

O CORPO CORPORATIVO

THE BODY CORPORATE

Mihailis E. Diamantis*



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

*[T]he corporation touches the public only
by the hands of [its] agents and servants. ***

Resumo: Os Estados Unidos usam a doutrina do *respondeat superior* para responsabilizar as empresas pelos crimes dos seus empregados. Este artigo apresenta uma abordagem diferenciada, que aplicaria duas teorias, uma para atribuir elementos de atos ilícitos; e outra para atribuir elementos de estado mental às corporações. Com foco nos elementos do ato, o artigo define o “corpo corporativo” como a soma de todas as partes de uma corporação que pode causar lesões a ela legalmente atribuíveis. O *respondeat superior* identifica implicitamente o corpo corporativo com os funcionários individuais da empresa. Essa definição restrita não atenderia às expectativas sociais com relação à adequada responsabilidade penal da pessoa jurídica, bem como não incentivaria a efetiva conformidade corporativa. Uma melhor compreensão do corpo corporativo deveria incluir outras fontes de danos empresariais, como aquelas derivadas de sistemas organizacionais corporativos e das ações agregadas de vários empregados.

Palavras-chave: responsabilidade penal empresarial – teoria do *respondeat superior* – corpo corporativo – ação agregada dos empregados – sistemas organizacionais corporativos.

Abstract: The United States uses the doctrine of *respondeat superior* to hold corporations liable for the crimes of their employees. This article advances a more nuanced approach that would apply two doctrines, one for attributing act elements of crime to corporations and a different one for attributing mental state elements. Focusing on act elements, the article defines the “body corporate” as the sum of all parts of a corporation that can cause injuries that are legally attributable to the corporation. *Respondeat superior* implicitly identifies the body corporate with individual corporate employees. This narrow definition shortchanges society’s expectations of corporate punishment and fails to incentivize adequate corporate compliance. A better understanding of the body corporate would include other sources of corporate injury, such as those derived from corporate organizational systems and from the aggregate actions of multiple employees.

* Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de Iowa. O Autor agradece a Samuel Buell, Matthew Caulfield, Brandon Garrett, Greg Mitchell, Veronica Root Martinez, William Thomas e aos participantes da conferência organizada pela *Duke Law School* e *Law & Contemporary Problems* (2020). Este artigo foi originalmente publicado em inglês: *The Body Corporate*. In *Law & Contemporary Problems*. N. 83, 2021, pp. 133-158. Tradução: SOUZA, Artur de Brito Gueiros.

** THOMPSON, Seymour D. *Liability of Corporations for Exemplary Damages*. The Central Law Journal. Vol. 41, 1895, pp. 308 e 312-313.

Keywords: Corporate criminal liability – *respondeat superior* theory – body corporate – aggregate employees conduct – corporate organizational system.

1. INTRODUÇÃO: SÓ CRESCEU

Para violar a lei, é preciso que exista uma pessoa com capacidade de ação. Como a legislação dos Estados Unidos da América (EUA) está comprometida com uma concepção jurídica centenária, segundo a qual as pessoas jurídicas também podem violar a lei, ela deve ter alguma consideração sobre os “corpos” por meio dos quais elas agem. Podem não ser corpos tangíveis, como aqueles que podemos “chutar”, mas – dentro de uma estrutura normativa – devem ser corpos capazes de cometer infrações penais. Uma descrição desse elemento ativo identificaria quais partes das empresas são capazes de causar danos à sociedade e que são legalmente atribuíveis a elas. Apesar de sua óbvia importância para a questão da responsabilidade penal da empresa, o *corpo corporativo* permanece, em grande parte, sem uma teoria que o fundamente.

A falta de atenção ao corpo corporativo conduziu a um paradoxo no Direito Penal: os tribunais usam exatamente o mesmo fundamento doutrinário para atribuir atos¹ corporativos e para reprovar pensamentos² corporativos. Por exemplo, quando uma empresa é acusada de pagar suborno, a mesma análise jurídica determina se ela efetivamente pagou propina a um funcionário público e se o fez por um motivo reprovável. No início da evolução do Direito Penal Empresarial, os juristas eram mais cuidadosos ao distinguir essas duas etapas.^{3 NT-1}

¹ Para a finalidade do presente artigo, a palavra *ato* significa o que os filósofos chamariam de “conduta” ou de “comportamento”. Não pretendo utilizar a palavra *agir* para não transmitir, necessariamente, o significado de intencionalidade ou de responsabilidade. Nesse sentido, utilizo a palavra *ato* de maneira consistente com o uso legal do vocábulo. Vide, por ex., o § 1.13(2), do *Model Penal Code* (“Ato ou ação significa o movimento corporal voluntário ou involuntário”). No caso, o dispositivo legal se refere ao movimento físico. Entendo que a questão central da conduta corporativa está em saber se e quando um movimento físico (por ex., a conduta de um funcionário), deve ser considerado como sendo (também) um movimento físico da própria corporação. A questão de saber se a corporação agiu intencionalmente ou, ao menos, se ela agiu de forma que venha a acarretar a sua responsabilidade, pode ser igualmente considerada, mas que fique claro que se trata de uma questão separada ou adicional.

² Vide 18-B AM. Jur. 2nd *Corporations*, § 1831, 2015.

³ Vide as notas de rodapé n. 29-32, *infra*, bem como o texto que as acompanha.

^{NT-1} No Brasil, verifica-se situação similar, isto é, a utilização da mesma fundamentação para atribuir atos (condutas) e estados mentais (dolo) às pessoas jurídicas, por ocasião do juízo de reprovabilidade penal. Dessa maneira, seja pelo modelo da *heterorresponsabilização* (mera transferência da conduta do empregado), pelo modelo da *autorresponsabilização* (decorrente do defeito de organização ou do ato de conexão) ou, ainda, pelos modelos *híbridos* (como, por ex., aquele decorrente do Recurso Extraordinário STF n. 548.181), o que se observa, no nosso Direito Penal Empresarial, seria uma amálgama valorativa entre os elementos objetivos e

Todavia, essa particularidade parece que ficou desapercibida na doutrina contemporânea. Com relação às pessoas físicas, as partes em litígio devem adotar abordagens muito diferentes para provar, no processo penal, os elementos atinentes ao ato exterior e os elementos atinentes ao estado mental. Os atos são as circunstâncias que as testemunhas oculares, os documentos e, eventualmente, as imagens, podem atestar diretamente.⁴ Por outro lado, os pensamentos estão implícitos, e somente são acessíveis por inferência das evidências do caso concreto.⁵ Mais importante ainda, atos e pensamentos desempenham papéis fundamentalmente diferentes na justiça criminal. As ações vinculam os danos às pessoas que os causam.⁶ Por sua vez, os estados mentais determinam se a pessoa que causou o dano o fez de forma reprovável.⁷ Se uma pessoa se machuca após tropeçar em um fio de extensão, ela sofre um dano. Se um agente colocou o fio naquele lugar, ele causou o dano. Mas ele somente deu causa ao dano de forma culpável, se soubesse – ou se devesse saber – que alguém poderia passar por ali.

Este artigo objetiva tratar do elemento ativo da estrutura corporativa – aquilo que eu chamo de “corpo corporativo”. O corpo corporativo deve ser contrastado com o que denominei, em outro trabalho, de “mente corporativa”.⁸ Para que as empresas sejam capazes de cometer a grande maioria das infrações prevista na legislação, a lei deve estabelecer os pressupostos mínimos sobre como elas satisfazem os elementos do estado mental dessas violações. Nesse aspecto, encontra-se inserida a teoria da mente corporativa, ou seja, dos componentes que

subjetivos exigidos para a culpabilidade do ente moral. Sobre o assunto, vide: SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Direito Penal Empresarial*. 2ª Ed. São Paulo: LiberArs, 2022, pp. 252-262) (Nota do Tradutor, doravante NT).

⁴ As discussões no processo penal por crimes de colarinho branco geralmente giram em torno da *mens rea* porque os elementos do *actus reus* estão, via de regra, bem documentados. A propósito, vide: O'SULLIVAN, Julie R. *Federal White-Collar Crime: Cases and Materials*. 6th ed., 2016, pp. 34-35.

⁵ Vide *United States vs. Wells*, 766 F.2d, 1st Cir., 1985, pp. 12-20 (“Sendo um estado de espírito, a obstinação raramente pode ser provada pela evidência direta dos fatos disponíveis.”); *United States vs. Stagman*, 446 F.2d, 6th Cir., 1971, pp. 489-493 (declarando que a regra geral, em casos criminais, é a de que “a intenção pode ser inferida a partir da totalidade das circunstâncias que envolvem o cometimento do ato proibido.”).

⁶ Vide DIAMANTIS, Mihailis E. *The Law's Missing Account of Corporate Character*. In *Georgetown Law Journal & Public Policy*. Vol. 17, 2019, pp. 865 e 866-867, (observando que as leis federais e estaduais prontamente atribuem os atos nocivos dos funcionários de uma corporação à própria corporação).

⁷ ROBINSON, Paul H. & GRALL, Jane A. *Elements Analysis in Defining Criminal Liability: The Model Penal Code and Beyond*. In *Stanford Law Review*. Vol. 35, 1983, pp. 681 e 689-690 (discutindo como a *mens rea* deve ser usada para classificar a gravidade da conduta criminosa).

⁸ Vide DIAMANTIS, Mihailis E. *Corporate Criminal Minds*. In *Notre Dame Law Review*. Vol. 91, 2016, pp. 2049 e 2075-2076 (“Dentro da construção normativa, as corporações também celebram contratos, compram propriedades, vendem mercadorias e realizam todos os tipos de atos que implicam considerar que elas têm pensamentos.”).

transmitem o significado legal de que uma empresa possui o elemento intelectual ou de quais elementos de uma empresa permitam dizer que alguém pensa em seu nome.

Assim como a lei penal necessita de uma descrição de como as empresas pensam – para que elas possam ser responsabilizadas criminalmente –, ela também precisa esclarecer como as empresas agem. A maioria das infrações exige algum ato externo que satisfaça o *actus reus* ou, ao menos, um ato violador de um dever. Mesmo para os estágios incoativos, como em casos de tentativa ou conspiração,^{NT-2} a lei exige alguma exteriorização do propósito criminoso, como ocorre, por exemplo, com a manifestação de palavras, a aquisição de ferramentas ou utensílio ou, ainda a elaboração de mapas ou desenhos, que permitam realizar o crime. Portanto, a lei deve estabelecer o que significa para uma corporação causar efeitos perceptíveis no mundo externo ou, ao menos, deve dizer quais elementos de uma corporação são capazes de causar efeitos externos a ela atribuíveis. Quando aqueles que a lei reconhece como pessoas causam consequências tangíveis, ela se refere genericamente a esses efeitos como sendo *atos*.⁹ Para as pessoas naturais – os seres humanos – os efeitos tangíveis se tornam atos quando, e somente quando, os seus corpos os causam. Nesse sentido, é lógico que a lei deva ter alguma qualificação do que é um corpo corporativo, caso ela queira estipular quais efeitos tangíveis são atribuídos à título de atos empresariais.

^{NT-2} Conspiração (*criminal conspiracy*) cuida-se de modalidade punitiva do Direito Penal estadunidense que não encontraria correspondência exata no nosso Direito Penal. Segundo o *Model Penal Code*, no § 5.03 (1), uma pessoa responde por conspiração com outra pessoa ou pessoas para cometer um crime se, com o propósito de promover ou facilitar a sua prática, ela: (a) concorda com essa outra pessoa ou pessoas que elas ou uma ou mais delas se envolverão em conduta que constitua tal crime ou uma tentativa ou solicitação para cometer tal crime; ou (b) concorda em ajudar essa outra pessoa ou pessoas no planejamento ou prática de tal crime ou de uma tentativa ou solicitação para cometer tal crime. Apesar dessa falta de correspondência exata, nos pedidos de extradição solicitados pelo Governo dos Estados Unidos ao Brasil por essa infração, o Supremo Tribunal Federal (STF), analisando o requisito da *dupla imputação*, tem jurisprudência consolidada no sentido de que, havendo o número mínimo de pessoas exigido na lei penal, fatos que tipificam *conspiração* se equiparam aos nossos *crimes de associação*, tanto do Código Penal (art. 288) como da Lei de Drogas (art. 35). Nesse sentido, vide a Extradção STF n. 1621: “Em situações semelhantes, esta Corte assentou que o delito de conspiração previsto na legislação estrangeira se equipara ao crime de associação criminosa do art. 288 do CP. Precedentes: Ext. 1505, Rel. Min. Alexandre de Moraes, 1ª Turma, DJe 18.3.2021; Ext. 1486, Rel. Min. Alexandre de Moraes, 1ª Turma, DJe 28.8.2017; Ext. 1277, Rel. Min. Dias Toffoli, 1ª Turma, DJe 11.6.2012; Ext. 1212, Rel. Min. Dias Toffoli, 1ª Turma, DJe 13.9.2011.” Sobre a equiparação da *conspiracy* com a associação para fins de tráfico internacional de drogas, vide a Extradção STF n. 1051. (NT).

⁹ O sentido jurídico de “ato” é diferente do seu sentido filosófico. Os filósofos tendem a pensar nos atos como sendo, por definição, ações intencionais. Contudo, nos termos da lei, um ato pode ser não intencional, involuntário ou inconsciente. Em sentido estrito, um ato jurídico é apenas um evento físico causado por uma pessoa jurídica. Vide, por ex., o § 1.13(2), do *Model Penal Code*: “Ato ou ação significa o movimento corporal, voluntário ou involuntário.”

Como dito, os estudiosos têm dado muita atenção à mente corporativa. Eles apresentam requisitos detalhados sobre quando atos corporativos nocivos devem ser considerados como penalmente culpáveis. William Laufer, por exemplo, analisa a culpabilidade de uma corporação comparando-a com empresas médias que agem de forma semelhante.¹⁰ Por sua vez, Pamela Bucy considera o *ethos* de uma empresa como prova de que ela cometeu um ato criminoso de forma intencional e culpável.¹¹ Em um estudo anterior, propus um sistema para inferir estados mentais corporativos culpáveis diretamente dos atos corporativos e das circunstâncias em que eles foram praticados.¹² Por sua vez, os filósofos que trabalham com responsabilidade coletiva presumem que as corporações podem fazer coisas, passando, assim, a discutir o que as torna responsáveis.¹³ Contudo, a indagação do que significa uma corporação agir tem sido um ponto de partida não assumido e, em grande parte, não enfrentado por todos nós.¹⁴ Fornecer uma resposta requer uma descrição do corpo corporativo.

