – em cumprimento de seu dever de diligência para o patrimônio da companhia (art. 153, LSA) – pede ao diretor que investigue a possibilidade de processar a empresa construtora do perdas e danos, o que vem a ser objeto da reunião seguinte, a 89ª, realizada em **26/09/2010**, quando o Diretor Operacional reporta baixas chances de recuperação, posto que as obras de reparos já teriam alterado completamente o quadro defeituoso inicial (p. 85). Na 99ª reunião, de **10/08/2010**, presente o Consultente, comparece representante do ITRB para informar o CA sobre a situação de segurança na Barragem de Germano, tendo a Sra. Angela Küpper, relatando, a respeito, que **“a avaliação indicou que as estruturas de rejeitos da Samarco estão em um nível adequado de segurança, e que as barragens são operadas e monitoradas de maneira satisfatória, consistente com as normas internacionais”**, ademais indicando **melhorias a serem implementadas longo prazo**. O CA solicita, então, à diretoria que **“cumprisse totalmente as recomendações do ITRB”** (Ata, p. 2-3) e, ainda, que reporte esse assunto periodicamente ao Conselho (Ata, p. 9).

que a drenagem interna já se mostrava insuficiente”. Em seguida, a denúncia transcreveu as partes que julgou essencial à acusação.

24. Após tais transcrições, veio a peça acusatória a dizer o seguinte:

“A questão também foi levada à alta administração da SAMARCO que se manteve inerte. Na reunião de **04/04/2013** do Conselho de Administração (110ª reunião do Conselho), presentes os denunciados Jose Carlos Martins e (...)”

25. Parece óbvia e clara (a redundância é necessária!) a tentativa de “*fazer crer*” que aquelas questões tratadas no Relatório Técnico de **dezembro de 2013**, assinado por vários *experts*, teriam sido **levadas ao Conselho de Administração da Samarco** imediatamente. E que este teria se mantido **inerte**, segundo a acusação. Confira-se: em seguida à frase “*A questão também foi levada à alta administração da Samarco que se manteve inerte*”, e no **mesmo parágrafo**, a denúncia se refere à reunião do Conselho realizada **em abril de 2013, (oito meses antes!)** em que se lê: “*a única menção sobre o assunto consignada 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 autorizações para expandir tais instalações.*”(grifamos)

26. Não se sabe, aqui, se, por dolo *eventual* ou por culpa, a peça acusatória fez confusão **cronológica!** O Relatório Técnico, **em tudo relevante** para a apuração de responsabilidades, segundo o próprio Ministério Público, **está datado de dezembro de 2013!** A 110ª reunião do Conselho **realizou-se em abril daquele mesmo ano de 2013!!** Qual seria a apontada *inércia* do Conselho **após dezembro de 2013?** Em **abril** não teria sido, ao menos sobre o relatório técnico **produzido OITO MESES DEPOIS!**

27. Mas talvez se possa buscar o elemento subjetivo da confusão ministerial pela conclusão por ele extraída após a referência à orientação do Conselho acerca de possibilidade de se “*tirar vantagens das atuais condições favoráveis*

do mercado”. Disse o *parquet*: “Lavam-se as mãos aos riscos, pressiona-se por mais produção, dinheiro, dividendos”. Incompreensível a conclusão, se deduzida, como foi, apenas das deliberações tomadas nessa reunião.

28. Veja-se, então, que nesse encontro, **de abril de 2013**, quando ainda **não se conhecia o Relatório Técnico de dezembro de 2013**, o Conselho aprovou **as iniciativas apresentadas** (sobre as questões técnicas **então conhecidas** sobre a barragem) e **reforçou a importância de prosseguir com os estudos sobre instalações alternativas de rejeitos!** Mas ao *parquet* a única decisão que lhe pareceu relevante foi aquela sobre o “*aproveitamento das condições favoráveis do mercado*”!

29. A resposta àquela indagação, acerca de qual seria a inércia da alta administração da empresa após o relatório de dezembro de 2013, contudo, é relevante apenas para outros acusados. O paciente **não mais participou das reuniões** que se seguiram àquela de **abril de 2013 (todas as Atas das reuniões de 2013, e inclusive a da primeira de 2014 seguem acostadas no Doc. 04)**. Ou seja, se a atuação dos conselheiros somente pode ser aferida **nas reuniões quadrimestrais**, nas quais se deliberavam e decidiam questões do interesse da empresa, eventual responsabilidade dele **cessou naquela (reunião) de abril de 2013!**

30. Veja-se, mais, que apenas a partir da reunião de dezembro de 2013, **da qual já não participou** o paciente, é que o Ministério Público apresenta um quadro mais concreto quanto aos supostos **conhecimentos, pelo Conselho de Administração, dos aspectos técnicos mais relevantes** para a alegada omissão e violação do dever de agir.

31. A aludida reunião - de dezembro de 2013, da qual **não participou o paciente** - é tida pelo Ministério Público como apenas outro encontro para a deliberação sobre a maximização dos lucros da empresa (ver. pg. 118 da denúncia). Mas o que vê ali parece bem diferente, conforme consignado **na própria denúncia**, a reproduzir trecho da Ata daquela reunião:

“Com relação à disposição de rejeitos, o Conselho reconheceu o progresso realizado, ressaltando, entretanto, que os rejeitos ainda são um ponto de grande preocupação, **particularmente quanto à capacidade futura de armazenamento de rejeitos**. Desta forma, o Conselho **requereu que a Samarco apresente seus planos de contingenciamento na próxima reunião do Conselho**” (alteramos as expressões grifadas, **com modificação da respectiva ênfase**).

32. O *fechamento* do equívoco em relação ao paciente vem explicitado na descrição da reunião realizada em **abril de 2014, sem a presença dele (Doc. 04)**, em que conclui o *parquet* que “*Sobre rejeitos e barragens quase nada ficou consignado em ata. Apesar de a composição do Conselho ser a mesma daquela reunião de 04.12.2013 (quando o Conselho consignou que os rejeitos ainda eram ‘uma grande preocupação’), nenhuma recomendação sobre o assunto foi direcionada aos diretores da SAMARCO*”. Confira-se a fls. 119 e 120 da denúncia. O paciente **não esteve presente** em nenhuma delas!

