

COMO E POR QUE AS CORPORAÇÕES SE TORNARAM (E CONTINUAM A SER) PESSOAS PARA O DIREITO PENAL

HOW AND WHY CORPORATIONS BECAME (AND REMAIN) PERSONS UNDER THE CRIMINAL LAW

W. Robert Thomas*



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

Resumo: O Artigo trata da evolução da responsabilidade penal da pessoa jurídica no Direito norte-americano, situando a adoção desse modelo de punição nas transformações dos Direito Empresarial, Direito Civil e Direito Penal, tanto nas legislações, como nas decisões de cortes estaduais e federais durante o século XIX e o século XX. Discorrendo sobre as disputas entre os cétricos e os adeptos da responsabilidade penal corporativa, o Artigo apresenta fundamentos científicos e jurisprudenciais sobre o como, quando e por que as companhias se tornam pessoas para fins penais, concluindo que não se trata somente de uma opção pragmática para prevenir os danos causados pelas empresas, mas também um imperativo de justiça para indivíduos e corporações, que se faz necessário até os dias atuais.

Palavras-chave: Responsabilidade penal da pessoa jurídica. Personalidade jurídica e atribuição. Teoria do *respondeat superior*. *Mens rea* corporativa. Prevenção criminal. Considerações de justiça.

Abstract: This paper aims to deal with the evolution of corporate-criminal liability, analyzing the adoption of this model of punishment in the transformations of corporate law, civil law, and criminal law, both in legislation and in the decisions of states and federal courts during the nineteenth and twentieth centuries. Addressing the disputes between skeptics and proponents of corporate-criminal liability, the Article presents scientific and judicial fundamentals on how, when, and why corporations become persons under criminal law, concluding that it is not only a pragmatic option to prevent the damage caused by the corporations but also a fairness consideration for individuals and corporations, which is still necessary today.

Keywords: Corporate-criminal liability. Legal personhood and attribution. *Respondeat superior* theory. Corporate *mens rea*. Deterrence. Fairness considerations.

* *Climenko Fellow and Lecturer in Law, Harvard Law School; Ph.D. (philosophy), University of Michigan (2015); J.D., University of Michigan Law School (2011)*. O Autor agradece, em especial, à Elizabeth Anderson, Reuven Avi-Yonah, Stephen Galoob, Scott Hershovitz, Don Herzog, Daniel Jacobson, Jim Joyce, Vikramaditya Khanna, Gabe Mendlow, Bill Novack, Peter Railton, Alex Sarch, Dan Singer, Larry Solum e David Zaring, pelas opiniões, discussões e *feedbacks*. Artigo originalmente publicado em *Florida State University Law Review*. N. 45, 2017, pp. 479-538. Tradução de Artur de Brito Gueiros Souza (<https://orcid.org/0000-0003-4990-9779>).

I. INTRODUÇÃO

*Perhaps, there is not, in the history of the common law, more distinctive evidence of its modifications, of the rejection of its narrow technicalities, than in the adaptation of the legal relation of corporations to a just liability for the acts, omissions, or engagements of the governing body, or its agents, or servants, employed in the transaction of corporate business.*¹

A Suprema Corte dos Estados Unidos da América concluiu, em 1909, que uma corporação, assim como um indivíduo, pode ser responsabilizada criminalmente por sua má conduta.² No entanto, até os dias atuais, a responsabilidade penal da pessoa jurídica não conseguiu encerrar as polêmicas em torno dela, mais especificamente, o ceticismo que se opõe a este modelo de punição, manifestado desde aquele julgamento — mas que, na verdade, remonta aos séculos anteriores.

Com efeito, o argumento cético parece tão simples quanto persistente: Na ausência de uma mente distinta e independente dos seus integrantes, uma empresa não dispõe do estado mental necessário para satisfazer o requisito legal da *mens rea*.³ Em outras palavras, uma empresa é diretamente incapaz de atender ao elemento subjetivo do conceito de crime exigido pelo Direito Penal. Por conseguinte, para os cétricos, a própria ideia da responsabilidade penal corporativa é, e sempre foi, um puro *nonsense*.

Embora a capacidade de uma empresa agir de forma intencional — seja para cometer crimes ou não — se apresente como um desafio simples ao senso comum, a análise crítica dos cétricos implicaria em considerações profundas sobre a natureza da personalidade jurídica e dos métodos adequados de atribuição de responsabilidade. Na verdade, o que anima a disputa entre os cétricos e os defensores da responsabilidade penal da pessoa jurídica é uma discordância sobre como avaliar essa personalidade — ou seja, como a concepção de personalidade pode influenciar nas ações, atitudes e juízos de imputação atribuíveis à pessoa em questão. A divergência de concepções não é nenhuma novidade. O debate em torno da responsabilidade

¹ Jordan v. Ala. Great S. R.R. Co., 74 Ala., 1883, pp. 85, 88.

² New York Central & Hudson River R.R. Co. v. United States, 212 U.S., 1909, pp. 494-495.

³ Vide os doutrinadores citados nas notas de rodapé ns. 44-50, *infra*. Esclareço que, via de regra, minha análise se dirige aos crimes para os quais uma atitude intencional – entendida amplamente para incluir, pelo menos, as categorias do conhecimento, malícia ou imprudência – é um elemento necessário. A menos que eu faça uma ressalva expressa, entendo o termo “responsabilidade penal empresarial” excluindo as infrações de responsabilidade objetiva [*strict criminal liability*].

penal dos entes morais perpassa toda a história do pensamento ocidental; se estendem para muito além do Direito Empresarial, ou seja, desde o *Phaedo* de Platão até Boécio e Bartolus de Sassoferato; de Thomas Hobbes à John Locke.⁴ Dada a linhagem intelectual por trás do que, de outra forma, seria uma mera discordância política, talvez não seja muito surpreendente que o ceticismo em relação à responsabilidade penal das empresas nunca tenha sido completamente superado.

Não suponho que possamos romper esse impasse conceitual de uma só vez, se é que o conseguiremos, para resolver o desafio apresentado pela criminalidade empresarial. Mais precisamente, não precisamos fazê-lo. Como se vê, ao enfrentar essa mesma disputa, na passagem do século XIX para o século XX, os tribunais e os legisladores ficaram do lado dos defensores da responsabilidade penal corporativa, de uma forma que os cétricos não poderiam ou, pelo menos, não deveriam suportar. Os adeptos da responsabilidade penal da pessoa jurídica não apenas venceram a luta política; eles o fizeram de uma maneira que tornou a posição dos cétricos incompatível com fundamentos teóricos mais amplos, e que, agora, são indispensáveis para o tratamento das modernas corporações.