¹⁰ LAUFER, William S. *Corporate Bodies and Guilty Minds*. In Emory Law Journal. Vol. 43, 1994, pp. 647-701 (“Será que uma corporação média, de tamanho, complexidade, funcionalidade e estrutura semelhantes, engajada na atividade ilegal X, dadas as circunstâncias Y, teria o estado de espírito Z?”). No início desse mesmo artigo, Laufer chega o mais próximo que já vi de uma análise detalhada do *corpo corporativo*. A propósito, vale a pena demonstrar três maneiras pelas quais o presente artigo vai além do trabalho de Laufer. Primeiro, este artigo defende uma teoria “constitutiva” da ação corporativa. Ou seja, uma relação entidade-agente é forte o suficiente para sustentar uma descoberta de autoria? Em suma, seria razoável concluir que os atos ilegais dos diretores (corporativos) foram ações (da corporação)? Por sua vez, Laufer trata “ato e intenção” como uma única unidade e, portanto, não isola o elemento ato (LAUFER, William S. *Corporate Bodies and Guilty Minds...*, *supra*, pp. 684-689). Em segundo lugar, na medida em que Laufer consegue isolar o corpo corporativo como um objeto distinto de investigação, sua análise efetivamente não vai além disso. Ele questiona se, à luz dos vários atributos de uma corporação, “seria razoável concluir que os atos dos agentes são ações da corporação” (*Idem*, p. 682). O que ele quer dizer com “razoável” não parece estar claro. Mais adiante no citado artigo, Laufer defende um padrão objetivo de razoabilidade que, aplicado à questão dos atos empresariais, examinaria se os atos de agentes semelhantes em corporações similares seriam atos da corporação (*Idem*, p. 677). Todavia, essa reflexão deveria ter, como pressuposto, uma teoria antecedente da ação corporativa. Em terceiro lugar, a proposta de Laufer deixa claro que ele incorpora a suposição (aliás compartilhada pela lei e por outros teóricos) no sentido de que as corporações só podem agir por meio de seus agentes (*Idem*, pp. 652-683 e 727). Como ficará claro na Parte IV.B, *infra*, é precisamente essa suposição que, no meu entender, não pode resistir ao escrutínio científico depois de se isolar, com sucesso, o órgão corporativo sob consideração.

¹¹ BUCY, Pamela H. *Corporate Ethos: A Standard for Imposing Corporate Criminal Liability*. In Minnesota Law Review. Vol. 75, 1991, pp. 1095-1099 (“O Governo somente pode condenar uma corporação (...) se provar que o *ethos* corporativo encorajou os integrantes da corporação a cometer o ato criminoso.”).

¹² Vide DIAMANTIS, Mihailis E. *Corporate Criminal Minds...*, nota de rodapé n. 8, *supra* (oferecendo uma teoria da *mens rea* corporativa a partir da perspectiva da ciência cognitiva).

¹³ HESS, Kendy. *The Free Will of Corporations (and Other Collectives)*. In Philosophical Studies. An International Journal for Philosophy in the Analytic Tradition. Vol. 168, 2014, pp. 241-243 (“Argumentações sobre o que as corporações ‘acreditam’, ‘desejam’ ou ‘fazem’ são, portanto, argumentações sobre compromissos ou ações que existem no nível corporativo coletivo.”).

¹⁴ Ao escrever este texto estou cumprindo uma dívida contraída há quatro anos, quando ofereci uma definição de *mens rea* corporativo que se baseia em uma teoria antecedente do *actus reus* corporativo. Vide DIAMANTIS, Mihailis E. *Corporate Criminal Minds...*, nota de rodapé n. 8, *supra*, p. 2053 (“Este artigo assume que existe

Nossas teorias sobre as infrações corporativas são inevitavelmente incompletas. As corporações podem agir de maneira incorreta sem serem necessariamente culpáveis. Por exemplo, incorrer em um débito moral ou legal exige que o devedor tenha feito algo. Achamos isso óbvio quando se trata de indivíduos. Posso desejar que uma pessoa morra ou, até mesmo, posso ter a intenção de matá-la, o que me tornaria culpável. Mas não sou culpado de nada – não sou responsável por nenhuma infração – a menos que eu tome medidas concretas para efetivar meu desejo ou minha intenção. Da mesma forma, uma empresa pode ser culpável se – como Bucy argumentaria – tiver um *ethos* corporativo falho, mas não se pode imputar nada à corporação a não ser que ela concretamente faça algo errado. Definir o que significa uma empresa “fazer algo” é tarefa primordial para uma teoria da responsabilidade penal da pessoa jurídica.

A principal ambição deste estudo é modesta: propõe-se a reavaliação e a reflexão sobre o corpo corporativo.¹⁵ Como o corpo corporativo compreende metade da investigação sobre a responsabilidade penal, sua atenção já deveria ter sido dada há muito tempo. Não há uma resposta direta sobre a melhor forma de lidar com o corpo corporativo. Diferentemente dos corpos naturais, os corpos corporativos não têm perímetro perceptível; deste modo, seus contornos jurídicos devem ser encontrados em textos legais e nos casos judiciais, não em outro lugar.

Como argumentado abaixo, o foco no corpo corporativo e no papel da lei em moldá-lo pode ajudar a resolver antigos problemas do Direito Empresarial. Às vezes, soluções fáceis podem estar escondidas à vista de todos e, para encontrá-las, basta que tenhamos os corretos instrumentos conceituais para percebê-las. Ao deixar de distinguir o corpo corporativo da mente corporativa, a lei e os doutrinadores assumem implicitamente que o mesmo parâmetro teórico deve ser aplicado a ambos. Isso fez com que fosse muito fácil propor modelos de imputação à empresa, mas muito difícil de defendê-los. A criação de uma nova teoria de responsabilidade

uma teoria razoável de *actus reus* corporativo – uma maneira de resolver quando uma corporação fez algo e o quê –, o que nada altera os contornos dessa teoria.”).

¹⁵ Matthew Caulfield sugeriu que eu enquadrasse a discussão em termos de agência corporativa em vez de órgãos corporativos. Na abordagem que ele prefere, a pergunta seria: “Que coisas no mundo são *loci* da agência corporativa?” Enquanto eu pergunto: “Que coisas no mundo fazem parte do corpo corporativo?” Na minha opinião, essas são perguntas equivalentes. A vantagem da minha formulação é que seu caráter irônico (corporações obviamente não têm *corpos*) é universalmente aparente e enfatiza a necessidade de uma resposta orientada por política criminal. Embora, a meu ver, as corporações também não tenham agência, não há um acordo universal sobre esse ponto. Alguns leitores, ao buscarem uma questão sobre agenciamento corporativo, podem desviar-se profundamente para uma metafísica equivocada; um desvio do qual muitos nunca mais voltaram.

penal empresarial precisaria de dois argumentos para mostrar sua relevância: um que avalie seus méritos como uma concepção do corpo corporativo e outro que avalie seus méritos como uma concepção da mente corporativa. Dessa maneira, quando chegar o momento de defender essa teoria, um contra-argumento que demonstre que ela tem deficiências no que diz respeito ao corpo corporativo não significaria que, necessariamente, ocorra a mesma deficiência com a teoria da mente corporativa, e vice-versa.

A inércia histórica nesse tema, em vez de uma análise orientada por políticas e com base empírica, conduziu aos parâmetros legais e acadêmicos atuais que, implicitamente, limitam o corpo corporativo aos corpos dos funcionários individuais. Em outras palavras, uma empresa só pode ser legalmente responsabilizada por um dano à coletividade se esse dano puder ser atribuído à conduta dos seus empregados. No entanto, há outras estruturas e sistemas dentro das empresas que também podem causar danos, aos quais – para uma sólida política criminal – devem igualmente ser imputados às empresas. Ao excluir essas outras fontes de danos provenientes do corpo corporativo, a legislação enfraquece a sua capacidade de responsabilizar as pessoas jurídicas. Sendo assim, uma abordagem orientada por políticas para o corpo corporativo evitaria a metafísica simplista, segundo a qual o corpo corporativo só pode ser identificado com os funcionários individuais. Se a lei reconhecesse outras fontes significativas de danos como integrantes do corpo corporativo, ela poderia responsabilizar as empresas por outras lesões à sociedade que elas possam causar, incentivando-as a realizar as necessárias reformas internas.

Este artigo começa na Parte II, apontando a provável fonte de nossa duradoura negligência coletiva em relação ao corpo corporativo. A doutrina informa aos tribunais como identificar quando a empresa se envolve em má conduta. Contudo, “comportamento impróprio” é um amálgama de dois elementos: um ato, ou seja, uma conduta, e um estado mental, vale dizer, aquilo que torna essa conduta imprópria. Nós, doutrinadores contemporâneos, que analisamos e criticamos a lei penal, herdamos essa junção de categorias.

A Parte III do artigo procura separar essa junção normativa. Os elementos da conduta e do estado mental da responsabilidade corporativa compreendem instâncias diferentes na legislação penal. Ao deixar de separá-los, o cenário bidimensional da responsabilidade corporativa se torna unívoco. Para captar a nuance que a investigação da responsabilidade penal precisa possuir, a lei deve isolar as contribuições distintas do corpo corporativo e da mente corporativa. Nesse sentido, a principal contribuição teórica deste artigo encontra-se, justamente,

na Parte III, onde são definidos cada um desses dois elementos, estabelecendo-se, claramente, a distinção entre eles.

A Parte IV ilustra algumas das atividades que a corporação pode realizar. Poucos doutrinadores parecem ser favoráveis ao modelo atual de atribuição de responsabilidade penal da pessoa jurídica, mas eles criticam pelos motivos errados. Com efeito, a maioria dos acadêmicos acha que a lei penal é excessivamente severa porque responsabiliza as empresas pela má conduta de todo e qualquer funcionário, inclusive aqueles de baixo escalão ou aqueles que agem objetivando o ganho pessoal. Assim como ocorre com a lei, a maioria da doutrina tende a confundir as duas dimensões da investigação sobre a responsabilidade penal corporativa. Se os doutrinadores distinguíssem o corpo corporativo da mente corporativa, eles provavelmente não endossariam mais essa vertente unitária. Os críticos têm razão quando dizem que a regra atual é muito abrangente no que diz respeito à mente corporativa. Entretanto, conforme procuro argumentar abaixo, a lei penal ignora partes potencialmente importantes do corpo corporativo, como, por exemplo, aquelas demonstradas pelas teorias da ação agregada de funcionários e dos sistemas organizacionais corporativos. Ao fazer isso, a legislação ignora fontes importantes de danos causados pelas empresas, prejudicando, assim, uma correta atribuição de responsabilidade penal ao ente moral.

Importa sublinhar que as restrições de espaço desse texto não permitem uma discussão minuciosa de todos os tipos de responsabilização corporativa. Portanto, vou me concentrar naquela de natureza penal.¹⁶ Apesar dos delitos empresariais estarem longe de representar todas as formas de desvio corporativo, as doutrinas operacionais de responsabilidade são familiares na parte geral da legislação penal. O Direito Penal é um caso de teste útil devido à sua distinção linguística mais apurada entre “*actus reus*” e “*mens rea*”. Apesar dos argumentos abaixo poderem ter ressonância em outros tipos de responsabilidade empresarial, eles precisariam de alguns ajustes para se encaixarem perfeitamente.

Embora os estudiosos da responsabilidade civil discutam de forma mais flexível o que eu chamo de corpo corporativo, eles o fazem em grande parte dentro da estrutura da doutrina lá existente até os dias atuais.¹⁷ Este artigo tenta ir além da análise sobre se os empregados devem

¹⁶ Para uma breve compreensão do estado atual do Direito Penal Empresarial, vide: DIAMANTIS, Mihailis E. & LAUFER, William S. *Prosecution and Punishment of Corporate Criminality*. In *Annual Review of Law and Social Science*. Vol. 15, 2019, p. 453.

¹⁷ Em termos gerais, vide: HORNBECK, Patrick. *Respondeat Superior Vicarious Liability for Clergy Sexual Abuse: Four Approaches*. In *Buffalo Law Review*. Vol. 68, 2020, p. 975 (discutindo a responsabilidade da

ou não ser incluídos como partes do corpo corporativo. Na verdade, é preciso adotar uma abordagem mais abrangente, levando em conta se outros aspectos das corporações, possivelmente não humanos, também devem ser incluídos nessa análise.

O Direito Penal Empresarial é, igualmente, um ponto de partida atraente para a presente reflexão porque as “apostas” para se obter uma resposta certa são muito altas. Com efeito, a perda econômica atribuível aos crimes empresariais supera todos os outros crimes, na proporção de vinte para um.¹⁸ A maioria dos crimes de colarinho branco ocorre em ambientes institucionais – como locais de trabalho corporativos – que fornecem as condições prévias necessárias ao seu cometimento, como o acesso às informações, aos mercados e às tecnologias.¹⁹

Há mais de um século, a Suprema Corte dos EUA reconheceu que o Direito Penal é uma ferramenta essencial para a prevenção e controle dos crimes empresariais.²⁰ As companhias podem (des)incentivar, (des)capacitar e (des)permitir que os seus integrantes realizem más condutas.²¹ A falta de aptidão em “calibrar” o alcance legal sobre o corpo corporativo tem

Igreja por abusos sexuais praticados por padres; BAROCAS, Solon & SELBST, Andrew. *Big Data's Disparate Impact*. In *California Law Review*. Vol. 104, 2016, p. 671 (discutindo a responsabilidade corporativa por discriminação através de algoritmos).

¹⁸ Compare HUFF, Rodner; DESILET, Christian & KANE, John. *The 2010 National Public Survey on White Collar Crime*. Vol. 12, 2010, in <http://www.fraudaid.com/library/2010-national-public-survey-on-white-collar-crime.pdf> (“[O] custo anual aproximado do crime de colarinho branco [está] entre US\$ 300 e US\$ 660 bilhões.”), com McCOLLISTER, Kathryn E.; FRENCH, Michael T. & FANG, Hai. *The Cost of Crime to Society: New Crime-Specific Estimatives for Policy and Program Evaluation (2010)*, in <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2835847> (“Mais de 23 milhões de crimes foram cometidos em 2007, resultando em aproximadamente US\$ 15 bilhões em perdas econômicas para as vítimas.”).

¹⁹ GREEN, Stuart P. *Moral Ambiguity in White Collar Criminal Law*. In *Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy*. Vol. 18, 2004, pp. 501-510 (“Muitos dos [crimes de colarinho branco] mencionados acima são mais prováveis de ocorrer dentro do contexto de instituições complexas, como grandes corporações, grupos empresariais e agências governamentais.”).

²⁰ *New York Central & Hudson River Rail Road. Co. vs. United States*, 212 U.S., 1909, pp. 481 e 494-495 (“Nessa modalidade delituosa não vemos nenhuma boa razão para que as corporações não possam ser criminalmente responsabilizadas. (...) Se não fosse assim, muitos delitos poderiam ficar impunes e muitos atos poderiam ser cometidos em violação da lei onde, como no presente caso, a legislação determina que todas as pessoas, físicas e jurídicas, se abstenham de certas práticas, proibidas em nome do interesse da ordem pública.”).