33. De outro lado, há diversas e outras passagens da peça acusatória apontando defeitos já conhecidos pela Samarco, **mas não pelo Conselho**, em épocas **posteriores à saída** do paciente. Ou seja, a denúncia também não estabelece uma **fonte precisa** nem quanto à data, nem quanto ao evento de origem do **surgimento concreto do dever de agir**. E menos ainda sobre quais seriam as ações correspondentes que, se adotadas, afastariam o resultado. Afirma-se, de fato, com base em **estudos posteriores a este (resultado)**, que ao longo de sua existência, seriam vários os sinais de problemas. Tudo, porém, sem assentar a **necessária conexão** entre a identificação precisa destes problemas, o efetivo conhecimento deles pelo paciente, e suas possíveis soluções – e daí, das ações devidas e esperadas – e de seus efeitos para o resultado. Obviamente não nos cabe discutir a qualidade técnica de tais estudos. O que nos importa aqui é demonstrar a **falta de justa causa** e a **fragilidade técnica** da acusação **contra o paciente**, sem nos determos sobre os aspectos que poderiam ser também levantados em relação a outros por ela atingidos.

V – INÉPCIA E OMISSÃO QUANTO AO DEVER DE AGIR

34. Um dos grandes problemas de peças acusatórias com excessos narrativos reside nas dificuldades que elas apresentam para o exercício da ampla defesa. Na hipótese de que ora se cuida, constata-se que o *parquet* não se preocupou com a **organização cronológica dos fatos**, e tampouco com a identificação de **cada diagnóstico técnico de problemas** e a correspondente **inação** do Conselho e do paciente. Segundo a denúncia, há problemas **desde sempre**. Considerando que a barragem foi construída em 2007/2008, seria preciso demonstrar, antes de tudo, a **natureza dos problemas**, para que só assim fosse possível atestar ou mensurar, **não só a indispensável situação de risco** dali resultante, mas também em que consistiria a ação esperada do Conselho. Em outras palavras, cumpria ao Ministério Público a delimitação, **no tempo e no espaço**, dos problemas surgidos e das ações que deveriam ter sido adotadas, **em relação a eles** (problemas).

35. Mas não só. Seria preciso que a denúncia se reportasse **também ao resultado esperado!** É dizer, identificado o problema e a respectiva extensão, qual seria a medida a ser adotada e para evitar-se qual resultado? Se o *parquet* trabalha com o conceito de *resultado* como sendo, e unicamente, a **ruptura da barragem** e a tragédia efetivamente ocorrida, seria **indispensável** que estivesse melhor explicitada a **relação de causalidade** entre cada problema e esse resultado. Tampouco se pode ir muito longe nessa exigência, pois é o próprio Ministério Público que, **em várias e inúmeras passagens**, reconhece que *tal ou qual* solução ou providência alvitrada **seriam suficientes para a estabilização** dos problemas. Isso mesmo, **dos problemas**. Nem a peça acusatória cometeu o desatino de afirmar que todo *problema* identificado **resultaria efetivamente no rompimento da barragem!**

36. E sendo assim, permaneceu sem identificação a **data ou o evento** a partir dos quais estariam os bens jurídicos **já em perigo direto de concretização desse resultado!** A partir de *quando* e de *qual omissão* teria se

consumado a violação ao dever de agir **para evitar esse resultado, de rompimento da barragem?** Essa é a questão essencial para se iniciar qualquer debate acerca da responsabilidade **individual** de cada membro do colegiado do Conselho, a quem, **segundo a acusação**, competiria o dever de *cuidado*, de *proteção* ou de *vigilância*. E que não está definitivamente esclarecido na peça acusatória!

37. Eis, então, outro ponto em que também se equivoca, e muito, a acusação. A Samarco S/A possui duas instâncias de administração, sendo a primeira a Diretoria, a quem cabe a prática dos atos de **gestão** e de **execução** da política geral da empresa, e a segunda, o Conselho de Administração, a quem cabe a **orientação geral da companhia** (art. 15 do Estatuto – **Doc. 07**). Competia e compete à Diretoria (Operacional) a prática de todos os atos relativos ao *monitoramento, fiscalização e gestão das barragens*. E ao Conselho Administrativo a fiscalização **da atuação dos diretores**. Os deveres de cuidado, de vigilância e de proteção **estão diretamente vinculados** à Diretoria da companhia e não ao Conselho de Administração, como **corretamente entendeu** a autoridade **policial**. Ao Conselho cabe fiscalizar se **tais deveres estão ou não sendo cumpridos** pela Diretoria.

38. Ocorre que essa fiscalização sempre esteve (e sempre estará) na **dependência** da qualidade das informações que lhe eram repassadas, seja pela **Diretoria Operacional**, seja por quaisquer outros órgãos técnicos. Não é função do Conselho, repita-se, a **fiscalização direta** da execução dos atos de gestão da companhia, dado que tal missão é atribuída, evidentemente, à Diretoria. Aliás, a acusação traz o fiel organograma da companhia, em que se vê a distribuição de funções, segundo as especializações de cada órgão (pg. 165 da denúncia).

39. Falta **justa causa** a esta ação penal, portanto, pela manifesta ausência de elementos mínimos de prova que possam indicar a responsabilidade **individual** do paciente nas deliberações do Conselho de Administração. Sabido que o

dever de garantia nos crimes omissivos impróprios somente pode surgir com a **identificação precisa** da situação de **risco ou perigo efetivo** ao bem jurídico protegido, a defesa ainda está ainda por saber **quais seriam os eventos** (datas e circunstâncias) a partir dos quais teriam se concretizado **as exigências do dever de agir**. A longa peça acusatória, como visto, é pródiga em falar de problemas na barragem, mas foi incapaz de definir, com clareza, **em que momento esta ou aquela providência poderia, se adotada, impedir o resultado** (rompimento)! A tanto não se presta, à evidência, a enumeração e a somatória dos problemas, como causa geral do resultado. Fosse assim, também deveriam responder pelos delitos os responsáveis pela **realização da barragem**. Se ela não existisse, também não se teria o rompimento. Do mesmo modo, se ela tivesse **sido desativada antes** também não teria ocorrido o resultado.

40. Mas como a posição de garantidor **não pode ir e nem retroceder a tão longe**, cumpria ao Ministério Público delimitar, com a máxima precisão, (i) a quais eventos **corresponderiam essa ou aquela** reunião do Conselho; (ii) a qual omissão corresponderia o resultado a ser evitado, na suposição de que o rompimento da barragem **não tenha sido o único resultado possível** da violação do dever de agir, para cada um dos problemas narrados na peça acusatória; e, por fim, (iii) em que momento e a partir de qual diagnóstico o **rompimento** pode ser atribuído **exclusivamente à omissão** da ação individual do paciente. A denúncia não especifica tais circunstâncias, o que dificulta sobremaneira a apresentação da resposta.