Este Artigo oferece duas contribuições para o debate sobre a responsabilidade penal empresarial: uma conceitual e outra prática. Em primeiro lugar, o mesmo argumento adotado pelos cétricos de hoje foi tentado, mas rejeitado, no final do século XIX, quando o poder de responsabilizar as empresas começou a se desenvolver. Os tribunais, que antes eram receptivos ao raciocínio dos cétricos, abandonaram a ideia — e, o que é mais importante, a relação entre personalidade e atribuição que a sustentava — por considerá-la cada vez mais insustentável em meio a um ambiente econômico em constante mutação, ambiente no qual as corporações se transformaram de entidades minúsculas, limitadas e quase estatais, em agentes dominantes, sofisticados e em franca expansão econômica. Enquanto isso, a adoção gradual da responsabilidade empresarial, tanto na esfera civil como na criminal, esteve intimamente ligada ao enfraquecimento do Direito Empresarial como instrumento regulatório. A mudança de orientação em direção à responsabilidade penal empresarial refletiu, portanto, um abandono mais amplo, tanto de uma concepção de personalidade anteriormente dominante, quanto de uma abordagem administrativo-regulatória corporativa, que se tornou ineficaz diante do desenvolvimento do moderno Direito Empresarial. Numa palavra, aos olhos do Direito Penal,

⁴ Vide Seção II.B, *infra*.

as empresas são consideradas como pessoas, não porque *sempre* puderam ser, mas porque se *tornaram* como tais.

Deixo para indicar mais adiante os aspectos práticos deste Artigo para, neste momento, registrar a ironia de minha abordagem. Hoje em dia, a história por trás do desenvolvimento do Direito Penal Empresarial é geralmente apresentada como decorrente de questões pragmáticas. Há um discurso padronizado na literatura sobre o nascimento repentino da responsabilidade penal corporativa em face de séculos de precedentes judiciais sedimentados em sentido contrário.⁵ Resumidamente, de acordo com a sabedoria recebida, os legisladores expandiram, no final do século XIX, a lei penal para as pessoas jurídicas como forma de prevenir os danos [*harms*] decorrentes das atividades das grandes corporações. Apesar dos citados precedentes e do senso comum, os tribunais concordaram em substituir a coerência teórica pela conveniência prática. Colocados em uma situação insustentável, os tribunais contornaram a intrincada questão da *mens rea* corporativa, através do expediente de importar do Direito Civil a *vicarious liability*, aplicando-a ao crime empresarial. Sob a perspectiva histórica, o legado dessa manobra permanece conosco até os dias atuais: as cortes federais ainda usam a *vicarious liability* para imputar a uma corporação as condutas transgressoras de quase todos os indivíduos que atuam dentro dela.⁶ Mas, se a contingência histórica de regular o poderio das corporações justificou o abandono da coerência dogmática, isso não mais se justificaria. Atualmente, o desenvolvimento dos instrumentos do Direito Civil e do Direito Administrativo poderiam alcançar os mesmos, ou até mesmo melhores, resultados, sem o peso das considerações ontológicas. Narrada a partir da perspectiva do pensamento cético de hoje, a história do desenvolvimento da responsabilidade penal da pessoa jurídica reforçaria a noção no sentido de que a sua adoção era e continua a ser desarrazoada, ao passo que o argumento da eficácia dissuasória da lei penal não mais justificaria nossa tolerância ao mencionado *nonsense* doutrinário.

Ocorre, porém, que essa narrativa histórica está errada. Ou melhor, está incompleta. Na verdade, há fatores que acabam tendo profundas implicações em nossa visão contemporânea. O desenvolvimento da responsabilidade penal da pessoa jurídica foi o reflexo de duas grandes mudanças que pouco são mencionadas pela doutrina do Direito Penal. Em primeiro lugar, uma série de alterações drásticas no Direito Empresarial, embora bem documentadas entre os estudiosos que trataram da evolução da legislação societária, é amplamente ignorada nas

⁵ Vide Seção III.A-B, *infra*.

⁶ Vide Seção III.A, *infra*.

discussões sobre o desenvolvimento da responsabilidade penal empresarial. Especificamente, nesse debate a respeito do desenvolvimento da responsabilidade penal da pessoa jurídica, quase nada é dito sobre as transformações do conceito e da finalidade da legislação societária.⁷ Essa omissão é um erro grave: O Direito Empresarial e o Direito Penal incorporaram abordagens diametralmente opostas sobre a regulação corporativa; a ascensão deste não pode ser entendida de forma isolada do declínio daquele. Mudanças quase revolucionárias no Direito Empresarial alteraram o modelo invasivo, que antes impunha a adoção de um determinado tipo de sociedade, passando a conferir uma maior liberdade aos indivíduos para que pudessem se organizar como bem lhes aprouvesse. Essas mudanças lançaram as bases para transformar as corporações em tipos sofisticados de entidades, capazes, inclusive, de se tornarem pessoas para fins penais.

Em segundo lugar, pouca atenção é dada aos argumentos reais apresentados ou às razões apresentadas pelos tribunais que desenvolvem a doutrina da responsabilidade penal. No entanto, o Direito é um trabalho de argumentação; os tribunais da época tiveram que lutar, muitas vezes de forma bastante explícita, com as implicações espinhosas acerca das consequências da extensão das responsabilidades civis e criminais às corporações.⁸ Na verdade, em vários domínios do Direito, os tribunais rejeitaram a confiança que existia sobre o que denomino, neste Artigo, da “concepção intrínseca de personalidade”, porque ela não fornecia mais uma estrutura viável para conceber e entender as corporações, que estavam se tornando cada vez mais diferentes dos seus paradigmas históricos.⁹ A concepção intrínseca de personalidade, entretanto, desempenha um papel central no argumento dos cétricos. Enquanto isso, o que eu chamo de “concepção pragmática de personalidade”, que as cortes de justiça passaram a adotar como uma alternativa viável, se desenvolveu no lado oposto ao impasse conceitual dos cétricos.¹⁰ Em termos teóricos, uma concepção pragmática de personalidade dá margem para genuínas atitudes corporativas, em termos gerais, e, especificamente, para a responsabilidade penal corporativa. Sob o aspecto legal, a concepção pragmática de personalidade fundamentou as reformas havidas no século XIX, que produziram a estrutura legal corporativa da atualidade.

⁷ Vide Seção III.A, *infra*.

⁸ Vide Seções III.B e IV.B, *infra*.

⁹ Vide Seção III.B, *infra*.

¹⁰ Vide Seção III.B, *infra*.

Vamos ao aspecto prático deste Artigo: Uma clara compreensão teórica sobre como e por que os tribunais passaram a responsabilizar penalmente as empresas, tem consequência profunda sobre o como e por que continuamos a responsabilizá-las até os dias de hoje.

De forma mais direta, o reconhecimento das condições sob as quais as corporações se tornaram pessoas para fins de Direito Penal, retirou dos debates contemporâneos um dos questionamentos acerca desta prática, e o fez sem ter que se aprofundar em nenhuma verdade metafísica sobre a natureza da personalidade. A concepção de personalidade subjacente ao desenvolvimento da responsabilidade penal corporativa passou a servir como “pedra de toque” da moderna estrutura do Direito Empresarial. Assim, os céticos podem até estar certos sobre a incoerência da responsabilidade penal da pessoa jurídica, mas apenas com base no pressuposto de um paradigma corporativo que não mais se sustenta. Por outro lado, levar a sério a objeção conceitual dos céticos, considerando nossos compromissos atuais, corre o risco de destruir as bases da legislação empresarial contemporânea. Seria uma vitória de Pirro. Prevaleceria um argumento contrário à responsabilidade penal da pessoa jurídica, cuja consequência incidental seria abalar as estruturas que criaram e sustentaram as modernas corporações.