²¹ Vide BUELL, Samuel W. *Criminal Procedure Within the Firm*. In *Stanford Law Review*. Vol. 59, 2007, pp. 1613-1625, (“A responsabilização da empresa tem sido a principal resposta do sistema de justiça criminal para ambos os problemas: como as empresas incentivam seus agentes *ex ante* a cumprir ou violar a lei, e como as empresas impedem ou auxiliam o poder público na detecção e na punição das violações *ex post*.”).

criado embaraços para que as empresas invistam em compliance efetivo.²² O resultado disso é termos mais vítimas, mais custos sociais e menos justiça. A lei pode fazer melhor.

2. O DESAPARECIMENTO DO CORPO CORPORATIVO

A responsabilidade penal da pessoa jurídica tem surgido e desaparecido ao longo dos séculos. No passado, as corporações não tinham corpos reconhecidos pelo Direito Penal.²³ Elas tampouco tinham mentes. Como observado pela Suprema Corte do Missouri, em meados do século XIX: “[U]m banco é uma corporação, portanto ele não pode proferir palavras, não tem língua; não tem mãos para cometer um assalto ou para agredir alguém; não tem mente, coração ou alma para ser guiado pela malícia.”²⁴

Neste sentido, a doutrina *ultra vires* limitou a capacidade do Direito Penal de enxergar as corporações de maneira autônoma.²⁵ De acordo com essa doutrina, as corporações literalmente não *pensam* ou *fazem* nada de errado porque – por uma premissa legal – elas nunca podem pensar ou fazer nada além do objeto social legalmente constituído. Os primeiros contratos constitutivos de empresas limitavam o seu objeto social para certas finalidades, tais como a realização de obras públicas, construções de ferrovias ou instalações de sistemas hidráulicos.²⁶ Eles não estabeleciam, como fazem os modernos contratos sociais,²⁷ a busca

²² Vide DIAMANTIS, Mihailis E. *Functional Corporate Knowledge*. In William & Mary Law Review. Vol. 61, 2019, pp. 319-329 (discutindo a preocupação de que a lei poderia super ou sub incentivar as empresas para investir em compliance).

²³ Vide *Bank of Ithaca vs. King*, 12 Wend., N.Y. Sup. Court, 1834, p. 390 (“Certamente [uma corporação] não tem corpo físico. Não tem existência material, é incapaz de realizar atividade laborativa e, portanto, não pode ser compelida a realizar uma impossibilidade.”).

²⁴ *Childs vs Bank of Mo.*, 17 Mo., 1852, pp. 213-215.

²⁵ Vide HARNÓ, Albert J. *Privileges and Powers of a Corporation and the Doctrine of Ultra Vires*. In The Yale Law Journal. Vol. 35, 1925, pp. 13-23. Vide, também, o verbete *Ultra Vires* no Black's Law Dictionary, 11th ed., 2019 (onde a expressão se encontra definida como sendo “não autorizado”, “além do escopo da faculdade conferida ou permitida pela lei ou por um contrato social”). Em termos gerais, vide: THOMAS, W. Robert. *How and Why Corporations Became (and Remain) Persons Under the Criminal Law*. In Florida State University Law Review. Vol. 45, 2018, pp. 479 e 508-510 (discutindo as mudanças nas relações políticas sobre a doutrina *ultra vires* tanto no Direito Civil como no Direito Penal).

²⁶ Vide *Constructive Notice of the Charter of a Corporation*. In Harvard Law Review. Vol. 26, 1913, pp. 531-541 (“Nos primórdios das corporações, quando os alvarás de funcionamento eram concedidos, com parcimônia, por atos da administração pública, e geralmente para fins quase públicos, um alvará era considerado como um privilégio muito especial.”).

²⁷ Vide *2020 Delaware Code, Title 8 (Corporations), Chapter 1 (General Corporation Law), § 101* [“Uma corporação pode ser constituída ou organizada de acordo com este Capítulo para conduzir ou promover qualquer negócio ou propósito legal, salvo disposição em contrário existente na Constituição ou nas leis deste Estado]. Vide, também, HENNING, Peter J. *The Conundrum of Corporate Criminal Liability: Seeking A Consistent Approach to the Constitutional Rights of Corporations in Criminal Prosecutions*. In Tennessee Law Review. Vol. 63, 1996, pp. 793-806 (“No final do século XIX, os Estados deixaram de restringir os alvarás de

ampla e ilimitada de qualquer propósito econômico lucrativo e, naturalmente, não previam a prática de atividades criminosas. Isso não significava que não havia a perpetração de infrações empresariais, pois, não raro, os integrantes das corporações faziam mau uso de suas funções para a obtenção de vantagens pessoais.²⁸ Entretanto, até a virada do século XIX para o XX, os dirigentes e empregados praticavam atos ilícitos no âmbito de suas atividades individuais, não como extensões das corporações às quais pertenciam.²⁹ Nesse contexto, o sistema de justiça criminal, bem como as finalidades dissuasórias da lei somente incidiam sobre as pessoas físicas.

Contudo, na medida em que o Direito Penal se livrava das restrições da doutrina *ultra vires*, começou-se a reconhecer que as empresas eram capazes de agir, elas próprias, de forma prejudicial, mesmo antes de se considerar que elas também poderiam pensar de forma errada.³⁰ A atualmente negligenciada distinção entre o corpo corporativo e a mente corporativa já teve, no passado, uma função muito importante na Teoria do Direito, apesar de ter sido de curta duração. Na verdade, desde muito tempo que o Direito Civil se utiliza da doutrina do *respondeat superior* para definir a capacidade de ação das empresas.³¹ Essa teoria identifica o corpo corporativo com os corpos dos seus funcionários. Dessa forma, uma empresa se envolvia em má conduta ilícita juntamente com a conduta dos seus integrantes, desde que eles agissem dentro dos objetivos do seu trabalho e com alguma intenção de beneficiar a empresa.³²

funcionamento de empresas, com limitados objetos sociais, passando a permitir que elas se constituíssem livremente, permitindo ainda que elas pudessem atuar com qualquer finalidade lícita.”).

²⁸ Vide, e.g., *The Case of the Carrier Who Broke Bulk Annon vs. The Sheriff of London*. In YB 13 Edw. 4, fol. 9, Pasch, 1473, p. 5. Reimp. in *Selden Society*. Vol. 64, 1945, p. 30.

²⁹ LIPTON, Daniel. *Corporate Capacity for Crime and Politics: Defining Corporate Personhood at the Turn of the Twentieth Century*. In *Virginia Law Review*. Vol. 96, 2010, pp. 1911-1926 (“Sob o entendimento prevalente do *Common Law*, os atos criminais de uma empresa (...) eram considerados *ultra vires*.”).

³⁰ Historicamente, essa também tem sido a tradição nos países do *Civil Law* que eram céticos com relação à capacidade das corporações de terem *mens rea* culpáveis. Neste sentido: “Salvo algumas exceções, a máxima *societas delinquere non potest* ainda é firmemente reconhecida no *Civil Law*” (MUELLER, Gerhard O.W. *Mens Rea and the Corporation*. In *University of Pittsburg Law Review*. Vol. 19, 1957, pp. 21-28) e “Os tribunais [da França] argumentam que a responsabilidade penal do ente moral seria inconciliável com o princípio da culpabilidade, ou seja, com a doutrina da *mens rea*, postulado basilar de todo do Direito Penal.” (*Idem*, p. 29).

³¹ SALMOND, John W. *The Law of Torts: A Treatise of the English Law of Liability for Civil Injuries*. 3rd Ed., 1912, pp. 57-58. Vide, por ex., *Philadelphia, Wilmington & Baltimore Rail Road. Co. v. Quigley*, 62 U.S., 1858, pp. 202 e 209-210 (“Como correlato necessário ao princípio do exercício dos poderes e das faculdades corporativos pelos seus representantes legais, é o reconhecimento da responsabilidade corporativa pelos atos desses representantes.”). Outrossim, há doutrinadores sustentando que a doutrina do *respondeat superior* remontaria aos tempos dos romanos. Neste sentido: HOLMES, Oliver Wendel. *Agency*. In *Harvard Law Review*. Vol. 4, 1891, pp. 345-350 (“A responsabilidade ilimitada do proprietário pelos ilícitos do seu escravo surgiu do que tinha sido, antes, o privilégio de pagar para resgatá-lo da vingança da parte ofendida, tanto no início do Direito Romano como no início do Direito Germânico.”).

³² Vide 18B AM. JUR. 2D *Corporations*..., nota de rodapé n. 3, *supra*.

Quando o Direito Penal reconheceu a possibilidade da ocorrência de infrações penais por parte da empresa, ele inicialmente limitou o *respondeat superior* aos atos dos empregados. Na ocasião, as companhias só podiam ser condenadas por infrações de responsabilidade objetiva,^{NT-3} às quais a lei exigia apenas a comprovação do ato, sendo dispensada a prova do estado mental criminoso.³³ Os tribunais passaram a considerar que as corporações tinham a capacidade de causar danos jurídico-penais por intermédio das condutas dos seus empregados, mas elas não possuiriam o arcabouço mental necessário para evidenciar a intenção criminosa e, tampouco, tinham a culpabilidade exigida para os crimes em geral.

Todavia, em 1909, a Suprema Corte reconheceu as deficiências de se restringir a punição da pessoa jurídica somente para as infrações de responsabilidade objetiva. Mas a mudança para uma aplicação mais extensiva necessitava de uma construção normativa mais ampliada, segundo a qual as empresas poderiam tanto ter pensamentos como corpos para atuar.³⁴ No Caso *New York Central & Hudson River Railroad vs. United States*,³⁵ a Suprema Corte aceitou a contestação de possível violação do devido processo legal apresentada pelos acionistas de uma companhia ferroviária que havia sido condenada nas instâncias inferiores,

^{NT-3} Optou-se por denominar de *responsabilidade objetiva* a expressão jurídica inglesa *strict liability*, considerando que se trata de uma modalidade infracional na qual a responsabilização se dá sem a aferição do elemento subjetivo, mas tão-somente em razão do vínculo objetivo entre o sujeito e o resultado desvalioso. Neste sentido, Sanford H. Kadish *et al* lecionam que a *strict liability* compreende “casos onde a responsabilidade penal é aplicada sem nenhuma exigência de culpabilidade, nem mesmo a negligência, no que diz respeito a realização do elemento material da infração.” (KADISH, Sanford H.; SCHULHOFER, Stephen J.; BARKOW, Rachel E. *Criminal Law and its Process. Cases and Materials*. 10th Ed. New York: Wolters Kluwer, 2017, p. 303). Segundo Daniela Holler Branco, cuidam-se de imputações similares às *infrações penais de menor potencial ofensivo*, apenadas com sanções pecuniárias (BRANCO, Daniela H. Responsabilidade penal das corporações: lições dos sistemas jurídicos anglo-americanos. *Revista dos Tribunais*. Vol. 862, 2007, pp. 463-484. Disponível em <http://www.cpjm.uerj.br/wp-content/uploads/2021/04/BRANCO-Daniela-RPPJ-Sistemas-Anglo-Americanos.pdf>). (NT).

³³ Vide, por ex., *Overland Cotton Mill Co. vs. People*, 75, Colo. 1904, pp. 924-926 (considerando uma corporação responsável por não observar estritamente os termos da lei, muito embora não tenha sido evidenciado o desrespeito intencional de suas disposições). Vide, também, o *Model Penal Code*, § 2.07(2) (“Quando a responsabilidade objetiva é imposta pela prática de uma infração, a argumentação legal para impor essa punição à uma corporação deve ser demonstrada, a menos que fique claramente evidenciada a sua desnecessidade.”).

³⁴ William Robert Thomas sustenta que o reconhecimento da responsabilidade penal da pessoa jurídica remontaria a época anterior ao julgado da Suprema Corte de 1909. Vide THOMAS, W. Robert. *Incapacitating Corporate Criminal*. In *Vanderbilt Law Review*. Vol. 72, 2019, pp. 905 e 914-915. Vide, também, THOMAS, W. Robert. *How and Why Corporations Became (and Remain) Persons Under the Criminal Law...*, nota de rodapé n. 25, *supra*, p. 513 (incluindo fontes para a proposição de que “a Suprema Corte dificilmente se encontrava na vanguarda dessa inovação, pois os tribunais estaduais já haviam responsabilizado criminalmente as corporações por diversos de crimes de intenções em geral, entendendo igualmente para crime de intenções específicas.”)

³⁵ *New York Central & Hudson River Rail Road. Co. vs. United States*, 212 U.S., 1909, p. 481.

por oferecer descontos ilegais para determinados clientes.³⁶ No caso, a questão do *estado mental* para o crime foi o grande ponto de discussão doutrinária. Se a companhia ferroviária oferecesse, proposital ou conscientemente, tarifas com desconto em benefício de certos clientes, ela seria culpada de uma infração penal.³⁷ Aplicar o *respondeat superior* aos elementos de estado mental, como a acusação havia pedido à Corte, daria consciência e vontade às corporações, atribuindo a elas não apenas os atos de seus empregados, mas, igualmente, seus pensamentos também. Isso também implicava na transferência indireta para ela da culpabilidade dos seus funcionários, em uma possível afronta, segundo a defesa, do devido processo legal.

Em uma decisão baseada – conforme a própria Suprema Corte admitiu – mais em “política criminal” do que em uma análise “técnico-jurídica”, considerou-se que a ascensão das corporações à proeminência econômica nas modernas sociedades necessitava ser acompanhada de novas ferramentas de controle.³⁸ Não seria mais aceitável que as leis e os códigos restringissem a punição das corporações às infrações de responsabilidade objetiva. Para dar essa guinada de rumo, as leis penais deveriam reconhecer que as empresas poderiam ter *mens rea*. Foi isso que a Suprema Corte fez naquele caso:

“A corporação, que lucra com as transações comerciais, e que só pode atuar por intermédio de seus agentes e diretores, deve ser punida com multa criminal em razão do conhecimento e da intenção desses integrantes, (...) cujos atos praticados, com conhecimento e vontade, podem muito bem ser atribuídos à corporação para a qual eles atuam.”³⁹

Atualmente, o *respondeat superior* define o perímetro tanto do corpo corporativo quanto da mente corporativa. Mas uma coisa curiosa aconteceu desde o *New York Central*: nós perdemos a percepção de que o *respondeat superior* está, na verdade, cumprindo uma dupla função. A doutrina e a jurisprudência, seduzidas pela simplicidade da fórmula do *respondeat superior*, passaram a discorrer sobre crime empresarial, mas sem fazer a distinção entre atos criminosos e estados mentais culpáveis. O único limite atualmente existente para a desastrosa utilização dessa doutrina tem sido o “bom senso dos Procuradores”,⁴⁰ mas esse bom senso pouco ajuda no que diz respeito ao corpo corporativo. Desde os primórdios do Memorando de

³⁶ *Idem*, pp. 490-492.

³⁷ 49 U.S. Code § 14903, 2018. [*Tarif violations*].

³⁸ *New York Central & Hudson River Rail Road. Co. vs. United States*, 212 U.S., 1909, p. 495.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ Vide *United States vs. Dotterweich*, 320 U.S., 1943, pp. 277-285.