41. De outro lado, não se pode esquecer que os delitos omissivos próprios **não dispensam** a concretização da **relação de causalidade** descrita no *caput* do art. 13, do Código Penal, de modo a se demonstrar que a omissão atribuída à conduta somente poderá ser aquela **sem a qual o resultado não teria ocorrido!** Portanto, no plano da **tipicidade**, já se impõe a descrição clara da **ação efetivamente omitida**. E, mais ainda: que se aponte ou se especifique as

condutas que, em tese, impediriam o resultado. E nada disso foi feito na peça acusatória.

42. E mesmo se fosse o caso de se ter por insinuada na denúncia a desativação da barragem como a medida indicada para a proteção dos bens jurídicos, seria indispensável apontar **a partir de quais informações técnicas nesse sentido (de desativação)** teria surgido esse dever! Em que momento o Conselho de Administração teria recebido **informações técnicas indicativas** dessa solução? Em que momento as providências – quaisquer que fossem elas – até então adotadas pela companhia teriam se revelado **insuficientes**? Nada se sabe sobre isso. As narrativas de *descumprimento das recomendações dos órgãos técnicos*, sobretudo a partir de **dezembro de 2013 – sem a presença**, portanto, do paciente – não podem ser atribuídas ao Conselho, na exata medida que não lhe cabe **executar** tais medidas, mas apenas **aprová-las**.

43. O mais perto que a denúncia chegou de se aproximar de datas de possíveis eventos com aptidão para o questionamento das diligências adotadas – sem admitir qualquer omissão, até porque o paciente **não participou** desses eventos – se encontra na página **114** até aquela de número **120** da denúncia e também a fls. **130**. A elas, então.

44. A fls. 114, verifica-se a narrativa de que, **em 26 de dezembro de 2013**, a Samarco teria identificado e registrado a formação de *trinca* no patamar da cota 872 m junto à OE. Medições indicaram que a trinca possuía abertura de aproximadamente 10 mm e comprimento total de 60 m. **Não afirma**, porém, em que momento o Conselho de Administração **teria sido informado** desse fato. De todo modo, convém repisar: a última reunião em que o paciente participou no Conselho foi aquela de **abril de 2013, oito meses antes**.

45. Ainda na mesma descrição, afirma a acusação que “somente em **maio de 2014 foi elaborado um projeto pela VOGBR**, aprovado mais tarde, em dezembro de 2014, que dimensionou os drenos necessários para o direcionamento das duas surgências ocorridas na OE”. Nenhuma referência

poderia ter sido feita à posição do paciente nos eventos, que já havia se retirado da empresa **bem antes disso**.

46. Um dos mais importantes eventos narrados na denúncia como explicitação do surgimento de deveres de ação, parece ter surgido com o Relatório ITRB, de **dezembro de 2013**. Isso, na visão da própria denúncia! A acusação chega a transcrever quase duas páginas desse relatório, para concluir que a *“apesar da constatação da insuficiência da drenagem interna, repercutindo especialmente na ombreira esquerda (OE), a administração da Samarco omitiu-se em adotar medidas corretivas e de forma tempestiva*. E disse mais:

“Contudo, até o rompimento da barragem **nenhuma obra relacionada** a esses **eventos críticos e recomendações estava concluída**. Quando do rompimento, quase dois anos **após as recomendações**, nem mesmo o reforço da drenagem de obreiras estava concluído”.

47. Bem se vê a concreta impossibilidade de se atribuir ao paciente qualquer omissão dali resultante. Primeiro, porque ele **não participou de qualquer reunião** após aquela realizada em **abril de 2013**. Segundo, porque não cabe ao Conselho de Administração **executar as obras** recomendadas pelos órgãos técnicos. O máximo que se poderia esperar dele seria a busca de informações junto à Diretoria sobre o andamento das providências recomendadas e aprovadas anteriormente. E ainda assim, ele, Conselho, dependeria da *idoneidade de tais informações*, valendo destacar que seus membros podem não deter conhecimentos técnicos sobre a matéria e sobre a documentação apresentada. O paciente, por exemplo, **é formado em economia!** Por fim, em **agosto de 2014**, teria havido o *escorregamento* de parte do maciço e teriam sido identificadas trincas nas barragens, evento esse que a denúncia, finalmente, diagnosticou como a *“caracterização do processo de pré-ruptura da Barragem do Fundão”*. Em **setembro** daquele ano, técnicos da Samarco emitiram um Relatório de Inspeção do sistema de disposição de rejeitos, sistema esse criado em fevereiro de 2014, por meio da qual se assentava que os problemas *ainda seriam passíveis de saneamento que pudessem garantir a*

sua estabilidade (fls. 133 da denúncia). Imagina-se que do Conselho de Administração não se pode esperar ou exigir que ele **rejeite o diagnóstico técnico** dos órgãos especializados da companhia. Pode-se apenas imaginar, pois, mais uma vez, o paciente **lá não estava mais.**

48. De tudo, então, se extrai o seguinte: (i) o Relatório ITRB, de dezembro de 2013, **não configura** o momento em que se teria por origem o suposto dever de agir; (ii) pois, embora se tenha assinalado o seu caráter crítico, os problemas ali apontados no Relatório **eram passíveis de medidas corretivas**, segundo a própria acusação; (iii) o paciente **não participou** da reunião de **dezembro** daquele ano de 2013, daí porque lhe era impossível **determinar ou votar no que quer que fosse** necessário para tais correções; (iv) o possível **nascimento** do dever de agir somente poderia ter surgido mesmo em **agosto de 2014**, quando, a partir do escorregamento de parte do maciço, deu o Ministério Público por **“caracterizado o processo de pré-ruptura da barragem”**.

49. Ainda que não se reconheça a inépcia da peça acusatória, não há como recusar a **ausência de justa causa** para o seu processamento. É óbvio que não se está aqui a afirmar a impossibilidade de se responsabilizar alguém por fato posterior ao seu comportamento. Mas há que se ter em conta que a denúncia deduz a autoria dos fatos atribuídos ao paciente pela **presença dele** em reuniões que julga relevantes para a evitação do resultado. Se o estado de caracterização da **pré-ruptura**, um ano e pouco antes do acidente, se deu apenas em **agosto de 2014**, parece possível concluir que antes dela se poderia ter adotado medidas para a evitação do resultado. Cumpria, então, ao *parquet* afirmar **quais seriam essas medidas**, se se quiser mesmo responsabilizar aquele cuja última participação em reuniões deliberativas do Conselho ocorrera **em abril de 2013**. No entanto, o que se vê na peça acusatória é:

“O acusado **teve conhecimento e consciência** do incremento de situações típicas de riscos não permitidos relacionados aos problemas, falhas ou ‘não conformidades’ operacionais ocorridos na barragem de Fundão” (p. 240). A Denúncia conclui que José Carlos Martins, **“podendo e devendo agir para evitar o rompimento da barragem de Fundão, uma vez que detinha**

obrigações de cuidado, proteção e vigilância, omitiu-se, de forma consciente e voluntária, de exercer seus deveres de organização, coordenação e vigilância geral das atividades da empresa, deixando de impedir e de evitar os resultados penalmente desvalorados” (p. 241);

50. Quanto a isso há de se prosseguir indagando: **quando o Conselho teve conhecimento** de situação de perigo direto ou do “estado de pré-ruptura”? Quais seriam **as ações que impediriam ou evitariam o resultado?** Quais eram **estes deveres de organização, coordenação e vigilância geral** e em que teriam sido descumpridos? Para, depois, respondermos, *exaustivamente*: também não sabemos, pois a última reunião a que esteve presente o paciente ocorreu em **abril de 2013!**

51. Chega-se, então, e, finalmente, ao último nível em que se constata a falência completa e definitiva da peça acusatória, no que diz respeito à **inépcia e à ausência de justiça causa** para o processo em relação a José Carlos Martins: a figura jurídico-penal do art. 13, do Código Penal, se reporta a deveres impostos apenas à pessoa física! No entanto, quem é ali apontado na posição de garantidor é o **Conselho Deliberativo!** Daí afirmarem os doutos *pareceristas* consultados:

“ (...) A posição de garantidor que nos interessa, contudo, é **uma posição de um indivíduo** – embora a Denúncia, **em lance inédito e em monumental equívoco**, atribua deveres de garantidor ao Conselho de Administração como um todo (p. 199),² **estatuindo uma arcaica modalidade de responsabilidade penal pelo pertencimento a um grupo.**³ José Carlos Martins era membro do CA, um órgão que toma decisões de forma colegiada. Nessa medida, **sua possibilidade jurídica de agir está limitada pelos contornos de seu atuar lícito.**⁴ Em outras

² “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 materializado em 05/11/2015.”

³ Aproximando-se do que Schönemann recentemente adjetivou de exemplo de resquício de um modelo de direito penal das sociedades primitivas e arcaicas, com expressa referência à imputação direta à cúpula da empresa, que estabeleciam a responsabilidade penal com base na mera causalidade ou no pertencimento da pessoa a uma casta (Über Strafrecht im demokratischen Rechtsstaat, das unverzichtbare Rationalitätsniveau seiner Dogmatik und die vorgeblich progressive Rückschrittspropaganda, ZIS - Zeitschrift für Internationale Strafrecht dogmatik 2016, p. 654 e ss. [655 e s.]).

⁴ No mesmo sentido, embora denominando tal pressuposto de faculdade jurídica (*rechtliche Befugnis*) *Schwerdtfeger*, *Strafrechtliche Pflicht...*, p. 179.

palavras, José Carlos Martins tinha o dever de *prestar a sua contribuição* para que os dois deveres acima mencionados fossem cumpridos no âmbito do órgão colegiado, principalmente *exercitando o seu direito de voto* no sentido do cumprimento desses deveres. **Esse exercício pressupõe, em princípio, a presença física do Conselheiro na reunião em que se tomam decisões relevantes, já que não se lhe pode imputar uma decisão colegiada da qual ele não participou efetivamente. Isso significa que todos os deveres de José Carlos Martins eram indiretos:** ele tinha o dever de propor a atuação do Conselho de Administração, para que este, então, atuasse sobre os diretores da Companhia, os quais deveriam, em seguida, atuar para impedir o resultado. Estamos, assim, diante de um dever duplamente indireto.

VI – A POSIÇÃO DE GARANTIDOR E O COLEGIADO

52. Como visto, toda omissão atribuída ao paciente foi descrita como uma omissão **do Conselho de Administração**. Teria sido este, o Conselho, órgão colegiado integrado por quatro membros, o autor das supostas omissões mencionadas ao longo da denúncia, com os defeitos já aqui apontados. O problema resultante desse equívoco conceitual não é unicamente *formal*, no sentido de poder ser corrigido pela boa vontade e pela substituição das expressões (onde está Conselho, leia-se Conselheiro) em todos os locais em que elas se encontram.

53. Bem mais sério que isso, porém, é o fato de que a confusão entre uma e outra **posição (de garantidor)** termina por obscurecer a real definição dos deveres enunciados na peça acusatória. Eventual dever do conselheiro, quando na posição de garantidor, não é **determinar a adoção pela Diretoria** desta ou daquela medida corretiva ou de proteção (ou cuidado). Cabe-lhe apenas **propor** ao Conselho aquilo que lhe parece necessário à satisfação de suas preocupações, sem poder antecipar, contudo, que seu voto traduzirá a opinião vencedora. O membro de um colegiado, portanto, tem delimitado o seu dever no âmbito apenas de seu atuar lícito.

54. Não há como recusar que a denúncia **ignorou olímpicamente** essa especial circunstância. Aliás, não só no que se refere à descrição da conduta **omitida**, e, assim, **do dever de agir concreto**, sempre referido ao Conselho e

não ao conselheiro, mas também no que diz com o **próprio nexo de causalidade**, ou da **causação típica**. Com efeito, para que se possa atribuir ao indivíduo componente de um órgão colegiado o **resultado da causação** de um dano será indispensável a demonstração, ou quando nada, a imputação da conexão entre o descumprimento de tal dever e o resultado efetivamente ocorrido. E isso definitivamente **não consta da peça acusatória**, que nada alude à possibilidade concreta da atuação individual do paciente dirigida a **influenciar os demais membros do colegiado a adotarem essa ou aquela providência**, e tampouco da atribuição a ela do resultado obtido. Ouçamos as lições do *parecer*:

Em casos de deveres indiretos ou escalonados de impedir o resultado, colocam-se novos problemas de causalidade e imputação, que deveriam ter sido levantados pela Denúncia, se esta almejasse a descrição precisa de todas as circunstâncias do fato criminoso.⁵

(...)

Concretamente: suponha-se que José Carlos Martins tivesse atuado exatamente como o órgão acusatório desejaria (ainda que não o descreva), por exemplo, votando, interpellando a Diretoria, tentando convocar uma Assembleia-Geral; **ainda assim, não se sabe se isso teria impedido o resultado, porque não se sabe como os demais membros do Conselho teriam atuado, nem como os membros da Diretoria teriam reagido, nem a que conclusão chegaria a Assembleia-Geral**. Há, inclusive, elementos que indicam que os demais, especialmente os membros da Diretoria, sujeitos autorresponsáveis e que não eram subordinados em sentido técnico ao CA, não estavam necessariamente dispostos a atuar no sentido de cumprir o seu dever de impedir o resultado: a própria Denúncia **aponta que a Diretoria da Samarco não atendeu indicações técnicas realizadas pela Consultoria Pimenta de Ávila, contratada para assessoramento (p. 99)**. Assim, até mesmo com base na bastante extensiva proposta formulada pelo primeiro parecerista para imputar resultados em casos de omissões indiretas ou escalonadas não parece possível afirmar sem mais a imputação do resultado⁶.