Ademais, uma atenção especial ao citado raciocínio judicial traria uma nova luz sobre como aprimorar o aspecto mais negativo da doutrina da responsabilidade penal empresarial: a persistente disposição em usar a *vicarious liability* como substituta da genuína *mens rea* corporativa. Isso porque, não obstante o endosso que a Suprema Corte deu à *vicarious liability*, por ocasião do Caso *New York Central*,¹¹ os tribunais contemporâneos têm realmente se esforçado em ir além, ou seja, em atribuir algum sentido às genuínas atitudes corporativas. Esse esforço jurisprudencial forneceria uma “lente” para interpretar a prática federal — em oposição à doutrina federal — com uma melhor alternativa às abordagens articuladas há mais de um século. Neste sentido, aprimorar a responsabilidade penal corporativa não seria uma questão de reconstruir a instituição a partir do zero, mas, em vez disso, apenas transferir para o júri as considerações que estão sendo atualmente feitas pelos procuradores e juízes à sombra [como alternativa] da doutrina da *vicarious liability*, com o objetivo de alcançar a genuína *mens rea* corporativa. Em suma, a compreensão das práticas históricas mostraria como podemos melhorar o processo da responsabilidade penal corporativa; como os Procuradores e os Juízes estariam assimilando essas estratégias; e como todo esse empreendimento poderia ser feito em

¹¹ *New York Central & Hudson River R.R. Co. v. United States*, 212 U.S., 1909, pp. 494-495.

melhores bases conceituais e normativas, se alinhássemos a doutrina com a prática penal empresarial.

Por fim, a compreensão de que a responsabilidade penal da pessoa jurídica se desenvolveu por razões mais profundas do que a mera falta de alternativas regulatórias, traz à tona uma justificativa para a imputação penal ao ente moral que, na maioria das vezes, ficou esquecida no debate contemporâneo. Não obstante a sabedoria convencional dos argumentos dissuasórios, a análise da jurisprudência revela que os tribunais estão preocupados, em sua maioria, com uma constelação de considerações de justiça [*fairness*], como fundamento para a expansão da responsabilidade empresarial. Essas considerações refletem uma heurística processual segundo a qual os tribunais se esforçam para tratar todas as pessoas igualmente ou, ao menos, procuram não discriminar pessoas individuais¹² em favor de pessoas jurídicas.¹³ Assim, com relação à responsabilidade penal, as cortes se recusam a favorecer as empresas em detrimento das pessoas físicas, expondo estas, mas não aquelas, às duras sanções penais. O compromisso com esse sentimento qualificado de antidiscriminação se aplicaria, hoje, com a mesma força que há um século: Longe de ser uma prática outrora indesculpável, e, agora, supérflua, a responsabilidade penal da pessoa jurídica tem tantos motivos para atualmente existir, quanto tinha quando ela foi criada.

Este Artigo se apresenta da seguinte forma: A Parte II expõe o conflito entre cétricos e adeptos. Detalho a sabedoria recebida sobre o desenvolvimento histórico da responsabilidade penal das empresas. Em seguida, mostro como essa história é aproveitada para apoiar os cétricos no que é fundamentalmente uma disputa conceitual sobre a natureza da personalidade e da atribuição. Por fim, como minha opinião final é que os tribunais do século XIX realmente rejeitaram a metafísica dos cétricos em favor de uma concepção pragmática de personalidade, detalho as condições necessárias para satisfazer a personalidade de uma perspectiva pragmática.

A Parte III mergulha na história do desenvolvimento da responsabilidade penal corporativa. Com base no trabalho dos historiadores jurídicos, situo essa inovação ao lado das

¹² O senso comum é no sentido de se referir ao que eu chamo de “pessoas individuais” (presumivelmente humanos) como sendo “pessoas naturais”. Contudo, esta referência beneficia a posição dos cétricos no que diz respeito à questão da personalidade, que considero justamente estar em disputa. Agradeço a Peter Railton por insistir para que eu abandonasse o termo padrão.

¹³ De modo semelhante, embora os teóricos se refiram indistintamente a “pessoas jurídicas” e “pessoas artificiais”, esta última expressão traz a uma ambiguidade preocupante e evitável. Vide Saul A. Kripke, *Unrestricted Exportation and Some Morals for the Philosophy of Language*, in *PHILOSOPHICAL TROUBLES*, 2011, pp. 322-50. Diante disso, eu me restrinjo a utilizar o termo “pessoa jurídica”.

reinvenções radicais do Direito Empresarial e da personalidade jurídica das empresas, que ocorreram ao longo do século XIX. O ponto central dessa discussão é a mudança no Direito societário, tanto em nível legislativo quanto judicial, mudanças que criaram entes com sofisticação suficiente para contra eles se tornasse conveniente atribuir as características de personalidade relevantes para o Direito Penal — embora sob uma roupagem pragmática.

A Parte IV estabelece como as corporações se tornaram elegíveis para ter personalidade, conforme esse conceito é entendido pelo Direito Penal, e também como essa descoberta pode melhorar nossa prática moderna. Primeiro, demonstro que uma confluência de pressões regulatórias e econômicas transformou as empresas em agentes capazes de satisfazer os requisitos identificados na Parte II como essenciais para uma concepção pragmática de personalidade. Em seguida, concentro-me no raciocínio real utilizado pelos tribunais, especialmente os estaduais, abordando a própria disputa conceitual atual entre os cétricos e os adeptos da responsabilidade penal empresarial. Uma atenção especial ao raciocínio judicial demonstra que as técnicas regulatórias anteriores — elas próprias baseadas em uma concepção intrínseca de personalidade — tornaram-se impraticáveis à medida em que o papel, o escopo e a complexidade das atividades corporativas se expandiram por todo o tecido social. Argumento ainda que os tribunais não apenas rejeitaram a concepção intrínseca de personalidade, mas também começaram a identificar a concepção pragmática de personalidade como uma alternativa viável para dar sentido à atividade corporativa. Como prova disso, as cortes começaram a articular métodos baseados em princípios para atribuir genuínas atitudes coletivas às empresas. Essa abordagem apresenta um caminho para colocar nossa prática moderna em uma base mais sólida – e, como será visto, os primeiros passos em direção a essa base já foram dados por Juízes e Procuradores federais.

A Parte III trata do *quando*, a Parte IV trata do *como* e a Parte V trata do *porquê*. Finalizo o Artigo abordando as justificativas que os tribunais deram para apoiar o abandono da tradição em favor do desenvolvimento da responsabilidade penal da pessoa jurídica, e o que essa motivação nos diz sobre por que ainda devemos responsabilizar criminalmente as empresas. A responsabilidade penal empresarial foi desenvolvida por motivos mais profundos do que a mera falta de alternativas regulatórias. Os tribunais justificaram essa inovação apelando para uma série de considerações de justiça, todas centradas na preservação de um status igualitário, sem preferências, entre as pessoas. A expressão dessa justificativa, embora em boa parte esquecida no debate sobre os crimes empresariais, é tão valiosa hoje quanto era no passado.