Eric Holder, de 1991, para que os Procuradores norte-americanos formulassem imputações penais às pessoas jurídicas,⁴¹ a política do Departamento de Justiça (DOJ) herdou a aspereza conceitual daquela doutrina. O *Holder Memo* afirma que “uma corporação pode ser responsabilizada criminalmente pelos atos ilegais de seus diretores, executivos, funcionários e agentes”.⁴² A imputação à empresa por “ilícitos penais” pressupõe que o *actus reus* e a *mens rea* caminhem juntos.

Deixar de perceber que o corpo corporativo e a mente corporativa são instâncias distintas da aplicação da lei pode atrapalhar a análise jurídica do caso concreto, bem como os esforços de reforma da legislação penal. Como observado por um doutrinador, alguns tribunais “perquirem se o indivíduo cuja conduta forneceu a base para a imputação de responsabilidade à corporação. representava o ‘cérebro’ da organização.”⁴³ Esse tipo de indagação claramente confunde mente e corpo, como se cérebro e mão fossem a mesma coisa. Outra doutrinadora escreveu que “as ações dos funcionários podem ser agregadas e imputadas à corporação como um todo”, mas depois, de forma contraditória, cita um caso em que o tribunal agregou o ato de um funcionário com o estado mental de outro.⁴⁴ Na discussão dos crimes empresariais, muitos estudiosos transitam facilmente de um lado para o outro, isto é, entre corpo corporativo e mente corporativa.⁴⁵

Os doutrinadores contemporâneos não merecem ser censurados. Na verdade, o *respondeat superior*, que define os termos da maioria das discussões, aplica-se tanto aos atos como aos estados mentais. Portanto, é compreensível juntar corpo e mente em uma análise crítica. Na época que precedeu ao julgamento do *New York Central* – quando as empresas

⁴¹ Memorando de Eric Holder, então Procurador-Geral, datado de 16 de junho de 1999, recomendando às Procuradorias dos EUA a apresentação de denúncias criminais contra as corporações infratoras [*The Holder Memo on Prosecuting Corporation*, doravante *Holder Memo*].

⁴² *Ibidem*.

⁴³ COFFEE JR., John C. *Does “Unlawful” Mean “Criminal”?: Reflections on the Disappearing Tort/Crime Distinction in American Law*. In *Boston University Law Review*. Vol. 71, 1991, pp. 193-230.

⁴⁴ VU, Stacey Neumann. *Corporate Criminal Liability: Patchwork Verdicts and the Problem of Locating a Guilty Agent*. In *Columbia Law Review*. Vol. 104, 2004, pp. 459-471.

⁴⁵ Vide, BUELL, Samuel W. *The Blaming Function of Entity Criminal Liability*. In *Indiana Law Journal*. Vol. 81, 2006, pp. 473-526 (“Logicamente, quanto mais firmemente estiver a norma relativa à *culpabilidade institucional*, mais a responsabilidade criminal da entidade conterà a sua justificação, força e utilidade como meio de educação (...) Uma norma que considera virtualmente todos os crimes cometidos por agentes institucionais, em contextos institucionais, como sendo *crimes institucionais*, seria fácil de aplicar, mas claramente não se enquadraria em nenhum argumento persuasivo da relação existente entre *efeitos institucionais e conduta individual*.”) (grifou-se).

tinham, legalmente, o corpo, mas não o pensamento⁴⁶ – o corpo corporativo e a mente corporativa eram distinguidos com mais cuidado. A fusão dos dois elementos parece ter sido parte de um esforço hermenêutico deliberado. Desse modo, poucos anos depois do *New York Central*, Henry W. Edgerton apresentou a seguinte análise do caso no *The Yale Law Journal*:

“A tradição de que os movimentos físicos dos representantes de uma corporação podem, mas seus estados mentais não podem, ser atribuídos a ela, para fins de responsabilidade criminal, parece ser tão inepta quanto persistente. Não há motivo para tal distinção entre as várias partes do animal humano; se o que suas mãos fazem pode ser adequadamente imputado à corporação para a qual a pessoa atua, o que seu cérebro faz pode ser igualmente atribuído a ela, e com igual pertinência.”⁴⁷

Desde então, estamos vivendo no mundo de Edgerton.

3. REMEMBRANDO O CORPO CORPORATIVO

Com efeito, o Direito Penal Empresarial era mais rico, em termos teóricos, antes do Caso *New York Central* e do paradigma estabelecido por Henry W. Edgerton. De acordo com o entendimento geral, *respondeat superior* cuidou-se de uma “doutrina [para] responsabilizar uma empresa (...) pelos atos ilícitos do [seu] empregado”.⁴⁸ Mas isolar o “ato ilícito” como unidade de análise é muito grosseiro. Na verdade, há dois componentes para o enquadramento dos atos ilícitos perante o Direito Penal: *actus reus* e *mens rea*. Cada um deles preenche uma função distinta, separando os agentes culpados dos inocentes.⁴⁹ NT-4 Para cancelar a

⁴⁶ Vide HACKER, Ervin. *Penal Ability and Responsibility of the Corporate Bodies*. In *Journal of Criminal Law & Criminology*. Vol. 14, 1923, pp. 91-97. (observando que, na medida que o poder das companhias se expandia, os legisladores e os tribunais de justiça também expandiam a responsabilidade penal da pessoa jurídica para além dos atos dos seus funcionários, responsabilizando-as por “vontade e ação”).

⁴⁷ EDGERTON, Henry W. *Corporate Criminal Liability*. In *The Yale Law Journal*. Vol. 36, 1927, pp. 827 e 840-841.

⁴⁸ Verbete *Respondeat superior*. In *Black’s Law Dictionary*, 11th ed., 2019.

⁴⁹ Como regra geral, ambos são necessários. Vide *United States vs. Apfelbaum*, 445 U.S., 1980, pp. 115-131 (“Na lei penal, tanto o *mens rea* culpável quanto o *actus reus* criminal são, via de regra, necessários para que o delito ocorra.”). A maioria dos crimes empresariais de maior relevância exige o requisito do estado mental. Vide DIAMANTIS, Mihailis E. *The Extended Corporate Mind: When Corporations Use AI to Break the Law*. In *North Carolina Law Review*. Vol. 91, 2020, pp. 893-909.

NT-4 Sobre a teoria do delito adotada pelo direito brasileiro: “[C]ostuma-se conceituar o crime como a conduta (ação ou omissão) típica, antijurídica e culpável, conforme proposto pela doutrina penal alemã, a mais influente no Brasil, como também nos demais Estados latino-americanos e parte da Europa continental (entre outros, Áustria, Espanha, Portugal e Itália). É certo, porém, que há outros modelos teóricos destinados à conceituação do crime, distintos da matriz alemã, como na França, na Inglaterra e nos Estados Unidos, onde, embora se faça referência aos elementos material (*actus reus*) e moral (*mens rea*), além de causas de exclusão da

aplicabilidade da lei penal, devemos avaliar o *respondeat superior* em duas etapas: uma, no tocante ao corpo corporativo; a outra, com relação à mente corporativa.

Com o objetivo de recuperar a nuance conceitual outrora existente, a lei penal deve relembrar a esquecida distinção entre o corpo corporativo e a mente corporativa. Na verdade, as pessoas agem com seus corpos e pensam com suas mentes. Portanto, a gama de atos e pensamentos que a lei deve avaliar encontra-se diretamente relacionada à sua compreensão de corpos e mentes. Essa verdade conceitual é ainda mais significativa quando as “pessoas” em questão cuidam-se de corporações, que podem agir e pensar apenas nos termos da lei e cujos corpos e mentes são, eles próprios, construções normativas.⁵⁰ Embora o Direito Penal devesse ter duas construções teóricas distintas de imputação que pudessem responder aos diferentes papéis que o corpo e a mente desempenham na justiça criminal, ele somente tem uma: a empresa (corpo e mente) corresponde aos seus empregados (corpos e mentes).⁵¹

3.1 A MENTE CORPORATIVA

Separar a mente do corpo exige definições que respondam aos papéis distintos que cada qual desempenha na justiça criminal. Os pensamentos são os locais dos estados mentais, e os estados mentais servem como dimensão da culpabilidade pelo dano causado. Um dano sem culpabilidade geralmente é apenas isso – mero dano sem relevância penal. O acréscimo da *mens rea* – negligência, imprudência, conhecimento ou intenção – muda a interpretação de maneira fundamental. A modalidade do estado mental, presente no caso concreto, fornece a medida da culpabilidade, estando a negligência na extremidade inferior e a intenção na extremidade superior da escala axiológica.

O papel desempenhado pela dimensão subjetiva do Direito Penal sugere a seguinte definição abstrata da mente corporativa:

responsabilidade penal e outros institutos semelhantes àqueles preconizados pelo sistema romano-germânico, sem, todavia, repetir a mesma estrutura.” (SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo A. *Direito Penal. Parte Geral*. 3ª Ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2023, pp. 176-177). (NT).

⁵⁰ *Dictionary Act*, 1 U.S.C. § 1, 2018, (definindo o que se entende por “pessoa”). Vide *Shoe Co. vs. Washington*, 326 U.S., 1945, pp. 310-316: “[A] personalidade da empresa é uma ficção, porém é uma ficção destinada a ser interpretada como se fosse um fato (...)”

⁵¹ A definição doutrinária é mais complexa do que a ora apresentada de forma introdutória, incluindo importantes limitações teóricas. Eu aprofundo esse tópico mais abaixo (vide a discussão na Parte IV.A *infra*).

A mente corporativa (relativizada): Os aspectos, mecanismos e características de uma corporação, em relação aos quais os estados mentais culpáveis são legalmente a ela atribuídos.⁵²

Como esta definição se refere aos danos legalmente imputáveis às companhias, ela é propositalmente relativizada dentro do sistema legal. Ao verificar de que maneira a lei atribui às empresas certos estados mentais culpáveis, pode-se inferir uma implícita teoria de mente corporativa. De acordo com a legislação atual dos EUA, a mente corporativa supervisiona as mentes de seus funcionários individuais, desde que eles estejam atuando no âmbito de seus empregos e tenham a intenção de beneficiar a corporação.⁵³ Uma teoria deficiente da mente corporativa puniria as empresas – mesmo quando estas não fossem verdadeiramente culpadas –, ignoraria a culpabilidade corporativa – quando ela estivesse presente – e não ajudaria o Direito Penal na realização das suas finalidades preventivas. Os doutrinadores que, como Laufer e Bucy, propõem diferentes medidas de culpabilidade empresarial, formulam teorias aspiracionais concorrentes da mente corporativa.⁵⁴ Esses autores acreditam que o *respondeat superior* é uma teoria deficiente para a mente corporativa, procurando, assim, substituí-la.⁵⁵ Como a mente corporativa já é objeto de intensa discussão teórica, não vou me alongar sobre ela.⁵⁶

3.2 O CORPO CORPORATIVO

Os corpos cumprem um papel diferente no Direito Penal. Em última análise, as pessoas só podem ser punidas criminalmente pelas ações que praticam.⁵⁷ Isoladamente considerada, a

⁵² Mais uma vez, o foco está nos estados mentais *culpáveis*. Fora do Direito Penal da Empresa, como no caso da celebração de contrato entre empresas, uma definição mais ampla abrangeria outras características de estados mentais (como, por exemplo, a real concordância com as cláusulas de um contrato).

⁵³ KHANNA, V.S. *Is the Notion of Corporate Fault A Faulty Notion?: The Case of Corporate Mens Rea*. In Boston University Law Review. Vol. 79, 1999, pp. 355 e 369-370 (“As Cortes federais se valem do *respondeat superior* para imputar o ato e a mente de *um só agente* para toda a corporação.”).

⁵⁴ Vide LAUFER, William (*Corporate Bodies and Guilty Minds*) e BUCY, Pamela H. (*Corporate Ethos: A Standard for Imposing Corporate Criminal Liability*), respectivamente, nas notas de rodapé n. 11 e 12, *supra*.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ Eu me detenho detalhadamente sobre essa questão em: DIAMANTIS, Mihailis. *Corporate Criminal Minds...*, nota de rodapé n. 8, *supra*.

⁵⁷ Naturalmente, as pessoas também podem ser responsabilizadas pela inação, ou seja, por *omissões*. Para ser responsabilizado a título de omissão, o imputado deve ter tido a capacidade de poder praticar o ato omitido. Assim, a atribuição de responsabilidade penal por comportamento omissivo necessita de uma específica teoria da conduta. Além disso, às vezes imputamos a algumas pessoas os atos realizados por outras, como no caso em que o agente contrata um indivíduo para matar sua vítima. No caso, dizemos que o agente é ainda culpado por homicídio, embora não tenha puxado o gatilho, porque a sua responsabilização repousa nos atos que realizou (contratar o matador).

disposição mental não tem efeitos prejudiciais tangíveis, sendo penalmente irrelevante.⁵⁸ Os corpos ajudam o Direito Penal a decifrar quando um ato ocorreu e quem foi o seu autor. As ações externas são importantes para a justiça criminal porque ajudam a estabelecer a relação de causalidade entre os danos e os seus responsáveis. Uma lesão que não se origina de uma ação – por exemplo, um prédio que desaba por força de um terremoto ou alguém que é atacado por um urso em uma trilha de caminhada – não é penalmente relevante. Quando um galho cai e racha o crânio de uma pessoa, faz toda a diferença saber se ele caiu naturalmente da árvore ou se outra pessoa o balançou até cair. Ao descobrir quem estava com a mão balançando o galho, a lei penal pode imputar a lesão sofrida pela vítima ao seu verdadeiro responsável.

Em que pesem essas considerações, a caracterização do corpo corporativo exige uma construção teórica distinta da caracterização das ações das pessoas individuais. O corpo da pessoa física precede a norma. Sob o aspecto legal, não há grande esforço teórico a ser feito.⁵⁹ Os seres humanos têm um perímetro corpóreo intuitivo e contíguo ao seu organismo. Em contraste, o corpo corporativo é uma construção inteiramente normativa.⁶⁰ Ele existe tão-somente da maneira e na medida em que a lei estabelece. Isso faz com que o esforço para definir o corpo corporativo seja, ao mesmo tempo, libertador e assustador. A lei deve estabelecer a sua definição porque esta não pode ser encontrada em nenhum outro lugar. Mas a lei pode igualmente estabelecer uma definição que responda, de forma satisfatória, a uma sólida política criminal.

Podemos fazer uma engenharia inversa da definição implícita de corpo corporativo em um determinado sistema jurídico, focando no papel que os corpos devem desempenhar – ou seja, associando os danos aos seus responsáveis. Conforme explicado acima, a lei estabelece

⁵⁸ MENDLOW, Gabriel S. *Why Is It Wrong to Punish Thought?* In *The Yale Law Journal*. Vol. 127, 2018, pp. 2342-2345 (“É uma máxima venerável da justiça penal a de que o Estado nunca deve punir as pessoas por seus meros pensamentos.”) [NT: Conforme o brocardo atribuído a Ulpiano, *cogitationis poenam nemo patitur*].