⁵ Essa situação de omissões sucessivas ou escalonadas, ainda não foi estudada no Brasil (não há nada específico a respeito, por ex., na relevante monografia de *Tavares*, Teoria dos delitos omissivos, Madrid etc., 2012, que contém um extenso capítulo sobre “a causalidade na omissão” [p. 359-392]); a respeito, cf. *Greco*, Kausalitäts- und Zurechnungsfragen bei unechten Unterlassungsdelikten, ZIS 2011, p. 674 e ss. (p. 688 e ss.); *Schrott*, Unterlassungszurechnung bei drittvermittelten Rettungsgeschehen: Unter besonderer Berücksichtigung von Compliance-Systemen, Berlin, 2014, p. 132 e ss.; em português, confira-se *Roxin*, Problemas de causalidade intermediada psicicamente, RBCC (100) 2013, p. 253 e ss.

⁶ *Greco*, Kausalitäts- und Zurechnungsfragen bei unechten Unterlassungsdelikten, ZIS 2011, p. 674 e ss. (p. 688 e ss.)

55. Parece haver convergência até mesmo na doutrina nacional sobre a necessidade de uma **fundamentação material** do *dever de agir* nos crimes omissivos impróprios. E essa fundamentação se concretizaria apenas naquelas situações em que o *garantidor* teria o domínio ou o *poder* de **controle direto** sobre ela (situação), para fins de exercer efetivamente o poder sobre os riscos concretos e reais incidentes sobre o bem jurídico. Ou seja, no caso concreto, cumpriria identificar o momento ou os momentos em que se estaria diante de uma evidente situação de **vulnerabilidade** do bem jurídico, ou seja, do momento em que passou a ser devida a ação do *garantidor*. Em outras palavras: “uma *situação imediatamente anterior à lesão do bem jurídico*, momento em que se poderia dizer que, sem a intervenção do *garantidor*, sobrevirá o resultado típico”.⁷

56. Daí decorrerá que a situação de **perigo direto** do bem jurídico somente se consolidou em definitivo a partir de julho ou agosto de 2014, naquilo que o Ministério Público denominou de elementos que “*caracterizariam o processo de pré-ruptura da Barragem de Fundão* (pg. 130, da denúncia). Ou seja, quando não mais participava do Conselho o paciente, cuja última atuação ocorrera em dezembro de 2013.

VII – AS REUNIÕES: AS DELIBERAÇÕES DO CONSELHO ADMINISTRATIVO E A AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA

57. Embora não tenhamos nos detido nas reuniões anteriores àquelas últimas que contaram com a presença do paciente, pode-se enfatizar a insuficiência delas para as finalidades pretendidas na inicial. E precisamente para confirmar que, não só não há elementos informativos que lastreiem a acusação, como há outros, em **sentido contrário**, vai-se a outros pontos ali narrados.

⁷ Do parecer. Weigend, in: Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar, 12a ed., Berlin, 2007, § 13 nm. p. 815–873.

58. Na 77ª reunião do Conselho, em **julho de 2009**, a qual **não estava presente** o paciente, a Diretoria Operacional apresentou relatório sobre a **paralisação** das operações na barragem, ocorrida em virtude da identificação de problemas *geotécnicos*. Manifestando preocupação com a situação, o Conselho nomeou uma equipe *ad hoc* para a emissão de relatório sobre a proposta (p. 84). Independentemente da ausência do paciente, deve restar destacado que o Conselho **exerceu seu dever de vigilância**, nomeando grupo de especialistas para a avaliação do problema. Fez, então, o que lhe era possível, à vista da narrativa técnica então apresentada.

59. Na reunião seguinte, a **80ª, de dezembro de 2009**, o Conselho recebeu o relatório sobre o motivo da paralisação, no sentido de que eles estariam localizados no **dreno principal**, que não estaria funcionando bem. **Nem se cogitou**, na ocasião, no risco de comprometimento da barragem. O Conselho recebeu a proposta de solução da Diretoria, **devidamente aprovada** por aquela equipe *ad hoc* constituída anteriormente. Exerceu o Conselho, portanto, o seu dever de fiscalização **das ações da diretoria**, que foram **aprovadas** por comissão técnica designada para tal fim.

60. Em **maio de 2010**, reunião **85ª**, o Diretor Operacional teceu esclarecimentos sobre as providências que tiveram que ser adotadas a partir da identificação e implementação das ações necessárias para a correção do problema no Dique 1. Na acusação, o Ministério Público critica a decisão do Conselho em relação a um possível processo a ser aberto contra a Construtora responsável pelos trabalhos, ao fundamento de que semelhante preocupação se sobreporia àquela, atinente à segurança da barragem (**reunião 89ª, de setembro de 2009**). Esqueceu que é dever do Conselho zelar também pelo *patrimônio* da companhia, o que jamais implicou menoscabo à questão da segurança, conforme se verá adiante.

61. Na reunião de **agosto de 2010 (99ª)**, compareceu um representante do ITRB, para prestar informações ao Conselho sobre a questão da segurança da

barragem. A *expert* Ângela Küpper deixou consignado que a avaliação realizada teria indicado o seguinte: a) as estruturas **de rejeitos** da Samarco estão **em um nível adequado de segurança**; b) as barragens são peradas e monitoradas **de maneira satisfatória**, consistente com as normas internacionais. Mas não foi só: alertou também para a necessidade de implementação de algumas melhorias a **longo prazo**. E o que fez o Conselho? Determinou à Diretoria que **cumprisse totalmente as recomendações do ITRB** (ver Ata, p. 2-3, Doc. 03). Mais ainda: que a Diretoria mantivesse o foco nos riscos catastróficos identificados pela avaliação de riscos, **tomando as medidas necessárias para evitar a sua ocorrência**. E que mantivesse informado o Conselho sobre tais providências, periodicamente. O que mais ele poderia fazer? Não havia até aquele momento **nenhum indicativo técnico** no sentido da **desativação** ou da **paralisação das operações**. Pelo contrário, afirmava-se a concreta possibilidade de solução dos problemas.