II. DESAFIOS CÉTICOS À RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA: PERSPECTIVAS HISTÓRICAS E CONCEITUAIS

A. A HISTÓRIA CLÁSSICA DE COMO A RESPONSABILIDADE PENAL EMPRESARIAL SE DESENVOLVEU E POR QUE ELA É IMPORTANTE NA ATUALIDADE

Vamos começar com a sabedoria recebida — ou, pelo menos, com uma versão frequentemente apresentada — sobre como surgiu a responsabilidade penal das empresas e como essa história-padrão é utilizada, atualmente, para fundamentar o ceticismo sobre a necessidade da existência desse modelo de imputação. Embora eu me concentre em duas narrativas proeminentes, a invocação da mesma história, ou de uma história similar, é um truque comum na literatura geral sobre a teoria penal corporativa.¹⁴

1. A História

Durante séculos, entendeu-se que as corporações eram incapazes de satisfazer os requisitos mínimos do Direito Penal, que, em termos gerais, envolvem um ato proscrito (*actus reus*) realizado com um ânimo igualmente proscrito (*mens rea*).¹⁵ De acordo com o entendimento que prevaleceu no passado, as corporações não podiam satisfazer um ou ambos os requisitos porque não tinham os órgãos, comuns aos indivíduos, para realizar qualquer um deles. Neste sentido, os tribunais invocavam rotineiramente, como razão para negar direitos e deveres às corporações, a ausência de alguma característica comum às pessoas individuais. Atribui-se à Lord Coke a rejeição da responsabilidade penal porque “[as corporações] não têm

¹⁴ Sobre o assunto: William S. Laufer, *Corporate Bodies and Guilty Minds: The Failure of Corporate Criminal Liability*, 2006, pp. 3-44; Christopher D. Stone, *Where The Law Ends: The Social Control of Corporate Behavior*, 1975, pp. 18-30; Barbara A. Belbot, *Corporate Criminal Liability*, in *Understanding Corporate Criminality*. Michael B. Blankeship (ed.), 1993, pp. 219-23; William W. Bratton Jr., *The New Economic Theory of the Firm: Critical Perspectives from History*, in *STAN. LAW REV.*, 1989, p. 1471; James R. Elkins, *Corporations and the Criminal Law: An Uneasy Alliance*, in *KY. L.J.*, N. 65, 1976, p. 73; Regina A. Robson, *Crime and Punishment: Rehabilitating Retribution As a Justification for Organizational Criminal Liability*, in *AM. BUS. L.J.*, N. 47, 2010, pp. 111-19.

¹⁵ Vide Mihailis E. Diamantis, *Corporate Criminal Minds*, *NOTRE DAME L. REV.*, N. 91, 2016, p. 2054 (citando outros autores). [NOTA DO TRADUTOR: vide, igualmente, Mihailis E. Diamantis, *O Corpo Corporativo*, in *R-CPJM*, Vol. 2, Núm. 8, 2023, pp. 1-37].

alma”¹⁶ — o mesmo argumento foi apresentado pelo Papa Inocêncio IV, em 1246 d.C., para justificar sua decisão no sentido de que uma corporação não poderia ser excomungada.¹⁷ Da mesma forma, o *Chief Justice* Marshall argumentou que uma corporação, por ser “desprovida dos órgãos naturais do homem”, deveria ser proibida de firmar um contrato, exceto por meio de um instrumento escrito.¹⁸ E uma Corte de Nova York recusou-se a exigir que uma corporação consertasse uma estrada danificada por causa da sua negligência, na medida em que “certamente [uma corporação] não tem um corpo tangível. Ela não tem existência material; é incapaz de realizar trabalho físico, e, portanto, não pode ser obrigada a realizar uma impossibilidade”.¹⁹

De particular interesse para essa discussão é a aplicação do conceito da *mens rea* corporativa. O entendimento amplamente difundida, pelo menos até a virada do século XX, era o de que, como “motivo malicioso e intenção criminosa não podem ser atribuídos a uma empresa, em sua capacidade corporativa, ela não pode responder pelos crimes dos quais a malícia, ou alguma intenção criminosa específica, é um requisito essencial.”²⁰ Esse raciocínio predominava nas discussões sobre a expansão da responsabilidade corporativa, tanto para infrações intencionais civis quanto criminais. Por exemplo, a Suprema Corte do Missouri rejeitou a possibilidade de uma corporação (em particular, um banco) cometer um ilícito civil intencional, porque “(o) banco é uma corporação — não pode proferir palavras — não tem língua — não tem mãos para cometer uma agressão — não tem mente, coração ou alma para ser conduzido pela malícia”.²¹ A suposta impossibilidade de atribuir ações intencionais a uma corporação foi aceita com o beneplácito judicial inabalável, especialmente com relação à vedação da responsabilidade penal da pessoa jurídica, até o final do século XIX.²²

Apesar de séculos de consenso refletidos em décadas de jurisprudência, tanto estadual como federal, a mudança de orientação começou a ocorrer no final da década de 1880, culminando com a decisão da Suprema Corte de 1909, que corroborou a capacidade do

¹⁶ Case Sutton’s Hosp. 77 Eng. Rep. (K.B.), 1612, pp. 960, 973; Co. Rep. (Coke J.), 10, pp. 23a, 32b.

¹⁷ Vide Reuven S. Avi-Yonah, *The Cyclical Transformations of the Corporate Form: A Historical Perspective on Corporate Social Responsibility*, in DEL. J. CORP., N. 38, 2005, p. 780 (também citando Bartolus of Sassoferrato).

¹⁸ Bank of U.S. v. Dandridge, 25 U.S. (12 Wheat.), 1827, p. 92 (Marshall, C.J., dissentindo).

¹⁹ Bank of Ithaca v. King, 12 Wend. (N.Y. Sup. Ct.), 1834, p. 390.

²⁰ Owsley v. Montgomery & W. Point R.R. Co., 37 Ala., 1861, p. 563.

²¹ Childs v. Bank of Mo., 17 Mo., 1852, pp. 213, 215.

²² Vide, e.g., Commonwealth v. Proprietors of New Bedford Bridge, 68 Mass. (2 Gray), 1854, p. 345; State v. Morris & Essex R.R. Co., 23 N.J.L., 1852, p. 364. Vide tb. Parte III, *infra*.

Congresso de criar crimes com elementos intencionais aplicáveis às corporações.²³ Naturalmente, é preciso explicar *como e por que* essa mudança ocorreu. Por que o Judiciário e o Legislativo abandonaram um precedente de longa data para adotar uma posição que, até então, era tida como impossível? E como eles, especialmente os tribunais, justificaram essa radical mudança de orientação?

a. Por que os tribunais adotaram repentinamente a responsabilidade penal das pessoas jurídicas?