⁵⁹ Existem questões filosóficas interessantes sobre corpos humanos. Por exemplo, o perímetro de uma pessoa é amplo o suficiente para incluir partes protéticas ou o seu corpo está limitado a algum núcleo natural em sentido estrito? Em que pese a indagação filosófica, não se trata de uma questão juridicamente relevante. Suponha, por ex., que o agente agrida a vítima usando uma mão protética. Sob o aspecto legal, a responsabilidade não se altera, independente da mão protética fazer parte do corpo do agressor ou estar apenas presa a uma parte do seu corpo. Contudo, no que diz respeito às pessoas coletivas, todas as suas partes são artificiais. Não há como recorrer a um “núcleo natural” em sentido estrito e incontroverso.

⁶⁰ TRIBE, Laurence H. *Ways Not to Think About Plastic Trees: New Foundations for Environmental Law*. In *The Yale Law Journal*. Vol. 83, 1974, pp. 1315-1342 (“Embora a lei americana há muito aceite o status jurídico independente das corporações, nos dias atuais ninguém sugeriria que tais entidades são tudo menos construções legais”).

que as ações das pessoas jurídicas correspondem aos efeitos causados por seus corpos.⁶¹ Há uma relação tripartida entre as pessoas jurídicas, seus corpos e os efeitos legalmente causados por esses corpos. Quando esses efeitos são danosos – como são os casos que interessam ao Direito Penal e ao Direito Civil –, podemos triangular para uma teoria implícita do corpo corporativo, analisando como a lei associa os efeitos prejudiciais às pessoas jurídicas, tais como:

O Corpo Corporativo (relativizado): Os aspectos, mecanismos e características de uma corporação, cujos efeitos prejudiciais são legalmente atribuíveis a ela.⁶²

Assim como a definição de mente corporativa feita anteriormente, esta definição vincula o corpo corporativo a uma categoria que antecede a atribuição da responsabilidade à empresa. Em um sistema jurídico que não adota a responsabilidade penal da pessoa jurídica – como era o caso do Direito Penal dos EUA sob a vigência da doutrina *ultra vires* – não há relevância para os corpos corporativos. Modernamente, o *respondeat superior* passou a identificar amplamente o corpo corporativo com os corpos dos funcionários individuais. Os atos dos empregados – realizados dentro do âmbito de seu emprego e com alguma intenção de beneficiar a corporação – são atos da corporação. Os danos causados por esses atos são legalmente atribuíveis às pessoas jurídicas.⁶³

A definição relativizada do corpo corporativo é puramente descritiva. Ela diz apenas o que determinado sistema jurídico – pelo menos implicitamente – considera ser o corpo da pessoa jurídica. Para avaliar se um sistema jurídico caracteriza o corpo corporativo, de forma ampla ou estrita, precisamos de uma definição aspiracional mais idealizada, conectada com os objetivos mais amplos do Direito Penal Empresarial. Em contraste com o vigoroso debate a respeito da mente corporativa, propor uma definição idealizada do corpo corporativo ainda é um terreno teórico relativamente pouco explorado.

⁶¹ Os filósofos da ação também reconhecem a estreita conexão conceitual entre ação e causação. Eu realizo a ação de fechar o punho apenas apertando a minha mão. Se, ao fechar o punho, faço com que o ovo que está na palma da minha mão se quebre, eu causei igualmente a ação de quebrar o ovo.

⁶² Como o foco deste artigo é o Direito Penal, os efeitos nocivos são aqueles de natureza criminal. Para além do Direito Penal, esta definição também poderia incluir os efeitos benéficos.

⁶³ Naturalmente, esses danos são da mesma maneira atribuíveis aos empregados em suas capacidades individuais.

Deste modo, para se chegar a uma definição aspiracional, é útil voltar aos princípios iniciais. O Direito Penal Empresarial tem como objetivo punir aqueles que causam danos de forma culpável, evitando que esses danos se repitam. Uma visão ampla do corpo corporativo permitiria que o Direito Penal melhor alcançasse esses objetivos. Ao expandir a variedade de danos que podem ser considerados como danos corporativos, uma definição ampla permitiria que a lei fosse mais eficiente no controle social empresarial. Uma teoria excessivamente restrita do corpo corporativo deixaria de reconhecer, desde o início, quais danos seriam propriamente danos corporativos e, portanto, abortaria a investigação de responsabilidade muito cedo. Essas considerações motivam a definição a seguir apresentada:

O Corpo Corporativo (aspiracional): Os aspectos, mecanismos e características de uma corporação que causam danos.

Ao adotar um entendimento amplo da capacidade das empresas para produzir efeitos prejudiciais – e, portanto, um entendimento ampliado de seus corpos – o Direito Penal pode maximizar sua aptidão de punir as lesões que merecem reprovação, bem como prevenir as lesões com capacidade de serem prevenidas. A definição aspiracional da corporação fornece um ponto de referência para avaliar as definições relativizadas de corpo corporativo implícitas na lei.

Algumas observações sobre a definição aspiracional de corpo corporativo são necessárias. Os leitores devem ter notado que a definição aspiracional caracteriza o corpo corporativo em termos de causalidade ao invés de ação. Isso pode parecer intrigante, já que originalmente apresentei uma definição de corpo corporativo em termos de *atos* corporativos. Uma definição alternativa identificaria o corpo corporativo com as características, os aspectos e os mecanismos pelos quais as empresas agem de forma prejudicial. Mas um ato prejudicial é somente aquele que causa danos. Agir de forma prejudicial e causar danos são categoriais equivalentes para o Direito Penal. A vantagem de formular a definição aspiracional em termos de causalidade ao invés de ação é que a primeira usa o conceito mais familiar de causação corporativa, diversamente da obscura noção filosófica de ação coletiva.⁶⁴

⁶⁴ Rigorosamente falando, cuida-se de uma definição circular, pois pretendo caracterizar os atos societários em termos de corpo corporativo e o corpo corporativo em termos de causalidade corporativa, o que – como eu já disse – estaria ligado à ação da corporação. Quebrar esse círculo definitório exigiria um trabalho mais detalhado, mas que transcenderia as modestas ambições deste artigo. De todo modo, já comecei a dar alguns

A definição aspiracional é intencionalmente ampla. Alguns podem se preocupar com o fato de que isso levaria a uma expansão dramática e injustificada da responsabilidade penal da pessoa jurídica. No entanto, é preciso lembrar que o corpo corporativo é apenas a metade da investigação criminal. Em termos isolados, o fato de causar danos não é suficiente para a responsabilização empresarial. O estado mental culpável deve estar igualmente comprovado com o ato prejudicial. O corpo corporativo apenas ajuda a lei no sentido de identificar quando uma corporação satisfaz o requisito do *actus reus*. O impacto da definição aspiracional, caso viesse a ser adotada pela lei, seria significativamente atenuado pela exigência de comprovação da culpabilidade. Mesmo sob a definição aspiracional, nenhuma corporação seria responsabilizada por um dano ao qual não tivesse causado ao menos culposamente.

A proposta apresentada no parágrafo anterior pode, talvez, conduzir a uma preocupação oposta: a definição aspiracional consegue ir longe o suficiente? Afinal, se a definição pretende ser abrangente, ela poderia ser mais dilatada. Contudo, a minha definição propõe uma restrição de causalidade – somente os mecanismos, aspectos ou características das empresas que causam danos se qualificam como corpo corporativo. Ao remover a restrição de causalidade, um número maior de danos poderia ser atribuído às empresas.

Essa abordagem mais abrangente poderia não ser conveniente por vários motivos. Primeiro, ela geraria uma visão do corpo corporativo como onipresente. Embora possa haver alguns capitalistas que considerem essa visão deificada do corpo corporativo algo reconfortante, ela é profundamente contraintuitiva. Em segundo lugar, forçar a imputação de responsabilidade, considerando a culpabilidade de um investigado em situações nas quais o nexos causal está ausente, é um esforço inútil. Um suposto infrator que não tenha contribuído, de forma causal, para um determinado dano, não pode por ele responder e, tampouco, poderia vir a evitá-lo no futuro. Por fim, sem uma restrição de causalidade, o corpo corporativo não pode auxiliar a justiça criminal no sentido de associar possíveis infratores corporativos a determinados danos sociais. Se uma empresa é a fonte onipresente de todos os danos, de acordo com a definição operacional do corpo corporativo, então todas as demais empresas o serão. Isso significaria que todos os danos se tornariam atribuíveis a todas as corporações. O nexos de causalidade ajuda a restringir a imputação criminal a um conjunto de possíveis autores.

passos nessa direção. Vide DIAMANTIS, Mihailis E. *Algorithms Acting Badly: A Solution from Corporate Law*. In *The George Washington Law Review*. Vol. 89, 2021, pp. 801-856.



A definição aspiracional refere-se vagamente aos danos causados pelas empresas. É evidente que nem todos os danos são penalmente relevantes. Alguns são muito pequenos para serem levados em consideração pelo Direito Penal, como, por exemplo, um dano estético de um logotipo mal projetado. Outros podem ser superados em razão dos benefícios sociais que concomitantemente trazem, como, por exemplo, um hipotético dano causado a uma determinada empresa em razão da colocação no mercado de um produto superior por parte de um concorrente. Outros, ainda, podem simplesmente estar além dos interesses legítimos do Direito Penal, como, por exemplo, os danos causados a alguns grupos de interesse pelo discurso corporativo eficaz. Em vez de tentar insistir na tarefa hercúlea de categorizar todos os possíveis danos, o caminho seguro que eu prefiro trilhar é usar a expressão “dano” no sentido das modalidades de lesões para as quais o Direito Penal deve atualmente se preocupar, quais sejam, o conjunto de lesões que, quando causados de forma culpável, sujeitam os seus autores às sanções de natureza penal. Os leitores que consideram pouco atraente o âmbito de preocupação do Direito Penal atual, devem substituir pela sua definição preferida de dano juridicamente relevante.

4. COLOCANDO O CORPO CORPORATIVO PARA TRABALHAR:

RESPONDEAT INFERIOR

Esta parte do artigo apresenta algumas das tarefas que a conceituação do corpo corporativo pode trazer. Objetiva-se oferecer uma nova perspectiva crítica sobre questões centrais do Direito Penal Empresarial. Ao utilizar as lentes do corpo corporativo, podemos ver melhor as características – geralmente negligenciadas – sobre o que funciona e o que não funciona, e o por quê.

Respondeat superior é o principal marco teórico, mas também o maior obstáculo do Direito Penal da Empresa. Nenhum doutrinador que eu conheça o adota de forma incondicional, independentemente daqueles que apoiam⁶⁵ ou se opõem⁶⁶ à responsabilidade penal da pessoa jurídica. Em linhas gerais, aquela doutrina sustenta que as empresas pensam o que seus funcionários individuais pensam, e que fazem o que os seus funcionários individuais fazem.

⁶⁵ Vide LAUFER, Willian S. *Corporate Bodies and Guilt Minds...*, nota de rodapé n. 11, *supra*, p. 678.

⁶⁶ HASNAS, John. *The Centenary of a Mistake: One Hundred Years of Corporate Criminal Liability*. In *American Criminal Law Review*. Vol. 46, 2009, pp. 1329-1358 (“Ao criar o *respondeat superior* de responsabilidade penal, a Corte Suprema autorizou uma forma vicária de responsabilidade coletiva, que é inconsistente com os princípios fundamentais de uma sociedade liberal.”).

Essa assertiva desconsidera as principais finalidades do Direito Penal: retributiva,⁶⁷ dissuasória⁶⁸ e reabilitadora.⁶⁹ Ela desafia o senso comum, ou, pelo menos, o que os psicólogos sabem sobre o entendimento básico da responsabilidade coletiva.⁷⁰ Sua implícita metafísica confundiria a ontologia social,⁷¹ e suas implicações políticas fariam corar até mesmo um economista.⁷²

Mas não deve causar surpresa o fato de que o *respondeat superior* tenha um desempenho tão sofrível. Na verdade, este instituto não foi desenvolvido para o Direito Penal e, tampouco, para o Direito Empresarial. Esta doutrina tem suas origens no direito de agência^{NT-5} do século XVII, isto é, mais de cem anos antes do nascimento da primeira corporação propriamente considerada. Em um período posterior, pressionados pela necessidade de um mecanismo para responsabilizar as companhias, os legisladores e as cortes de justiça emprestaram acriticamente a doutrina do *agency law* para o Direito Civil Empresarial e, depois, para o Direito Penal

⁶⁷ *Idem*, p. 1329 (argumentando que a “[responsabilidade penal da pessoa jurídica] deve ser expressamente revogada” porque atribui uma reprovabilidade penal onde não há).

⁶⁸ ARLEN, Jennifer H. & CARNEY, William J. *Vicarious Liability for Fraud on Securities Markets: Theory and Evidence*. In *University of Illinois Law Review*. Vol. 1992, 2012, pp. 691-734 (“A utilização da responsabilidade penal da empresa não pode ser defendida com base em uma suposta promoção de prevenção ideal; na verdade, a responsabilidade empresarial parece mais próxima da proteger os infratores individuais dentro da corporação, do que instá-los à dissuasão.”).

⁶⁹ Vide: DIAMANTIS, Mihailis E. *Clockwork Corporations: A Character Theory of Corporate Punishment*. In *Iowa Law Review*. Vol. 103, 2018, pp. 507-545 (“[Suponha] que um funcionário desonesto comete um crime – que seria imputável à corporação com base na *respondeat superior* –, mas ele é imediatamente demitido. A corporação que demitiu o mau funcionário poderia, assim, ter eliminada a possibilidade da conduta criminosa ser novamente praticada. Se a corporação não precisa mais de reforma, não há necessidade de punição para fins reabilitadores.”).

⁷⁰ Vide, por ex., ALLISON, Scott T. & MESSICK, David M. *The Group Attribution Error*. In *Journal of Experimental Social Psychology*. Vol. 21, 1985, pp. 563-564 (discutindo descobertas de erro na “tendência das pessoas de inferir as atitudes de todo um grupo social estritamente com base no comportamento de um membro do grupo”).

⁷¹ Vide, por ex., TOWNSEND, Leo. *Social Ontology: Collective Intentionality and Group Agents*. In *Journal of Social Ontology*. Vol. 1, 2015, pp. 183-184 (revisando TUOMELA, Raimo. *Social Ontology: Collective Intentionality and Group Agents*, 2013) (descrevendo a “reticência de Tuomela em considerar grupos como agentes racionais no mesmo sentido, ou no mesmo grau, dos seres humanos individuais”).

⁷² Vide, por ex., SYKES, Alan O. *The Boundaries of Vicarious Liability: An Economic Analysis of the Scope of Employment Rule and Related Legal Doctrines*. In *Harvard Law Review*. Vol. 101, 1988, pp. 563, 565-581 e 608-609 (ponderando os aspectos eficientes e ineficientes da *vicarious liability* em diferentes contextos factuais).