62. Na reunião de **agosto de 2012 (108ª)**, encontra-se recomendação do Conselho no sentido de que fosse priorizados esforços para o reassentamento das comunidades próximas às barragens de rejeitos. Toda obra e/ou operação desse nível implica riscos, o que jamais foi motivo para impedir funcionamento, por exemplo, de usinas nucleares. O importante é que adotadas as medidas de segurança acima dos padrões de norma industrial. A *medição* de riscos e grau de segurança da **barragem** apontava para o nível alto de **impacto**, no caso de **ruptura** exposta à exposição ambiental e da comunidade próxima. Em compensação operava com o **mesmo nível de segurança**, até aquo reassentamento da comunidade, portanto, tem óbvia explicação **do nível de impacto**, no caso de confirmação de risco atividade. Cumprimento, pois, do **dever de vigilância e cuidados**. Estamos a tratar, repita-se, da atuação do **individual** e integrante do Colegiado do Conselho de A

barragem. A *expert* Ângela Küpper deixou consignado que a avaliação realizada teria indicado o seguinte: a) as estruturas **de rejeitos** da Samarco estão **em um nível adequado de segurança**; b) as barragens são peradas e monitoradas **de maneira satisfatória**, consistente com as normas internacionais. Mas não foi só: alertou também para a necessidade de implementação de algumas melhorias a **longo prazo**. E o que fez o Conselho? Determinou à Diretoria que **cumprisse totalmente as recomendações do ITRB** (ver Ata, p. 2-3, Doc. 03). Mais ainda: que a Diretoria mantivesse o foco nos riscos catastróficos identificados pela avaliação de riscos, **tomando as medidas necessárias para evitar a sua ocorrência**. E que mantivesse informado o Conselho sobre tais providências, periodicamente. O que mais ele poderia fazer? Não havia até aquele momento **nenhum indicativo técnico** no sentido da **desativação** ou da **paralisação das operações**. Pelo contrário, afirmava-se a concreta possibilidade de solução dos problemas.

62. Na reunião de **agosto de 2012 (108ª)**, encontra-se recomendação do Conselho no sentido de que fosse priorizados esforços para o reassentamento das comunidades próximas às barragens de rejeitos. Toda obra e/ou operação desse nível implica riscos, o que jamais foi motivo para impedir o funcionamento, por exemplo, de usinas nucleares. O importante é que sejam adotadas as medidas de segurança acima dos padrões de normalidade industrial. A *medição* de riscos e grau de segurança da barragem de Fundão apontava para o nível alto de **impacto**, no caso de **ruptura**, diante da exposição ambiental e da comunidade próxima. Em compensação, a barragem operava com o **mesmo nível de segurança**, até aquela época. O reassentamento da comunidade, portanto, tem óbvia explicação: a de **redução do nível de impacto**, no caso de confirmação de riscos inerentes àquela atividade. Cumprimento, pois, do **dever de vigilância, de proteção e de cuidados**. Estamos a tratar, repita-se, da atuação do paciente como **pessoa individual** e integrante do Colegiado do Conselho de Administração.

63. Posteriormente, na reunião de nº 110ª, de abril de 2013, exatamente a **última** em que interveio o paciente, o denunciado Kleber Terra, da Diretoria, apresentou resumo das iniciativas daquele órgão (diretoria) para melhorar as operações em 2013, o que incluía aquelas atinentes *ao plano de disposição de rejeitos*. O Conselho, então, **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 autorizações para expandir tais instalações.

64. O paciente não mais esteve presente **em nenhuma das reuniões seguintes**, e notadamente, nas fases em que teriam sido encaminhadas ao Conselho as informações **mais relevantes** sobre os problemas até então detectados e que estavam sob a **gestão** da Diretoria e de suas **informações técnicas**. A esse respeito, vem da denúncia o seguinte:

“mesmo nas hipóteses em que determinou a adoção de medidas específicas relacionadas à gestão dos rejeitos produzidos pela SAMARCO, o Conselho omitiu-se em exercer seu poder-dever de vigilância e suas competências organizativas, uma vez que se contentou em receber passivamente informações **não condizentes com a crítica realidade operacional da barragem de Fundão transmitidas pelos diretores, KLEBER TERRA e RICARDO VESCOVI, ou pelos representantes dos Comitês e Subcomitês de Assessoramento**” (p. 203).

65. Mas quais seriam as ações esperadas naquele momento? A **desativação da barragem e/ou a paralisação** das operações? Quais seriam os seus *poderes-deveres* e competências *organizativas* (seja lá o que isso signifique) **omitidos**? E, sobretudo, **qual era o resultado a ser evitado com as medidas omitidas**? A denúncia não diz!! E a defesa não tem como rebater tais insinuações. Mas talvez nem precise: desde abril de 2013 ele não mais participava do órgão!

66. Por fim, e a este propósito, há que se recorrer, mais uma vez, às conclusões do **Parecer**:

Aqui, dois equívocos conceituais graves: receber passivamente informações não constitui violação de dever por parte do CA, mas cumprimento de seu mister

legal e estatutário de vigilância: à Diretoria a gestão, ao CA a vigilância sobre os diretores. Do que decorre o segundo equívoco: **apenas a Diretoria conheceria “a crítica realidade operacional da barragem de Fundão”, de modo que o CA depende do sucesso de um fluxo informacional que vai da diretoria para ele.**

Note-se, inclusive, que pelo organograma apresentado na denúncia (p. 165), tanto o ITRB como o Comitê de Barragens – onde estavam concentradas as informações – se reportavam à Diretoria, não ao CA. De novo, a Denúncia, além de não descrever todas as circunstâncias das supostas omissões puníveis, acaba por, ao revés, descrever os cumprimentos das ações mandadas. Já não deve surpreender que a descrição da Denúncia tenha sido genérica: aparentemente, não havia omissão punível do Consulente a ser descrita, eis que a omissão grave pode ter ocorrido apenas depois de seu afastamento, desaparecendo, assim, a posição de garantidor – que é individual, e não coletiva, como dito.