De acordo com a sabedoria recebida, os tribunais substituíram a coerência teórica pela conveniência prática. A questão específica que foi enfrentada consistiu no problema, cada vez mais evidente, dos graves danos decorrentes das atividades corporativas, juntamente com a relativa escassez de mecanismos regulatórios extrapenais idôneos para impedir ou conter esses danos. Neste sentido, Kathleen Brickey pondera que as primeiras ações penais contras as empresas refletiram o fato de que “a responsabilidade penal da pessoa jurídica foi mais uma resposta eficaz aos problemas criados pelas atividades empresariais, considerando as soluções privadas então existentes.”²⁴ Indo além, Vikramaditya Khanna sustenta que, “diante da ausência, antes do início do século XX, de efetivos instrumentos civis de caráter geral, a responsabilidade penal corporativa parece ter sido a única opção disponível para atender tanto à proteção do interesse público, como à necessidade de responsabilização dos danos corporativos.”²⁵

Em outras palavras, a responsabilidade penal da pessoa jurídica se desenvolveu porque o Direito Penal oferecia o melhor e, potencialmente, o único fórum para que os Estados incentivassem as empresas a evitar ou limitar as más condutas corporativas. Nesse sentido, não havia nada de especial no fato dos tribunais terem começado a responsabilizar criminalmente as empresas. Houvesse outro mecanismo de efetividade [*enforcement*] disponível, talvez a responsabilidade penal da pessoa jurídica nunca tivesse surgido.

²³ New York Central & Hudson River R.R. Co. v. United States, 212 U.S., 1909, pp. 494-495.

²⁴ Kathleen F. Brickey, *Corporate Criminal Accountability: A Brief History and an Observation*, in WASH. U.L.Q., N. 60, 1982, p. 423.

²⁵ V.S. Khanna, *Corporate Criminal Liability: What Purpose Does It Serve?* In HARV. L. REV., N. 109, 1996, p. 1486 (nota de rodapé suprimida). No mesmo sentido, Brickey, *Corporate Criminal Accountability...*, cit., p. 422.

b. *Como os tribunais lidaram com os obstáculos conceituais para responsabilizar criminalmente as empresas?*

Mesmo assumindo a necessidade de usar o Direito Penal como um paliativo regulatório para impedir os danos corporativos, ainda é preciso explicar como as cortes conseguiram superar os obstáculos conceituais que, por tanto tempo, impediram a responsabilidade penal da pessoa jurídica. Como os tribunais resolveram a espinhosa questão dos atos intencionais das empresas? De acordo com os registros históricos, eles não resolveram. Ou, conforme a irônica observação de Gerhard Mueller sobre o desenvolvimento da *mens rea* corporativa, “ao ignorar o problema, eles o resolveram.”²⁶

De acordo com a sabedoria recebida, os tribunais importaram a *vicarious liability* — ou seja, a doutrina do *respondeat superior* — do Direito Civil para o Direito Penal, como meio de evitar o desafio dogmático consistente na atribuição de ações intencionais a uma corporação.²⁷ De acordo com a doutrina do *respondeat superior*, “[um] mestre responde pelos atos ilícitos de seus servos, cometidos quando agiam no âmbito dos seus serviços.”²⁸ Aplicando, por analogia, o *respondeat superior* ao contexto corporativo, um tribunal poderia imputar às corporações as ações e as atitudes intencionais de um empregado, quando atuasse no escopo do seu emprego. Fundamentalmente, um tribunal nunca precisaria considerar a capacidade do mestre corporativo de possuir suas próprias atitudes intencionais; sob a doutrina do *respondeat superior*, as únicas atitudes relevantes são aquelas praticadas pelo servo individual.

A mais famosa utilização dessa estratégia ocorreu no Caso *New York Central & Hudson River Railroad Co. v. United States*, no qual a Suprema Corte afirmou, pela primeira vez, que o Congresso tinha o poder de criar uma lei criminalizando comportamentos intencionais aplicáveis aos entes morais.²⁹ Assim agindo, a Suprema Corte transportou, expressamente, a doutrina civilista ao Direito Penal, sustentando que uma corporação poderia “responder com o

²⁶ Gerhard O.W. Mueller, *Mens Rea and the Corporation: A Study of the Model Penal Code Position on Corporate Criminal Liability*, U. PITT. L. REV., N. 19, 1957, p. 39.

²⁷ Brickey, *Corporate Criminal Accountability...*, cit., pp. 416-421 (discutindo o desenvolvimento da *vicarious liability* e sua importação para o Direito Penal). No mesmo sentido: Sarah Sun Beale, *The Development and Evolution of the U.S. Law of Corporate Criminal Liability and the Yates Memo*, in STETSON L. REV., N. 46, 2016, p. 41.

²⁸ RESTATEMENT (SECOND) OF AGENCY § 219 (AM. LAW INST. 1958).

²⁹ *New York Central & Hudson River R.R. Co.*..., cit., p. 481.

conhecimento [*knowledge*] e propósito [*purpose*] dos seus integrantes.”³⁰ Dessa forma, a “antiga e desgastada doutrina”³¹ — segundo a qual uma corporação não poderia cometer crime — foi deixada de lado sem que se desse a mínima atenção aos desafios conceituais que, por tanto tempo, protegeram as empresas da responsabilidade penal.

2. Como os modernos céticos alavancaram a história padrão do desenvolvimento da responsabilidade penal das empresas

Bem apresentada, a sabedoria recebida sobre o desenvolvimento histórico da responsabilidade penal da pessoa jurídica oferece uma crítica devastadora ao prosseguimento desse modelo de punição.

Em primeiro lugar, na visão dos céticos, a prática, desde o início, carecia de uma base conceitual sólida para justificar a inovação — um argumento explicitado em opiniões anteriores, e que se encontrava implícito na decisão de usar o respondeat superior para contornar a discussão da mens rea corporativa. Ocorre que, desde o julgamento da Suprema Corte, nada mudou. Ou seja, a mesma estratégia para contornar a possibilidade de ações intencionais corporativas, usando a teoria civilista do respondeat superior, prevalece até os dias atuais.³² O New York Central não apenas continua sendo uma boa regra, mas seu método de atribuir atitudes a uma corporação continua a ser a pedra angular de toda a doutrina federal sobre o Direito Penal Empresarial.³³ Ou seja, esta doutrina continua a imputar atitudes a uma corporação por meio do respondeat superior, não sendo outro o motivo pelo qual as cortes federais têm sido sistematicamente criticadas.³⁴

³⁰ *Idem*, p. 495.

³¹ *Idem*, p. 496.

³² Vide, e.g., *United States v. Park*, 421 U.S., 1974, p. 670; e *United States v. A & P Trucking Co.*, 358 U.S., 1958, p. 125 (reafirmando que os tribunais podem considerar as empresas “culpadas por saber ou querer a violação de dispositivos legais, por intermédio da doutrina do *respondeat superior*.”).