^{NT-5} Optou-se por denominar *direito de agência* a expressão *agency law*, tratando-se de um instituto do direito privado que regula as relações entre uma parte (*agente*) que, autorizada, age em nome da outra (*principal*), estabelecendo obrigações com terceiros. Segundo Daniela H. Branco, este modelo jurídico foi primeiramente construído no Direito Civil e, gradualmente, adaptado para o Direito Penal. De acordo com essa teoria, a responsabilidade penal pode ser atribuída a uma corporação levando-se em conta a conduta de seus empregados. As corporações seriam indireta e subsidiariamente responsáveis pela conduta criminosa de seus empregados.” (BRANCO, Daniela H. *Responsabilidade penal das corporações...*, in NT-3, *supra*). (NT).

Empresarial. E eles fizeram isso apesar dos objetivos fundamentalmente diferentes desses regimes jurídicos.⁷³

Os críticos da importação do *respondeat superior* para o Direito Penal têm razão em estar descontentes, mas nem sempre pelos motivos corretos. A maioria da doutrina diz que o instituto é excessivamente abrangente.⁷⁴ De acordo com esse argumento, não é possível que *todos* os empregados – mesmo os de baixo escalão⁷⁵ ou os insubordinados que descumprem ordens⁷⁶ –, sejam igualmente identificáveis com a corporação como um todo, ou seja, que sejam igualmente capazes de cometer crimes em seu nome. Em que pese essa crítica por todos conhecida, dentro da moldura da responsabilidade penal empresarial, ela finda por confundir as categorias do corpo corporativo e da mente corporativa. Distinguir essas duas categorias permitiria chegar a uma posição mais matizada. Conforme argumentado abaixo, por mais que os críticos estejam certos quanto à excessiva abrangência da doutrina do *respondeat superior*, no que diz respeito à mente corporativa, a verdade é que ela se apresenta inequivocamente *pouco inclusiva* quando se trata do corpo corporativo

4.1 A VISÃO MAJORITÁRIA: O RESPONDEAT SUPERIOR É EXCESSIVAMENTE AMPLO

Identificar as corporações com os seus funcionários para fins penais – como faz o *respondeat superior* – pode ter tido, inicialmente, algum sentido conceitual. A razão de ser das empresas é que elas podem fazer coisas – instalar redes elétricas, comprar propriedades, fabricar pasta de dente etc. Como as empresas não podem agir por conta própria, tudo o que elas fazem, seguindo essa premissa, é por intermédio dos seus empregados.⁷⁷

De acordo com a crítica majoritária, o *respondeat superior* seria muito amplo. Quando o *respondeat superior* identifica as empresas com seus funcionários, ele se refere a *todos* os

⁷³ Vide COFFEE JR., John. *Does “Unlawful” Mean “Criminal”?*..., nota de rodapé n. 41, *supra*.

⁷⁴ Consulte as notas de rodapé n. 87-95, *infra*, e os textos que as acompanham.

⁷⁵ AINSLIE, Elizabeth. *Indicting Corporations Revisited: Lessons of the Arthur Andersen Prosecution*. In *American Criminal Law Review*. Vol. 43, 2006, pp. 107-110 (criticando as instruções dirigidas ao júri que permitiram a condenação “independentemente do agente em questão ter sido um funcionário de baixo ou alto escalão da corporação.”).

⁷⁶ SKUPSIK, George R. *The Senior Management Mens Rea: Another Stat at a Workable Integration of Organizational Culpability into Corporate Criminal Liability*. In *Case Western Reserve Law Review*. Vol. 62, 2011, pp. 263-273 (“A responsabilização como base na *respondeat superior* provavelmente cria incentivos de controle contrários ao esperado, em razão do efeito da *strict liability* construtiva. Esse efeito é melhor exemplificado nos casos em que um agente desonesto atua de forma contrária às políticas corporativas, bem como aos bem-intencionados esforços para controlar as condutas dos subordinados.”).

⁷⁷ Vide *Holder Memo*..., nota de rodapé n. 41, p. 15.

integrantes, desde os ocupantes dos cargos da alta administração até o estagiário de verão recém-recrutado, e isso independentemente da função desempenhada – direção executiva, gerência, parte técnica, manutenção do prédio etc.⁷⁸ Todavia, é possível argumentar que nem todos os empregados se identifique, de forma igual, com seus empregadores. É por isso que o *American Law Institute* (ALI) tem defendido uma aplicação mais restrita, denominada de “abordagem de grupo controle”,⁷⁹ que tem por finalidade imputar às empresas somente as condutas que envolvam os membros da “alta administração”.⁸⁰ Entende-se que a abordagem de grupo de controle faça mais sentido em termos metafísicos, pois limita a responsabilidade penal da pessoa jurídica ao atos dos “agentes que possuem altos níveis de poderes e deveres dentro da empresa, como se fossem o ‘alter ego’ da corporação.”⁸¹ NT-6 Igualmente se entende que esta abordagem faça mais sentido do ponto de vista econômico, visto que, pretender que as empresas monitorem todos os empregados o tempo todo seria um propósito dispendioso e inútil.⁸² Dessa maneira, a abordagem de grupo de controle procura estabelecer uma meta mais modesta e factível. Entretanto, apesar de alguns Estados terem aprovado leis adotando a abordagem

⁷⁸ Vide *Standard Oil Co. of Tex. vs. United States*, 307 F.2d, 5th Cir., 1962, pp. 120-127 (“[A] corporação pode ser criminalmente vinculada pelos atos de empregados subordinados, mesmo servis.”).

⁷⁹ Também denominado de “teste do círculo íntimo”. Vide MUELLER, Gerhard O. *Mens Rea and the Corporation: A Study of the Model Penal Code Position on Corporate Criminal Liability*. In *University of Pittsburgh Law Review*. Vol. 19, 1957, pp. 21-44.

⁸⁰ Vide o *Model Penal Code*, § 2.07(1)(c) (estabelecendo, como condição de atribuição de responsabilidade a uma corporação, que “a prática da infração [tenha sido] autorizada, solicitada, comandada, executada ou, de maneira imprudente, tolerada pelo conselho de administração, pela diretoria ou por um alto dirigente, agindo em nome da empresa e no âmbito do desempenho de suas funções”).

⁸¹ Vide COFFEE JR., John. *Does “Unlawful” Mean “Criminal”?*..., nota de rodapé n. 43, *supra*, pp. 230.

NT-6 Sobre a teoria do *alter ego*, vide: “Contudo, inspirados pela doutrina civilista do *alter ego* – segundo a qual somente os atos dos dirigentes mais importantes da corporação seriam reputados como sendo dela própria –, as Cortes inglesas admitiram a atribuição de responsabilidade ao ente moral não por qualquer conduta – como verificado no modelo do *respondeat superior* –, mas somente por aquelas que, em razão de algum motivo, fossem consideradas como praticadas por sua ‘cabeça’, isto é, pelo seu verdadeiro ego. Em termos práticos, o método utilizado para aferir se a empresa era criminalmente responsável, consistiu no chamado *identification test*. Por meio de uma analogia antropomórfica, procura-se comprovar se a conduta do agente individual representaria suficientemente a personalidade da corporação.” (SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Direito Penal Empresarial...*, in NT-1, *supra*, pp. 192-193) (NT).

⁸² MOORE, Jennifer. *Corporate Culpability Under the Federal Sentencing Guidelines*. In *Arizona Law Review*. Vol. 34, 1992, pp. 743-764 (“Os redatores do *Model Penal Code* parecem ter acreditado que uma corporação não deveria ser considerada culpada pelo mero ato de um ‘empregado desonesto’, e tentaram corrigir a excessiva abrangência da doutrina de *respondeat superior*, por intermédio de uma genuína teoria da culpabilidade da pessoa jurídica.”).

defendida pela ALI,⁸³ a maioria das jurisdições, incluindo todas as cortes federais, manteve o *respondeat superior*.⁸⁴

O refinamento judicial da doutrina do *respondeat*, feito ao longo do século XX, somente exacerbou as preocupações dos críticos. Os tribunais foram flexibilizando os requisitos do âmbito-do-emprego e da intenção-de-beneficiar, levando a doutrina até os limites da inconsequência. De acordo com este enfraquecimento promovido pela jurisprudência, um funcionário trabalha “dentro do âmbito do (seu) emprego” mesmo que aja contra ordens diretas que recebeu, viole as políticas da corporação ou subverta todos os esforços do compliance.⁸⁵ E ele tem a “intenção de beneficiar seu empregador”, mesmo quando sua intenção seja confusa, indireta ou que, na prática, prejudique a própria empresa.⁸⁶

Diante desta construção jurisprudencial, há um consenso praticamente unânime: “a responsabilidade penal da pessoa jurídica [nos termos do *respondeat superior*] é extremamente ampla.”⁸⁷ Embora haja algumas exceções notáveis,⁸⁸ prevalece, na doutrina, entendimentos como os seguintes:

⁸³ BRICKEY, Kathleen F. *Rethinking Corporate Liability Under the Model Penal Code*. In *Rutgers Law Journal*. Vol. 19, 1988, pp. 593-630 (“Vinte e um Estados já adotaram um modelo análogo [de teste de grupo de controle].”).

⁸⁴ Mesmo os doutrinadores que adotam a vertente filosófica do status metafísico da corporação, tendem a dar um “salto” analítico acrítico no sentido de considerar a culpabilidade da alta direção como sendo a culpabilidade da própria organização. Veja CAULFIELD, Matthew & LAUFER, William S. *Corporate Moral Agency at the Convenience of Ethics and Law*. In *Georgetown Journal of Law & Public Policy*. Vol. 17, 2019, pp. 953 e 970-971 (“Os argumentos da agência moral corporativa muitas vezes se concentram na gestão das corporações para estabelecer a agência moral. Contudo, isso não está claro (...) visto que estes argumentos resultam na identificação da corporação inteiramente como um agente moral, e não como sua equipe de gestão. Sem uma noção mais ampla de agência, vários dos relatos mais proeminentes não conseguem estabelecer por que toda a organização é responsável como um grupo, ao invés de ser apenas a camada de gestão relevante – o conselho executivo, a gestão intermédia ou quem quer que seja.”).

⁸⁵ Vide *United States vs. Hilton Hotels Corp.* In 467 F.2d, 9th Cir. 1972, pp. 1000-1007 (“Concluimos que, como regra geral, uma corporação é responsável, nos termos da Lei Sherman, pelos atos dos seus agentes, no âmbito de seu emprego, ainda que tal ato seja contrário à política geral da empresa, bem como as instruções expressamente dadas ao seu agente.”).

⁸⁶ Vide *United States vs. Sun-Diamond Growers of Cal.*, 138 F.3d, D.C. Cir., 1998, pp. 961-970.

⁸⁷ BHARARA, Preet. *Corporations Cry Uncle and Their Employees Cry Foul: Rethinking Prosecutorial Pressure on Corporate Defendants*. In *American Criminal Law Review*. Vol. 44, 2007, pp. 53-59.

⁸⁸ Vide, por ex., BEALE, Sara Sun. *Is Corporate Criminal Liability Unique?* In *American Criminal Law Review*. Vol. 44, 2007, pp. 1503-1505 (“É igualmente verdadeiro que a responsabilidade penal pode ser imposta às pessoas jurídicas por ações dos seus empregados, mesmo na ausência da específica prova de uma falha corporativa. Isso não é um caso isolado.”); SHELEY, Erin L. *Tort Answers to the Problem of Corporate Criminal Mens Rea*. In *North Carolina Law Review*. Vol. 97, 2019, pp. 773-777 (“Eu identifico uma importante área na qual o *respondeat superior* de natureza penal (...) está subentendida. Refiro-me, especificamente, ao requisito de que o funcionário deve ter a intenção de beneficiar a corporação, requisito este que pode ter o efeito de proteger até mesmo as empresas negligentes ou mesmo conscientes da falha individual nos piores casos criminais: aqueles nos quais há violência física e sexual perpetrada por um funcionário no contexto da atividade laborativa.”).

- “*Respondeat superior* é uma doutrina muito ampla no contexto criminal (...).”⁸⁹
- “[*Respondeat superior*] acarreta um enorme risco de tornar as empresas vulneráveis às sanções penais excessivamente abrangentes.”⁹⁰
- “No terreno dos crimes empresariais, as companhias (...) não têm a opção de escolha, diante da amplitude do standard de imputação do *respondeat superior*.”⁹¹
- “A culpabilidade empresarial [sob o *respondeat superior*] é extraordinariamente ampla.”⁹²

Como se pode ver, uma doutrina muito ampla de responsabilidade penal empresarial é ruim para o Direito Penal. Ela pune injustamente as empresas – e, por extensão, todos os seus *stakeholders*.⁹³ Ela traz grandes prejuízos, ao exigir elevados e desnecessários níveis de compliance.⁹⁴ Ela distorce o sistema de justiça criminal, superestimando o poder do Ministério Público.⁹⁵

4.2 A MELHOR VISÃO: QUANTO AO CORPO CORPORATIVO, O RESPONDEAT É MUITO RESTRITO

Antes de tomar medidas corretivas para restringir o *respondeat superior*, devemos ter certeza se a doutrina é, de fato, muito ampla. Caso contrário, podemos acabar deixando de responsabilizar as empresas quando isso se apresentasse como adequado aos objetivos da justiça criminal.

Na verdade, a corrente majoritária sobre o *respondeat superior* é imprecisa. Ela não consegue perceber que o *respondeat* abarca duas vertentes teóricas – uma para o corpo

⁸⁹ BUELL, Samuel W. *Criminal Procedure Within the Firm*. In *Stanford Law Review*. Vol. 59, 2007, pp. 1613-1663.

⁹⁰ VU, Stacey Neumann. *Corporate Criminal Liability: Patchwork Verdicts and the Problem of Locating a Guilty Agent*. In *Columbia Law Review*. Vol. 104, 2004, pp. 459-466.

⁹¹ O’SULLIVAN, Julie Rose. *The Federal Criminal “Code”: Return of Overfederalization*, In *Harvard Law Journal & Public Policy*. Vol. 37, n. 18, 2014, pp. 57-59.

⁹² SIMONS, Michael A. *Vicarious Snitching: Crime, Cooperation, and “Good Corporate Citizenship”*. In *St. John's Law Review*. Vol. 76, 2002, pp. 979 e 983-984.

⁹³ Vide CHOUDHURY, Barnali & PETRIN, Martin. *Corporate Duties to the Public*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019, p. 94 (“Definitivamente, é impossível punir uma corporação sem afetar indiretamente seus *stakeholders* individuais.”). Vide, ainda: FISCH, Jill E. *Criminalization of Corporate Law: The Impact on Shareholders and Other Constituents*. In *Journal of Business & Law Technology*. Vol. 2, 2007, pp. 91-93.

⁹⁴ Vide DIAMANTIS, Mihailis E. *Functional Corporate Knowledge...*, nota de rodapé n. 22, *supra*, pp. 324-335.