O que não diz a Denúncia é se o Conselho, enquanto órgão colegiado, não deveria ter feito mais. **Ela muito menos esclarece no que consistiria esse mais.** Nossas considerações acima desenvolvidas (item 2.) trazem, aqui, certa luz: esse mais poderia consistir numa atuação sobre os outros administradores, os diretores. O Conselho poderia ter interpelado o diretor responsável e exigido uma concentração de esforços no sentido de adoção imediata das medidas de longo prazo indicadas pelo ITRB, sob pena de destituição. **Se essa intervenção emergencial teria, de fato, evitado o resultado, é um problema que já retornaremos (abaixo, 4.).**

Ocorre que o não-uso das faculdades específicas e, dentre elas, a mais severa (a destituição de um diretor) só pode ser considerado uma violação de dever se configurada uma *situação crítica ou de emergência*. Há um momento claro em que não se poderá mais negar qualquer situação de emergência: **esse momento é alguma data a partir de julho ou agosto de 2014 quando há sinais de pruruptura, embora não se saiba se e quando tal informação chegou ao CA.** Mas mesmo que se deseje considerar data anterior, o marco inicial seria a reunião de n. 114, em 2014, esta sim, do Conselho de Administração, em que um membro da Diretoria, Kleber Terra, apresenta slides que indicam comprometimento sério da barragem, nos quais seria possível mesmo observar que esta continha rachaduras. Desses fatos tomou conhecimento o Conselho de Administração em 2014, e a partir daí deveria esgotar os poderes que a lei lhe confere no sentido de evitar o resultado que estava para ocorrer. Os membros do Conselho, nesse momento, podem de fato ter se omitido.

Ocorre que essa reunião teve lugar em 2014, momento em que *José Carlos Martins há muito já não participava das deliberações do Conselho*. No momento em que ainda o fazia, não se enxerga por que José Carlos Martins não teria cumprido com os seus deveres de membro do Conselho de Administração, quais sejam o de votar no sentido de alguma atuação específica. Outras decisões, como a do corte de custos de segurança, a que se refere a Denúncia (p. 196), igualmente, foram tomadas em 2015.

VII – QUADRO DE SÍNTESE DAS ÚLTIMAS REUNIÕES DE QUE TERIA PARTICIPADO O PACIENTE E RESPECTIVAS DELIBERAÇÕES.

REUNIÕES DO CONSELHO	TEMÁTICA RELEVANTE	DECISÕES CONSTANTES DA ATA DO CONSELHO
REUNIÃO N. 108 (08/08/2012)	Analisou-se o desempenho de segurança de acidentes envolvendo funcionários; Apresentou-se um Plano de Investimentos de Cinco Anos;	Reforçou que a Samarco deveria manter seu enfoque na eliminação de riscos fatais; Reiterou a importância dos projetos relacionados às instalações de armazenamento de rejeitos, e recomendou à Samarco que <i>“priorizasse esforços para fazer o reassentamento das comunidades próximas às barragens de rejeitos.”</i> Determinou que a Samarco <i>“mantivesse os limites de investimentos correntes em USD 550 milhões (excluindo investimentos em disposição e barragens de rejeitos, investimentos críticos que devem ser priorizados).”</i>
REUNIÃO N. 109 (07/12/2012)	O então Diretor Kleber Terra apresentou um panorama sobre as barragens de rejeitos.	<i>“Reforçou que as instalações de rejeitos são áreas críticas (incluindo o gerenciamento contínuo/aprimoramento de instalações já existentes e expansões necessárias), e recomendou que a Samarco mantivesse seu foco na concepção e implementação dos projetos de rejeitos como uma questão de prioridade”.</i>
REUNIÃO N. 110 (04/04/2013)	O então Diretor Kleber Terra apresentou um resumo das principais iniciativas da Samarco para melhorar suas operações em 2013, fornecendo uma atualização sobre o plano de disposição de rejeitos, ressaltando os riscos associados e as ações de mitigação.	Aprovou as iniciativas (de mitigação de riscos) apresentadas e <i>“reforçou a importância de prosseguir com os estudos sobre instalações alternativas de rejeitos, considerando os crescentes desafios ambientais para obtenção de autorizações para expandir tais instalações.”</i>
REUNIÃO N. 114 (04/12/14) *	O Diretor Kleber Terra apresentou informações detalhadas sobre o sistema de disposição de rejeitos;	Reconheceu o progresso realizado, ressaltando, porém, que os rejeitos ainda eram um ponto de grande preocupação.

* A reunião de n. 114 do Conselho não contou com a participação do Paciente.

67. Observe-se que na **108ª Reunião, de agosto de 2012**, os Conselheiros, reconhecendo que os investimentos em disposição e barragens de rejeitos eram **críticos**, e que por isso deveriam ser **priorizados**, **não contabilizaram estes investimentos no teto a ser observado pela Samarco**. A recomendação, em síntese, foi a de controlar gastos, mas isto **não abrangeu aqueles (gastos) relativos às barragens**. Beira o absurdo, portanto, dizer que os Conselheiros anuíram com a possibilidade de rompimento da barragem.

68. As demais reuniões apontadas na peça acusatória e que teriam contado com a presença de José Carlos Martins, não podem ostentar relevância jurídica, como já o

demonstramos. É que diversas pessoas que estiveram presentes em uma ou outra delas **não foram denunciadas**, o que, diante da **indivisibilidade de responsabilidade** atribuída na denúncia aos conselheiros, permite concluir pela ausência de significado penal de cada uma delas.

69. Mas, para que dúvida alguma reste acerca da irrelevância de tais eventos para as duras e impossíveis finalidades pretendidas na acusação, segue abaixo, também, o **Quadro de Síntese** dessas reuniões.