³³ O Código Penal Modelo [*Model Penal Code*] limita a atribuição de responsabilidade à corporação aos casos em que houver uma atitude intencional demonstrada pelos “integrantes da alta administração.” (MODEL PENAL CODE § 2.07, item 1, al. “c”). Doze Estados seguem este modelo de imputação. Cf. Elizabeth K. Ainslie, *Indicting Corporations Revisited: Lessons of the Arthur Andersen Prosecution*, in AM. CRIM. L. REV., N. 43, 2006, p. 107, Apêndice B.

³⁴ Para além da crítica cética aqui apresentada, argumenta-se que a *vicarious liability* conduz a um modelo demasiadamente amplo de responsabilidade penal corporativa. Vide Jennifer Arlen, *Removing Prosecutors from the Boardroom: Limiting Prosecutorial Discretion to Impose Structural Reforms*, in *Prosecutors in the Boardroom: Using Criminal Law to Regulate Corporate Conduct*. Anthony S. Barkow & Rachel E. Barkow (eds.), 2011, pp. 62, 65. [doravante *Prosecutors in the Boardroom*]. Argumentando que esse modelo não conseguiria atingir o objetivo pretendido pela Corte Suprema, isto é, ele não consegue dissuadir as empresas de

Em segundo lugar, a justificativa para o desenvolvimento da responsabilidade penal corporativa — como visto, ela surgiu como sendo o melhor ou, talvez, o único meio para os Estados impedirem as empresas de causar danos — pressupõe que nenhuma outra fundamentação poderia ser utilizada. Neste sentido, a análise de Brickey e de Khanna “tratam a dissuasão [deterrence], e não a retribuição, como o objetivo central tanto da responsabilidade penal empresarial como da responsabilidade civil empresarial.”³⁵ Essa abordagem é claramente majoritária na doutrina contemporânea. Neste sentido, Regina Robson observa que ocorreu a “eliminação virtual da retribuição” como “um objetivo reconhecido da sanção penal [corporativa].”³⁶ Da mesma forma, qualquer eloquência de raciocínio se perde na ausência de uma personalidade corporativa, isto é, com a empresa sendo entendida como portadora da subjacente capacidade para cometer crimes. Sobre esse ponto, Albert Alschuler argumenta que, como em sua opinião uma empresa é incapaz de ser responsabilizada criminalmente, puni-la seria um exemplo de deodand, referindo-se à “punição de um animal ou um ser inanimado que causou a morte de uma pessoa.”³⁷

A ideia de dissuasão, por si só, é uma fundamentação fraca sobre a qual se possa apoiar inteiramente a responsabilidade penal. Como bem observado por Gregory Gilchrist, “cenoura e porrete não são razões suficientes para a imposição de responsabilidade penal contra as corporações.”³⁸ Certamente, há aqueles que argumentam que a sanção penal dissuade de maneira mais eficaz do que através da ameaça da responsabilidade civil.³⁹ Contudo, uma vez que se conceda espaço à sabedoria recebida, torna-se muito mais difícil manter a prática. Neste particular, argumentam os críticos, as circunstâncias históricas, que antes tornaram razoável o uso da responsabilidade penal corporativa, não existem mais. Atualmente, existem as instâncias civis e administrativas, por intermédio das quais os Estados podem regular e disciplinar, enfaticamente, as atividades empresariais. Presumivelmente, essas duas vias extrapenais ofereceriam metodologias de regulação mais eficazes do que o Direito Penal. Por exemplo, as

cometerem crimes, vide V.S. Khanna, *Is the Notion of Corporate Fault a Faulty Notion?: The Case of Corporate Mens Rea*, B.U. L. REV., N. 79, 1999, pp. 355-356.

³⁵ Kathleen F. Brickey, *Corporate Criminal Accountability...*, cit., pp. 1494 (citando várias fontes na nota de rodapé n. 91 da p. 1494).

³⁶ Regina A. Robson, *Crime and Punishment...*, cit., p. 121.

³⁷ Vide Albert W. Alschuler, *Ancient Law and the Punishment of Corporations: Of Frankpledge and Deodand*. In B.U. L. REV., N. 71, 1991, p. 307; Albert W. Alschler, *Two Ways to Think About the Punishment of Corporations*. In AM. CRIM. L. REV., N. 46, 2009, pp. 1360-61.

³⁸ Cf. Gregory M. Gilchrist, *The Expressive Cost of Corporate Immunity*, in HASTINGS L.J., N. 64, 2012, p. 6.

³⁹ E.g., Samuel W. Buell, *The Blaming Function of Entity Criminal Liability*, IND. L.J., V. 81, 2006, p. 473.

instâncias extrapenais podem estabelecer padrões mais baixos do ônus probatório do dano empresarial, além do que as corporações careceriam das garantias constitucionais inerentes ao processo penal, que existem, naturalmente, na esfera criminal. Sendo assim, Khanna conclui que a responsabilidade penal da pessoa jurídica deveria ser simplesmente abandonada:

[A]s circunstâncias que anteriormente tornavam desejáveis, para a sociedade, a responsabilidade penal corporativa, atualmente são quase inexistentes.

(...)

Alguma justificativa razoável para a responsabilidade penal corporativa pode ter existido no passado, quando eram poucos desenvolvidos os mecanismos eficazes de natureza civil. Porém, sob a perspectiva dos efeitos dissuasórios, carece de razoabilidade o prosseguimento da responsabilidade penal corporativa, tendo em vista a superioridade da responsabilidade civil nesta matéria.⁴⁰

Esta conclusão bem sintetiza como os céticos da responsabilidade penal da pessoa jurídica são capazes de alavancar a história padrão para, ao mesmo tempo, explicar e sabotar a nossa prática penal atual. Neste sentido, o desenvolvimento da responsabilidade penal corporativa teria sido uma compreensível, muito embora conceitualmente injustificável, *aberração* histórica. Diante do seu questionável valor dissuasório, dos desafios científicos que, de longa data, ela impõe, bem assim dos danos reais que ela causa aos indivíduos em termos gerais, a responsabilidade penal da pessoa jurídica deveria ser enviada para a lata de lixo da história.

B. AS DISPUTAS SOBRE O DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DA RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA SÃO CONCEITUAIS, NÃO HISTÓRICAS

Apesar da discussão acima apresentada, a crítica dos céticos da responsabilidade penal da pessoa jurídica, exposta neste Artigo, é de natureza conceitual, e não histórica. O Direito trata as corporações como pessoas sob vários parâmetros legais e constitucionais.⁴¹

⁴⁰ V.S. Khanna, *Corporate Criminal Liability...*, cit., p. 1532-1534.

⁴¹ *E.g.*, Santa Clara City v. S. Pac. R.R. Co., 118 U.S., 1886, p. 394 (14ª Emenda); Bank of Augusta v. Earle, 38 U.S. (13 Pet.), 1839, p. 588 (jurisdição, privilégios e imunidades); Bank of U.S. v. Dandrigne, 25 U.S. (12 Wheat.), pp. 70-73 (direito dos contratos); cf. Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc. 134 S. Ct., 2014, p. 2769 (“o termo pessoa às vezes abrange as pessoas artificiais (...) e, às vezes, se limita às pessoas naturais” (citando o *Dictionary Act*, 1 U.S.C. § 1, 2012)).