⁹⁵ O’SULLIVAN, Julie Rose. *The Federal Criminal “Code”...*, nota de rodapé n. 91, *supra*, pp. 62-67.

corporativo, identificando os atos da empresa com os atos dos funcionários, e outra para a mente corporativa, associando pensamentos da empresa com os pensamentos dos funcionários. Afirmar que o *respondeat superior* é excessivamente amplo ignora observar que, tanto em relação ao corpo quanto à mente, a doutrina enfeixa várias considerações. Desta maneira, seria necessário estabelecer duas linhas de argumentação, ao passo que apenas uma é apresentada.

No que diz respeito ao corpo corporativo, o entendimento majoritário está claramente errado: na verdade, o *respondeat superior* é muito restrito. A definição aspiracional do corpo corporativo, apresentada linhas acima, considera como integrante do corpo corporativo todos os aspectos, caracteres e mecanismos das empresas que causam danos à sociedade. Por certo, essa definição engloba os atos de funcionários individuais. O *respondeat superior* acerta nessa parte. Todavia, ao se limitar aos empregados, a doutrina ignora outras fontes potenciais de danos corporativos. Em outro estudo, argumentei que os algoritmos corporativos seriam uma fonte significativa de danos que a lei penal deveria também atribuir às empresas.⁹⁶ Além destes, a parte *infra* discute outra duas fontes de lesões corporativas: a ação coletiva dos empregados e os sistemas corporativos.

Se o Direito Penal não imputar às empresas essas outras fontes de danos, ele não terá aptidão para instá-las a uma prevenção responsável. Isso ocorre porque as fontes de danos não podem ser atribuídas a ninguém mais do que às empresas.⁹⁷ Os funcionários não podem ser condenados por contribuições inocentes que acarretam danos coletivos.⁹⁸ Os sistemas não são imputáveis do ponto de vista penal. No entanto, diferentemente de lesões derivadas de fontes imprevisíveis – como, por exemplo, os danos causados por um terremoto – os danos que

⁹⁶ Vide DIAMANTIS, Mihailis E. *Algorithms Acting Badly: A Solution from Corporate Law...*, nota de rodapé n. 64, *supra*, pp. 801-856 (“Corporações desenvolvem, executam e mantêm os algoritmos mais impactantes do mundo. Diante disso, eu considero que a ação algorítmica é uma espécie de ação corporativa (...). Reconhecer que as empresas também agem por meio de seus algoritmos as encorajaria a exercitar um controle responsável sobre os danos sociais causados pelos algorítmicos.”).

⁹⁷ Em certas circunstâncias, a ação coletiva de funcionários individuais pode ser atribuída aos dirigentes corporativos. Vide, por ex., *United States vs. Dotterweich*, in 320 U.S., 1943, pp. 277- 278 e 281-285 (condenando um agente individual, mas absolvendo a corporação acusada); e *United States vs. Park*, 421 U.S., 1975, pp. 658-660 e 676-678 (responsabilizando somente o presidente da companhia pelas infrações decorrentes de alimentos expostos à contaminação por roedores).

⁹⁸ Os empregados em *United States vs. Bank of New England* (in 821 F.2d, 1st Cir., 1987, p. 844), foram todos absolvidos, mas, por sua vez, o banco foi condenado, pois os atos dos empregados individuais se agregaram e constituíram a má conduta corporativa: “As empresas compartimentalizam o conhecimento, subdividindo, internamente, os elementos de funções e operações específicas em componentes menores. O agregado desses componentes constitui o conhecimento da corporação sobre uma determinada operação. Desse modo, é irrelevante se os funcionários que administram um componente de uma operação têm noção das atividades dos empregados que administram outros aspectos (...).” (*Idem*, pp. 856-859).

decorrem das atividades empresarias são previsíveis, evitáveis e provocam a ira retributiva da opinião pública. O Direito Penal Empresarial deve ter a capacidade de atribuir estes danos às companhias caso queira ter alguma chance de punir o seu comportamento culpável ou de as incentivar às necessária reformas corporativas.

4.2.1 A CONDUTA COLETIVA DOS EMPREGADOS

Embora o *respondeat superior* inclua todos os empregados, ele os trata como partes isoladas do corpo corporativo. Supondo que os requisitos do âmbito-do-trabalho e da intenção-de-beneficiar estejam satisfeitos, toda vez que um empregado realiza uma ação, o mesmo acontece com seu empregador corporativo. No entanto, em contextos de grupo, a atividade é frequentemente distribuída entre os vários integrantes do grupo.⁹⁹ Neste aspecto, a importância coletiva pode ser maior do que as contribuições de cada indivíduo isoladamente. Grupos de funcionários podem se envolver em um comportamento prejudicial sem que nenhum empregado, individualmente considerado, o faça. As teorias da conspiração e do concurso de pessoas podem ajudar nos casos em que há uma “mão coordenadora” ou um “acordo implícito” entre os envolvidos. Entretanto, essas teorias não têm aplicabilidade em casos corriqueiros nos quais os agentes individuais ignoram o efeito coletivo.

Esse é um ponto familiar para os teóricos das ações conjuntas.¹⁰⁰ Algumas ações conjuntas envolvem cada um dos participantes executando totalmente um comportamento que realizam em conjunto. Se duas pessoas caminham juntas, ambas caminham. No entanto, outras ações conjuntas envolvem cada participante fazendo uma contribuição parcial. Se quatro pessoas levantam um carrinho pesado, elas o levantam juntas; mas nenhuma delas o faz individualmente. Se duas pessoas fazem um bolo, uma quebra os ovos e a outra os bate; nenhuma delas, sozinha, faz um bolo. Esses efeitos também podem decorrer de comportamentos não intencionais, como ocorre quando todos nós causamos um congestionamento de tráfego ao sairmos, no mesmo momento, no final do expediente; nenhum de nós teve a intenção de causar um engarrafamento. Na verdade, provavelmente todos nós

⁹⁹ Vide VU, Stacey Neumann. *Corporate Criminal Liability...*, in nota de rodapé n. 44, *supra*, p. 471 (“As realizações dos funcionários isoladamente (...) podem, em termos coletivos, preencher o *actus reus* para um único crime empresarial.”).

¹⁰⁰ Discutindo amplamente os fundamentos da sociabilidade: BRATMAN, Michael E. *Shared Agency: A Planning Theory of Acting Together*. Oxford: Oxford University Press, 2014, *passim*.

preferiríamos que o trânsito fluísse livremente ao término da jornada de trabalho. Para enxergar a ação conjunta como ela realmente é, faz-se necessário agregar as contribuições individuais.

Um problema similar – e mais familiar aos advogados empresariais – surge para a mente corporativa. Por exemplo, o conhecimento pode ser distribuído entre vários empregados, cada um conhecendo alguns aspectos relevantes, mas nenhum deles sabendo o todo. Um funcionário pode saber que determinadas transações financeiras devem ser informadas às autoridades. Outro pode saber que tal transação ocorreu. E, no entanto, nenhum deles pode saber que a apresentação de um relatório era necessária naquele caso.¹⁰¹ De acordo com uma abordagem estrita do *respondeat superior* para a mente corporativa, a companhia também ignoraria o relatório exigido. Isso se deve ao fato de que o *respondeat superior* apenas extrai estados mentais dos empregados individuais para atribuí-los aos seus empregadores. A doutrina, portanto, oferece às empresas uma maneira de se “imunizarem” de responsabilidade por determinados crimes. Elas só precisam manter as informações dispersas internamente, evitando que um funcionário individual “saiba demais”. Para colmatar essa lacuna de impunidade, alguns tribunais¹⁰² complementam o *respondeat superior* por intermédio de um princípio de agregação de estado mental: a doutrina do conhecimento coletivo.¹⁰³ De acordo com este entendimento jurisprudencial, a empresa tem o conhecimento de cada fato separado que é de domínio de cada empregado – qual é o limite para uma transação não ser relatada e se esse limite foi ultrapassado em uma determinada transação – e *conhecem todos os fatos em conjunto* – sabia que, naquela transação, um relatório deveria ser apresentado às autoridades.¹⁰⁴

O *respondeat superior* não inclui nenhum princípio de agregação equivalente para a ação corporativa. Isto decorre do fato de que o *respondeat superior*, conforme aplicado pelas cortes criminais, somente atribui a má conduta dos empregados às corporações. Se nenhum dos

¹⁰¹ Vide, por ex., *United States vs. Bank of New England...*, nota de rodapé n. 98, *supra*, p. 844.

¹⁰² Vide BHARARA, Preet. *Corporations Cry Uncle and Their Employees Cry Foul...*, nota de rodapé n. 88, *supra*, p. 64 (“A doutrina do conhecimento coletivo também recebeu atenção doutrinária significativa, mas muito negativa.”).

¹⁰³ Vide *United States vs. Bank of New England...*, nota de rodapé n. 98, *supra*, p. 856 (discutindo a doutrina do conhecimento coletivo).

¹⁰⁴ Na verdade, nem mesmo a teoria da agregação seria suficiente; os tribunais devem igualmente permitir a atribuição de inferências lógicas a partir do conhecimento agregado. Vide DIAMANTIS, Mihailis E. *Corporate Criminal Minds...*, nota de rodapé n. 8, *supra* (discutindo uma nova abordagem que permitiria aos procuradores atribuir estados mentais às corporações como eles fazem para as pessoas físicas).

funcionários agir ilicitamente – talvez porque cada um deles faça apenas uma pequena parte inofensiva de um todo – não haverá a imputação de um fato delituoso contra a pessoa jurídica.¹⁰⁵

Este entendimento jurisprudencial é contraintuitivo e um claro déficit da definição aspiracional do corpo corporativo. Para as pessoas físicas, seria como se a lei penal tratasse a operação de cada parte do corpo separadamente – uma mão poderia fechar cada dedo individualmente, mas não fechar o punho. Para as pessoas jurídicas, isso leva a absurdos semelhantes. Se um único empregado realiza todo o comportamento que constitui um ato delituoso, então a empresa, agindo por meio dele, também o fez. No entanto, se diferentes empregados realizam apenas partes discretas de um todo que, ao final, causa o fato criminoso, eles não preenchem o requisito do corpo corporativo, de acordo com aquela orientação jurisprudencial, não sendo, pois, a pessoa jurídica passível de punição.¹⁰⁶ Assim como ocorre com o conhecimento culpável, na ausência de um princípio de agregação de conhecimento, a aplicação do *respondeat superior* para a ação corporativa cria uma lacuna de punibilidade.

Considere, por exemplo, um caso em que vários integrantes de uma empresa, sem qualquer coordenação entre eles, fazem pagamentos separados e relativamente pequenos para funcionários públicos estrangeiros com o objetivo de garantir o bom andamento de algum empreendimento comercial. Embora o *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) proíba o suborno de autoridades estrangeiras, ele não se aplica aos casos de “pagamentos facilitadores”, que são feitos “para agilizar ou garantir a execução de uma ação governamental de rotina.”¹⁰⁷ Não obstante a linha divisória entre pagamentos facilitadores e verdadeiros subornos seja notoriamente de difícil delimitação,¹⁰⁸ fato é que o montante do pagamento pode desempenhar

¹⁰⁵ O *leading case* da aplicação da teoria da agregação de contribuições inocentes de funcionários à conduta criminosa da corporação foi no *Bank of New England*. No caso, o tribunal entendeu por agregar estados mentais de funcionários ao invés dos atos por eles praticados. A conduta penal incorrida pela instituição consistiu na violação de um tipo omissivo, previsto na lei penal, consistente em deixar de apresentar um relatório às autoridades. Vale ressaltar que não há problema na aplicação da teoria da agregação para os crimes omissivos. Vide *United States vs. Bank of New England...*, nota de rodapé n. 98, p. 847 (“A lei impõe responsabilidade penal quando um banco se abstém intencionalmente de apresentar tais relatórios (...).”).

¹⁰⁶ Neste exemplo, estou presumindo que não há prévio acordo de vontades ou instigação entre os empregados da pessoa jurídica.

¹⁰⁷ 15 U.S.C. § 78dd–2(b), 2018, que alterou o *Foreign Corrupt Practices Act*, de 1977.

¹⁰⁸ Vide WEINOGRAD, Charles B. *Clarifying Grease: Mitigating the Threat of Overdeterrence by Defining the Scope of the Routine Governmental Action Exception*. In *Virginia Journal of International Law*. Vol. 50, 2010, p. 509 (discutindo a natureza vaga da exceção legal da “ação governamental de rotina”). Vide, ainda, o *Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act*, publicado pela *Criminal Division of the U.S. Department of Justice & the Enforcement Division of the U.S. Securities and Exchange Commission*, 2012, p. 25 (“O enquadramento de um pagamento na exceção não depende necessariamente do valor do pagamento, embora o seu montante possa ser revelador.”).

um papel importante nessa distinção.¹⁰⁹ Nos estritos termos do *respondeat superior*, a empresa desse exemplo só fez atípicos pagamentos de facilitação – pois, afinal de contas, foi o que cada funcionário individualmente fez. Todavia, imagine a situação na qual, o somatório dos pagamentos individuais possa acarretar os efeitos corruptores que, justamente, as leis anticorrupção objetivam prevenir. Nesta hipótese, a lei penal tem um “ponto cego” autoinfligido.

A definição aspiracional do corpo corporativo oferece uma melhor abordagem. Ela faria para a ação individual do funcionário o que a doutrina do conhecimento coletivo faz para o conhecimento individual do funcionário: agregar para atribuir. Os empregados que agem em conjunto não são menos partes de uma corporação do que os empregados que agem separadamente, pois podem igualmente causar danos quando atuam em conjunto, talvez até mais do que quando atuam individualmente. Ao agregar os pagamentos de facilitação do exemplo anterior, a verdadeira relação potencialmente corrupta entre a empresa e os servidores públicos estrangeiros pode restar evidenciada. A abordagem aspiracional do corpo corporativo reconheceria esse dado da realidade, identificando todos os empregados como partes simultâneas do comportamento empresarial. Por esta razão, as empresas agem por meio dos seus empregados, fazendo tudo o que eles fazem, independentemente dos atos que pratiquem serem simultâneos ou sequenciais, bem como que tenham sido realizados por apenas um empregado ou, reversamente, por vários.