REUNIÕES DO CONSELHO	TEMÁTICA RELEVANTE	DECISÕES CONSTANTES DA ATA DO CONSELHO
REUNIÃO N. 42 (20/10/2005)	Apresentou-se o Projeto da Terceira Usina de Pelotização, a ser finalizado até março de 2008.	Foi aprovada a realização do Projeto da Terceira Usina de Pelotização.
REUNIÃO N. 47 (15/03/2005)	Apresentou-se atualização acerca do andamento do Projeto da Terceira Usina de Pelotização, e informou-se que a Licença ambiental para a barragem de Fundão sofrera um atraso.	Demonstrou-se <i>"preocupação com os recentes índices de segurança e recomendou-se] mais gerenciamento nas áreas operacionais."</i>
REUNIÃO N. 63 (19/10/2007)	Apresentou-se os resultados de segurança e enfatizou-se uma área para melhoria: taxa de frequência de acidentes classificados.	Alertou-se <i>"a Diretoria da Samarco a manter o foco no índice de frequência de acidentes classificados, o qual tem aumentado recentemente"</i> .
REUNIÃO N. 67 (12/03/2008)	Abordou-se o projeto da 3ª Usina de Pelotização, destacando-se os recordes de segurança.	Ressaltou-se que os recordes de segurança são diferentes quando provenientes dos próprios funcionários e quando de contratados, e questionou-se as ações da Samarco em termos de demonstrar liderança nesta área.
REUNIÃO N. 80 (02/12/2009)	Apresentou-se o relatório final da investigação do incidente na barragem de Fundão, apontando-se como causa uma falha construtiva por parte da empresa contratada para tal. Afirma-se ainda que as medidas tomadas permitiriam que a barragem voltasse a funcionar <i>"com segurança operacional"</i> .	O Conselho já havia recomendado que a equipe de gestão de barragens da Vale revisasse a solução proposta pela Samarco, e, por ter a equipe da Vale anuído com a solução, aceitou-se a decisão tomada.
REUNIÃO N. 85 (12/05/2010)	Apresentou-se uma atualização sobre o incidente na barragem de Fundão. Afirma-se, também, que as ações recomendadas pelo ITRB estavam sendo devidamente implementadas.	Diante da apresentação, o Conselho concordou que a Barragem de Fundão suportava adequadamente a sua operação.
REUNIÃO N. 89 (23/09/2010)	Apresentou-se nova atualização sobre o incidente na barragem de Fundão, explicitando-se que seria improvável o êxito em uma ação judicial contra a empresa construtora.	Encorajou-se a Samarco a continuar negociando com a empresa construtora, visando, assim, <i>"a resolução de uma compensação financeira para o incidente."</i>
REUNIÃO N. 99 (10/08/2011)	O ITRB apresentou avaliação indicando que as barragens da Samarco operavam em nível adequado de segurança e monitoramento.	Determinou-se que a Samarco seguisse todas as recomendações do ITRB, e destacou-se que <i>"a gestão dos rejeitos é uma grande preocupação que merece continua atenção da Samarco para garantir que todas as estruturas funcionem adequadamente."</i>

VIII – SÍNTESE DAS CONCLUSÕES

70. A defesa de José Carlos Martins está absolutamente convencida de ter demonstrado, *quantum satis*, a claríssima ausência de *justa causa* para essa ação contra ele, conclusão que emerge da simples leitura das *Atas de Reuniões do Conselho de Administração* mencionadas na inicial. A despeito disso, pode-se também apontar defeitos de tamanha envergadura *nas imputações* que o juízo sobre elas será de outra ordem, mas idêntica consequência: a *inépcia* na descrição dos tipos *omissivos impróprios* ali narrados, na qual se **omitiram**, ora a *ação devida ou esperada*, ora *as consequências de tais condutas para o resultado*. Comum a todas elas (imputações), porém, é a ausência de **definição quanto às circunstâncias de tempo e dos demais elementos constitutivos do surgimento do dever de agir**.

71. A narrativa esparsa e cronologicamente hesitante de defeitos e problemas surgidos ao longo de toda a existência das barragens **não satisfaz a exigência** da precisa **delimitação do estado efetivo de risco** correspondente ao *resultado* narrado. A partir de quando a *ação devida* passou a ser a **desativação** da barragem? Desde quando as recomendações técnicas apontavam para a adoção *desta específica providência*? E quando teriam chegado ao Conselho as informações técnicas nesse sentido?

72. O Ministério Público afirma ter havido o descumprimento de recomendações técnicas pela Administração da Samarco. Se assim foi – e pode ter sido! – quais foram elas e **qual foi a omissão específica** do paciente, pessoa *individual*, sobre tal desídia? O exercício da função de fiscalização do Conselho de Administração sobre as ações da Diretoria *dependia* das informações técnicas a ele repassadas, como parece indubitável. Mas não se aponta com clareza em que momento tais informes teriam sido levados a ele!

73. De se lembrar, no ponto, que o paciente **não é engenheiro**, mas **economista!** Se a acusação pretendia dizer que cabia aos Conselheiros **examinarem todos a documentação técnica apresentada** pela Diretoria nas reuniões, melhor seria tê-lo feito de modo convincente, até para a defesa poder demonstrar o absurdo de tal propósito. Em outras palavras: para o paciente exercer o **direito à ampla defesa e ao contraditório**. Nesse passo, bem andou a **Polícia Federal**, parcimoniosa nas incriminações – **limitadas aos crimes ambientais** – e consciente do papel do Conselho Administrativo, que nunca foi de **gestão ou de solução executiva** dos problemas apontados no seu Relatório de **518 páginas (Doc. 06)**.

73. Por fim, é também defeituosa a peça acusatória no ponto em que deixou de imputar ao paciente **uma conduta pessoal**, isto é, uma **ação individual** exigível do integrante de um órgão colegiado. Não se diz que a omissão teria sido da ausência de propostas ou de votos, nesse ou naquele sentido. E menos ainda se afirma de que maneira se poderia assegurar o êxito de sua atuação individual no âmbito daquele Colegiado de votantes. Faltou também a necessária conexão *de causalidade* entre a **ação devida e o resultado ocorrido**.

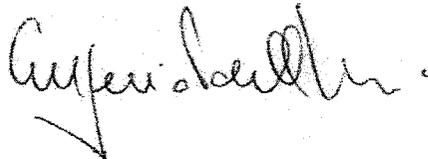
IX - REQUERIMENTOS

74. Feitas tais considerações, requerem o processamento do *writ* conforme o Direito, com a notificação do juízo impetrado para as informações pertinentes, seguindo-se a manifestação do *custos legis* nessa instância.

75. Para ao final, ser **CONCEDIDA A ORDEM**, com o **TRANCAMENTO DA AÇÃO** em relação ao paciente, seja por **inépcia** da petição inicial, seja pela absoluta ausência de elementos informativos mínimos que possam indicar a *viabilidade* da instrução criminal, para o fim de modificação do estado atual de produção de provas.

76. Requerem, por último, sejam intimados da sessão de julgamento, para fins de **sustentação oral**, e, assim, amplo exercício do direito de defesa.

Brasília, 24 de novembro de 2016.



EUGÊNIO PACELLI de Oliveira
OAB-DF 45.288

SÂNZIO NOGUEIRA BAIONETA
OAB-MG 83.092

JOÃO CARLOS KRAKAUER
OAB-MG 168.112

DOCUMENTOS QUE INSTRUEM O PRESENTE HABEAS CORPUS

Doc. 01: Denúncia;

Doc. 02: Decisão de recebimento da denúncia;

Doc. 03: Atas de Reunião do Conselho de Administração citadas na denúncia para lastrear a acusação em desfavor do Paciente;

Doc. 04: Atas do Conselho de Administração de Ago/2013 – Abr/2014, que não contaram com a participação do Paciente;

Doc. 05: Parecer Jurídico elaborado pelos Professores Luís Greco e Alaor Leite.

Doc. 06: Página inicial do Relatório da Polícia Federal, que atesta o não indiciamento do Paciente.

Doc. 07: Estatuto Social da Samarco.