Especificamente para o nosso propósito, o termo “pessoa” em Direito Penal se refere aos entes para os quais, entre outros efeitos, é possível atribuir ações intencionais.⁴² Essa limitação decorre dos pressupostos científicos do Direito Penal, que responsabiliza uma pessoa pela prática de uma conduta proibida (*actus reus*), quando realizada simultaneamente com uma intenção proibida (*mens rea*).⁴³ Na realidade, o cético oferece a história padrão como evidência circunstancial de sua crítica teórica central, que pode ser captada em um silogismo simples, porém poderoso:

- P1. Se X é uma pessoa para fins de responsabilidade penal, então X é, pelo menos, capaz de cometer um ato proibido quando tiver uma atitude intencional proibida.
 P2. Uma corporação não é capaz de possuir uma atitude intencional.

C. Portanto, uma corporação não é uma pessoa para fins de responsabilidade penal.

Não há nada logicamente problemático com a estrutura deste argumento; ele é dedutivamente válido. Ao revés, a controvérsia entre céticos e favoráveis à responsabilidade penal da pessoa jurídica se concentra, basicamente, na validade da segunda premissa (P2): a de que as corporações seriam incapazes de possuir atitudes intencionais. Como essa discordância evidencia concepções amplamente distintas de personalidade, e formas de imputação, vale a pena definir exatamente a natureza da discordância.

1. Concepção intrínseca de personalidade e premissa da pessoa individual

Começamos com afirmações em apoio à premissa de que as corporações são incapazes de possuir atitudes intencionais. Com efeito, os céticos modernos ecoam séculos de raciocínio judicial precedentes. Especificamente, eles argumentam que uma corporação não teria uma mente distinta; que uma mente é necessária para atribuir intenções pelo Direito Penal; e que, portanto, uma corporação é incapaz de ser responsabilizada criminalmente. Por exemplo, Jeffrey Parker ridiculariza o desenvolvimento da responsabilidade penal da pessoa jurídica, que ocorreu “deixando de lado as preocupações sobre a falta da *mens rea*”, quando “[o] ente

⁴² Vide o MODEL PENAL CODE § 2.02, indicando os requisitos gerais de culpabilidade.

⁴³ Wayne R. LaFare, *Substantive Criminal Law* (2nd ed.), 2003, § 1.2.

corporativo foi tratado como uma pessoa, dotando-o de uma ‘mente’ corporativa que pudesse ser considerada culpada.”⁴⁴ Da mesma forma, Richard Epstein argumenta que “por princípio, a lei deve rejeitar a responsabilidade penal da pessoa jurídica, com base no fundamento amplamente reconhecido de que as corporações não têm estado de espírito, seja para deflagrar ações, seja para fechar os olhos diante da sua ocorrência ou, ainda, seja para demonstrar indiferença aos seus efeitos.”⁴⁵ Da mesma forma, os Professores Fischel e Sykes afirmam que as “[c]orporações são ficções legais, e ficções legais não podem cometer ações criminosas; nem podem possuir *mens rea*, um estado mental culpado. Somente as pessoas podem agir e somente as pessoas podem ter um estado mental culpado.”⁴⁶ Outros doutrinadores adotam orientações similares.⁴⁷

Para ser justo, o ceticismo se estende para além do Direito Penal Empresarial. Há filósofos que realizam investigações científicas sobre a natureza e a possibilidade de responsabilização de agências ou coletividades, e que endossam conclusões semelhantes.⁴⁸ Mais notavelmente, há filósofos que são expressamente favoráveis à ideia de que uma coletividade deve ser responsabilizada separadamente de seus membros, mas, no entanto, rejeitam para ela a possibilidade de atitudes intencionais coletivas. Larry May, por exemplo, diz que “intenções coletivas propriamente ditas, ou seja, dizer que um grupo pode ter uma intenção, de maneira similar àquela que as pessoas individuais possuem, é uma ficção.”⁴⁹ De forma mais incisiva, Marion Smiley observa que “coletividades não parecem ter mentes e, conseqüentemente, não parecem ser capazes de formular intenções.”⁵⁰

Qual é a base para negar a possibilidade de genuínas atitudes corporativas, suficientes para permitir a responsabilidade criminal? Operando em um plano secundário, estaria tanto uma

⁴⁴ Jeffrey S. Parker, *Corporate Crime, Overcriminalization, and the Failure of American Public Morality*, in *The American Illness: Essays on the Rule of Law*. F.H. Buckley (ed.), 2013, p. 411.

⁴⁵ Richard Epstein, *Deferred Prosecution Agreements on Trial: Lessons from the Law of Unconstitutional Conditions*, in *Prosecutors in the Boardroom...*, cit., p. 45.

⁴⁶ Daniel R. Fischel & Alan O. Sykes, *Corporate Crime*, in *J. LEGAL STUD.*, N. 25, 1996, p. 320. Vide tb. Manuel Velasquez, *Debunking Corporate Moral Responsibility*, in *BUS. ETHICS Q.*, N. 13, 2003, pp. 545-46.

⁴⁷ Vide, e.g., Kathleen F. Brickey, *Corporate Criminal Accountability...*, cit., p. 411; John Hasnass, *The Centenary of a Mistake: One Hundred Years of Corporate Criminal Liability*, in *AM. CRIM. L. REV.*, N. 46, 2009, pp. 1332-33; e Manuel Velasquez, *Debunking Corporate Moral Responsibility...*, cit., pp. 543-46.

⁴⁸ Vide, e.g., Michael McKenna, *Collective Responsibility and an Agent Meaning Theory*, in *MIDWEST STUD. PHIL.*, N. 30, 2006, p. 31.

⁴⁹ Larry May, *The Morality of Groups: Collective Responsibility, Group-Based Harm, and Corporate Rights*, 1987, pp. 64-65.

⁵⁰ Marion Smiley, *From Moral Agency to Collective Wrongs: Re-Thinking Collective Moral Responsibility*, in *J.L. & POL'Y*, N. 19, 2010, p. 185.

concepção particular de personalidade, quanto uma visão concomitante sobre a natureza da atribuição e sua relação com a personalidade. Começemos com a última.

Os tipos de alegações de impossibilidade que são centrais para o ceticismo sobre responsabilidade penal corporativa, em seu sentido mais amplo, postulam uma específica relação limitante entre os conceitos de personalidade e de atribuição. Neste sentido, até mesmo os adeptos da responsabilidade penal corporativa admitem, ou às vezes assumem, que certos modelos de imputação somente podem ser dirigidos às pessoas individuais — isto é, aos seres humanos. Por exemplo, atribuir fala a uma pessoa pressupõe que ela tenha uma boca para falar; atribuir conduta a uma pessoa pressupõe que ela tenha um corpo com o qual possa agir; atribuir intenções a uma pessoa pressupõe que ela tenha uma mente com a qual possa pensar. O resultado dessa suposição é que determinar o intervalo de atribuições disponíveis exigiria, primeiro, determinar se o ente é um indivíduo. Chamo essa relação limitante de “premissa pessoa-individual”. De acordo com a premissa pessoa-individual, um ente deve possuir uma mente única e natural para que atitudes intencionais sejam a ela atribuíveis.