4.2.2 SISTEMAS CORPORATIVOS

Não é de hoje que os cientistas organizacionais reconhecem que, no interior das corporações, os sistemas podem ser tão importantes quanto as pessoas para moldar a conduta

¹⁰⁹ CHU, Morgan & MAGRAW, Daniel. *The Deductibility of Questionable Foreign Payments*. In *The Yale Law Journal*. Vol. 87, 1978, pp. 1091 e 1119-1120 (“Subornos não dedutíveis e pagamentos de extorsão dedutíveis também podem ser distinguidos por seu tamanho. O tamanho do pagamento de \$100.000 da empresa *Octopus* ao funcionário público sugere que não foi feito para obter um serviço ou resultado que normalmente viria do governo estrangeiro. Por outro lado, o pagamento do valor de \$200 para um capitão do porto sugere que nada mais era do que um pagamento de “graxa” para facilitar o serviço que, normalmente, deveria ser prestado por aquele que recebeu o dinheiro.”).

empresarial.¹¹⁰ “As organizações são sistemas (...) e não apenas agregações de indivíduos.”¹¹¹ O *ethos* ou cultura corporativa tem uma influência significativa sobre como a atividade empresarial afeta o mundo ao seu redor.¹¹² A cultura corporativa tem como premissa entendimentos, práticas e vivências compartilhadas que dão relevância social para as características do ambiente.¹¹³ Por exemplo, uma empresa pode ter uma cultura ética singularizada pela difusão de valores de honestidade e de integridade, consideradas como premissas primordiais por todos compartilhadas. Por outro lado, a honestidade e a integridade podem ficar em um plano secundário em outra empresa, quando as métricas de sucesso individual se tornem o valor social mais importante. Os especialistas em ética empresarial e os teóricos corporativos têm tido um interesse recorrente em saber como a cultura corporativa condiciona o comportamento dos funcionários, bem como de que maneira ela pode ser alterada para se tornar uma influência positiva.¹¹⁴ “O crime empresarial pode ser praticado pela estrutura de uma organização, sua cultura, suas premissas inquestionáveis ou por todo o seu *modus operandi*.”¹¹⁵ Os teóricos que usam análises sofisticadas para definir o preço do seguro

¹¹⁰ Argumentei anteriormente que tais estruturas e sistemas podem até ser o que as corporações essencialmente são. Vide DIAMANTIS, Mihailis E. *Corporate Essence and Identity in Criminal Law*. In Journal of Business Ethics. Vol. 154, 2019, p. 955 (desenvolvendo uma teoria da identidade pessoal corporativa); e DIAMANTIS, Mihailis E. *Successor Identity*. In Yale Journal on Regulation. Vol. 36, 2019, p. 1 (oferecendo uma abordagem para a responsabilidade do sucessor com base na identidade pessoal corporativa).

¹¹¹ FISSE, Brent & BRAITHWAITE, John. *The Allocation of Responsibility for Corporate Crime: Individualism, Collectivism and Accountability*. In Sydney Law Review. Vol. 11, 1988, pp. 468-479. Vide, ainda: CORNELISSEN, Joey P.; HASLAM, S. Alexander & BALMER, John M. T. *Social Identity, Organizational Identity and Corporate Identity: Towards an Integrated Understanding of Processes, Patternings and Products*. In British Journal of Management. Vol. 18, 2007, pp. S1-S8 (“Identidades coletivas (sejam sociais, organizacionais ou corporativas) estão (...) associadas a um comportamento que é qualitativamente diferente daquele relativo às identidades de escalão inferior (...).”).

¹¹² Vide, por ex., HAINES, Fiona. *Corporate Regulation: Beyond ‘Punish or Persuade’*. Oxford: Oxford University Press, 1997, p. 25 (“A cultura organizacional constitui a ‘pedra de toque’ por meio da qual os indivíduos se comportam e agem.”).

¹¹³ Vide, por todos: SUTHERLAND, Edwin H. *White-Collar Crime*. New York: The Dryden Press, 1949, *passim* (analisando os crimes de colarinho branco por intermédio de um detalhado levantamento de violações legais praticadas por grandes corporações).

¹¹⁴ Vide, por ex., BUCY, Pamela H. *Corporate ethos...*, nota de rodapé n. 11, *supra*, pp. 1099-1101 (discutindo como o *ethos* corporativo pode “encorajar” certos tipos de comportamento dos empregados). Vide, também, COLOMBO, Ronald J. *Toward a Nexus of Virtue*. In Washington & Lee Law Review. Vol. 69, 2012, pp. 3, 30 e 64; MOORE, Jennifer. *Corporate Culpability Under the Federal Sentencing Guidelines...*, nota de rodapé n. 82, *supra*, p. 753 (definindo o caráter corporativo em termos de “objetivos, regras, políticas e procedimentos que são característicos da corporação como uma entidade”); NEEDLEMAN, Martin L. & NEEDLEMAN, Carolyn. *Organizational Crime: Two Models of Criminogenesis*. In Sociological Quarterly. Vol. 20, 1979, p. 517.

¹¹⁵ PEARCE, Frank. *Crime and Capitalist Business Corporations*. In Crimes of Privilege: Readings in White-Collar Crime. SHOVER, Neal & WRIGHT, John Paul (Ed.). Oxford: Oxford University Press, 2001, pp. 35-37.

corporativo sustentam que a “cultura e o caráter corporativo (...) são, ao menos, tão importantes quanto – talvez até mais importantes – do que outros fatores de risco mais facilmente observáveis.”¹¹⁶

As políticas e os procedimentos empresariais influenciam por igual as oportunidades e os incentivos que os empregados têm para se envolver em determinadas formas de comportamento ilícito. Cotas agressivas de desempenho, bem com métricas de remuneração baseadas em produtividade podem incentivar os empregados – que desejam manter seu emprego ou nele progredir – a priorizar os resultados em detrimento de preocupações mais humanistas.¹¹⁷ Por outro lado, os recursos no âmbito organizacional podem desestimular determinadas formas de comportamento ilícito, aumentando, assim, as taxas de detecção de irregularidades, expondo os empregados que se envolvem nesses comportamentos reprováveis às correspondentes penalidades.¹¹⁸ Por sua vez, outros sistemas podem operar de forma mais direta, habilitando ou desabilitando o desenvolvimento de determinadas condutas – por exemplo, um empregado que não tenha credenciais para acessar certas contas de clientes não pode, naturalmente, usá-las indevidamente.

Em um trabalho anterior, eu me referi a esses sistemas corporativos como constituindo, ainda que parcialmente, o “caráter” de uma empresa.¹¹⁹ Na ocasião, discuti o papel que o caráter poderia desempenhar internamente, ajudando a lei a “calibrar” a punição da pessoa jurídica.¹²⁰ Agora, a ênfase é diferente. Os sistemas corporativos devem ser considerados parte do corpo corporativo porque eles moldam o que as empresas fazem e se as empresas praticam ou não delitos. Enquanto o *respondeat superior* se concentra exclusivamente no comportamento do empregado, os sistemas corporativos compõem, via de regra, o mecanismo mais potente de aferição da má conduta corporativa. Os empregados se adaptam aos procedimentos, às regras e

¹¹⁶ BAKER, Tom & GRIFFITH, Sean J. *Predicting Corporate Governance Risk: Evidence from the Directors' & Officers' Liability Insurance Market*. In *The University of Chicago Law Review*. Vol. 74, 2007, pp. 487-517.

¹¹⁷ RECKARD, E. Scott. *Wells Fargo's Pressure-Cooker Sales Culture Comes at a Cost*. In *Los Angeles Times*, pub. 21/12/2013. Disponível em <https://www.latimes.com/business/la-fi-wells-fargo-sale-pressure-20131222-story.html>

(discutindo como o ambiente de alta pressão de vendas da *Wells Fargo* promoveu as violações morais e éticas em larga escala).

¹¹⁸ ALEXANDER, Cindy R. & COHEN, Mark A. *The Causes of Corporate Crime: An Economic Perspective*. In *Prosecutors in the Boardroom: Using Criminal Law to Regulate Corporate Conduct*. BARKOW, Anthony S. & BARKOW, Rachel E. (Eds.). New York: NYU Press, 2011, pp. 11-18.

¹¹⁹ Vide DIAMANTS, Mihailis E. *Corporate Criminal Minds...*, nota de rodapé n. 8, *supra*.

¹²⁰ Vide DIAMANTS, Mihailis E. *Algorithms Acting Badly...*, nota de rodapé n. 64, *supra*.

à cultura da empresa.¹²¹ Isso significa que os indivíduos íntegros podem se ver afetados, assim como seu local de trabalho, por sistemas corporativos defeituosos. Sob essa perspectiva, os indivíduos podem se tornar partes fungíveis de um corpo corporativo corrompido. Nestes sistemas, “a mudança de pessoal raramente leva a mudanças reais no comportamento e nos processos de trabalho da organização.”¹²² Os sistemas corporativos podem ter tanto vida como impulso próprios, modelando todos os níveis da estrutura corporativa.¹²³ Em resumo, os sistemas, e não os funcionários que neles operam, não raro são a causa principal dos ilícitos criminais.^{NT-7}

Em certa medida, há uma sobreposição ao adicionar as teorias do sistemas corporativos e do comportamento agregado dos empregados ao corpo corporativo. Uma vez que uma forma significativa pela qual os sistemas têm o seu efeito é impactando o comportamento dos funcionários, o comportamento agregado dos empregados poderia tecnicamente captar esse efeito. Contudo, uma perspectiva no âmbito dos sistemas pode, por vezes, tornar o comportamento empresarial mais claro do que tentar agregar contribuições individuais. Por exemplo, suponha que uma empresa oculte dos órgãos reguladores informações a ela prejudiciais. Neste caso, poderíamos descrever o que a empresa fez como sendo o efeito agregado de decisões individuais que foram tomadas por centenas de empregados sobre quais informações deveriam ser relatadas à alta administração. Alternativamente, poderíamos descrever este comportamento – supondo que, ao revés, os fatos lhes fossem favoráveis – como o efeito de uma norma ou política interna relativa à divulgação de informações sensíveis.

Em que pesem os dados no âmbito dos empregados e no âmbito dos sistemas demonstrarem de que maneira a empresa causou o efeito prejudicial – por exemplo, ocultando

¹²¹ COLEMAN, James S. *Foundations of Social Theory*. Cambridge: Belknap Press, 1990, p. 427 (“[Empregados] assumem as obrigações e expectativas, os objetivos e recursos, associados às suas posições na forma como se vestem para ir ao trabalho.”).

¹²² LEDERMAN, Eli. *Models for Imposing Corporate Criminal Liability: From Adaptation and Imitation Toward Aggregation and the Search for Self-Identity*. In *Buffalo Criminal Law Review*. Vo. 64, 2000, pp. 641-688.

¹²³ GEIS, Gilbert. *Corporate and Governmental Deviance: Origins, Patterns, and Reactions*. In *Corporate and Governmental Deviance: Problems of Organizational Behavior in Contemporary Society*. ERMANN, M. David & LUNDMAN, Richard J. (Eds.). 5th ed. New York: Oxford University Press, 1996, p. 7

^{NT-7} Na doutrina brasileira, vide: SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *A Criminologia Empresarial: Why Good People do Dirty Work*. In *Criminologia Econômica e Empresarial: Estudos em Homenagem ao Professor Artur Gueiros*. PANOIRO, José Maria *et al* (Org.). São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022, pp. 107-125 (discorrendo sobre as teorias criminológicas que procuram explicar as razões pelas quais pessoas reputadas honestas, ao ingressarem em certas organizações, praticam ilícitos penais que, em regra, nas suas vidas privadas, não praticariam). (NT).

determinadas informações dos órgãos reguladores –, a conceitualização distinta dos dados na esfera dos sistemas apresenta-se importante, e isso por alguns motivos. Em primeiro lugar, ela fornece às autoridades fiscalizadoras uma “lente” conceitual que pode facilitar a compreensão e a avaliação do que a empresa realmente está fazendo. Em segundo lugar, a conceitualização ao nível sistêmico pode fornecer informações sobre a profundidade e a gravidade da má conduta empresarial. O comportamento do empregado que, coincidentemente, se equivale a um evento não relatado, é muito diferente do comportamento que é comandado por normas explícitas ou implícitas. E, em terceiro lugar, a legitimação da explicação ao nível do sistema pode ajudar no processo criminal, onde os procuradores precisam explicar a má conduta da empresa acusada em termos compreensíveis para os jurados leigos.

Ademais, há certas atribuições de danos que uma explicação em nível sistêmico da conduta corporativa pode fazer, mas que a explicação agregada do comportamento do empregado não pode. Isto ocorre porque há situações em que os empregados fazem certas ações que estão relacionadas com o contexto organizacional no qual eles se inserem. Suponhamos, por exemplo, que um gerente de nível médio na estrutura empresarial esteja tomando decisões de remuneração e de promoção para seus subordinados. Analisando as decisões que, ao final, ele tomou, as pessoas que excederam as suas cotas de desempenho tinham maior probabilidade de receber bônus e promoções, independentemente de seu desempenho nas respectivas auditorias de compliance. Se a atribuição de bônus e promoções constituir um incentivo ao descumprimento das regras de conformidade, ao aumento da produtividade ou a ambos, isso pode estar relacionado com as práticas e aos procedimentos seguidos por aquele gerente de nível médio. Faz uma grande diferença saber se as métricas formais de remuneração da empresa desprezam explicitamente os resultados das auditorias, concedam pontos ao empregados, por exceder as expectativas de cotas, ou se elas deixam tais decisões inteiramente ao arbítrio da gerência de nível médio.

5. CONCLUSÃO: DESENVOLVENDO O CORPO CORPORATIVO

Ao distinguir o corpo corporativo da mente corporativa, o Direito Penal Empresarial pode reivindicar para si algumas das nuances disponíveis para a lei aplicável às pessoas físicas. Atualmente, o Direito Penal se vale de uma única doutrina para imputar atos e estados mentais. Ao conceituar o corpo corporativo, este artigo sustenta a possibilidade de tratá-los separadamente, com aportes teóricos mais adequados ao papel que devem desempenhar na

administração da justiça criminal. Independentemente de qual seja a melhor definição teórica da mente corporativa, a lei penal não deve se basear em uma concepção excessivamente restrita do corpo corporativo, dando as costas para muitas das infrações causadas pelas empresas. Depois de ter sido colocada na mesa de discussão toda a variedade de danos causados pelo corpo corporativo, uma compreensão mais esclarecida da mente corporativa pode começar a ser construída, auxiliando na identificação de quais empresas são culpáveis pelos danos por elas causados.

Mesmo que a definição aspiracional do corpo corporativo – que o identifica com todos os aspectos, mecanismos e características das empresas que causam danos – esteja correta, ela ainda é incompleta. Isto porque ela pressupõe que temos alguma forma de determinar quais aspectos, mecanismos e características pertencem a uma empresa e a qual empresa pertencem. A exposição acima apresentada se baseou implicitamente em um sentido intuitivo de como associar empresas a certos aspectos, mecanismos e características. Na ausência de uma teoria mais elaborada, a necessidade dessa sensibilidade intuitiva significa que a definição de corpo corporativo permanece incompleta. Por exemplo, quando um mecanismo que causa danos faz parte de uma corporação e quando faz parte do ambiente do setor em que opera? Se duas empresas compartilham um mecanismo – talvez uma companhia alugue um depósito de outra – a qual delas ele pertence? Uma teoria geral do corpo corporativo ajudaria a lei penal a identificar quais aspectos, mecanismos e características das empresas estão associados a qual corpo corporativo. Essa é uma tarefa para trabalhos futuros.