A premissa pessoa-individual opera contra o fundamento de uma concepção específica de personalidade, que eu chamo de “concepção intrínseca de personalidade”. John Dewey, ao analisar as discussões amplamente semelhantes sobre responsabilidade corporativa e personalidade corporativa, que então grassavam na década de 1920, sintetizou a ideia central da concepção intrínseca de personalidade:

O postulado, que tem sido um princípio controlador, embora geralmente feito inconscientemente, levando à junção das noções vulgar e filosófica de pessoa com a noção legal de pessoa, é a concepção de que, antes que qualquer coisa possa ser uma pessoa jurídica, *ela deve possuir intrinsecamente certas propriedades, cuja existência é necessária para se constituir como uma pessoa.*⁵¹

Estas “certas propriedades” seriam, para os propósitos da pessoa individual, características de indivíduos que licenciam os tipos de atribuições atitudinais tidas como fundamentais para a responsabilidade penal. Nessa concepção, a personalidade, e portanto as atribuições licenciadas pela personalidade, “refletem uma definida concepção metafísica a

⁵¹ John Dewey, *The Historic Background of Corporate Legal Personality*, in YALE L.J., N. 35, 1926, p. 658 (grifou-se). Vide tb. Margaret M. Blair, *Corporate Personhood and the Corporate Persona*, in U. ILL. REV., N. 3, 2013, pp. 807-08, registrando o efeito duradouro da contribuição de Dewey.

respeito da natureza das coisas”, e “procedem em termos de uma essencial e universal natureza intrínseca.”⁵² E embora a retórica de Dewey possa parecer um pouco anacrônica para o estudioso moderno, ela está apontando uma concepção de personalidade com um pedigree prestigioso e duradouro. Neste sentido, Reuven Avi-Yonah associa esta concepção dos entes morais ao pronunciamento do Papa Inocêncio IV, feito em 1246 d.C., quando discutia a possibilidade de excomunhão das corporações.⁵³ Uma vertente similar dessa ideia intrínseca estaria presente na discussão de Platão sobre a imortalidade e a alma.⁵⁴ Em paralelo, os Professores List e Pettit argumentam que a concepção intrínseca de personalidade também desempenharia um papel fundamental na obra de Boécio.⁵⁵

2. A concepção pragmática da personalidade

Como não deveria ser surpresa, muitos proponentes da responsabilidade penal da pessoa jurídica consideram possível e perfeitamente razoável atribuir atitudes intencionais a uma corporação. Mas, novamente, essa orientação sobre a natureza da atribuição operaria contra o fundamento de uma concepção de personalidade distinta da concepção intrínseca. Chamemos essa orientação de “concepção pragmática de personalidade”. Aqui, “[s]er uma pessoa é deter a capacidade de atuar como uma pessoa”, o que quer significar, no contexto legal, “ser parte de um sistema de convenções aceitas, como ocorre no sistema jurídico, sob o qual alguém tem a faculdade de contrair obrigações com outros, e (...) derivando obrigações recíprocas entre as partes.”⁵⁶ Em outras palavras, o termo “pessoa” indica uma categoria restrita de agente: alguém que “pode efetivamente atuar no âmbito das obrigações”, relacionando-se com outros agentes.⁵⁷ Neste sentido, a personalidade jurídica define um agente que pode atuar efetivamente no espaço das obrigações legais. Fundamentalmente, nada nessa categorização da personalidade pressupõe a existência tangível de um corpo ou uma mente. A aferição da existência da

⁵² John Dewey, *The Historic Background of Corporate Legal Personality...*, cit., p. 660.

⁵³ Reuven S. Avi-Yonah, *The Cyclical Transformations of the Corporate Form...*, cit., pp. 780-81, especialmente a nota de rodapé n. 38 da p. 780.

⁵⁴ Vide Platão, *Phaedo*. G.M.A. Grube trans., 6th ed., 1977, pp. 30-31

⁵⁵ Christian List & Philip Pettit, *Group Agency: The Possibility, Design, and Status of Corporate Agents*. Oxford University Press, 2011, p. 173.

⁵⁶ Vide a nota de rodapé n. 173.

⁵⁷ *Idem*. Vide tb. Daniel Dennet, *Conditions of Personhood*, in *The Identities of Persons*. Amélie Oksenberg Rorly (ed.), 1976, pp. 177-78.

personalidade pressupõe que um ente tenha demonstrado sua capacidade de satisfazer as condições reconhecidamente rigorosas de desempenho efetivo, e não dele possuir propriedades intrínsecas específicas, ou seja, ser de carne e osso.⁵⁸

Novamente, voltemos para a doutrina de Dewey. Após catalogar a confusão jurídica gerada pela concepção intrínseca de personalidade, Dewey sugere, em vez dessa categoria, que o termo “pessoa” passasse a ser definido pragmaticamente — isto é, que a personalidade passasse a ser avaliada levando em conta se o ente em questão é capaz de “exibir as consequências especificadas” da personalidade.⁵⁹ Para os nossos objetivos, é particularmente relevante a sugestão de Dewey no sentido de que os tribunais devam atribuir atitudes intencionais às pessoas físicas e jurídicas da mesma forma: “[D]eterminando a ausência ou presença de ‘intenção’, e o tipo de ‘intenção’, por intermédio das concretas consequências, precisamente como determinamos a ‘negligência’.”⁶⁰

Em termos gerais, a concepção pragmática de personalidade inverte a relação entre personalidade e atribuição. A premissa da pessoa individual limita as atribuições àqueles entes já estabelecidos como pessoas individuais; mais especificamente, ela investiga as características internas de um ente para determinar quais atribuições são (in)admissíveis. Em contraste, a abordagem pragmática avalia a personalidade de acordo com o desempenho observável [extrínseco] de um ente. A atribuição, nestes termos, se torna uma prática interpretativa. Como bem pontuado pelos Professores Anderson e Pildes:

Para interpretar o que uma ação significa, tentemos identificar o que o agente está fazendo. Os atos são identificados, não por meras descrições físicas de movimento corporal, mas pelas intenções que eles expressam e que lhes dão significado. Interpretação é uma questão de dar sentido ao discurso ou à ação em seu contexto.⁶¹

⁵⁸ Vide Christian List & Philip Pettit, *Group Agency...*, cit., p. 173 (“[M]apeando a distinção entre pessoas e não pessoas na divisão entre agentes que podem ser incorporados em um sistema convencional de obrigações mútuas, e agentes (...) que não têm essa capacidade.”). Com abordagem similar, vide Thomas M. Powers, *On the Moral Agency of Computers*, in *TOPOI INT’L REV. PHILL.*, N. 32, 2013, pp. 228-29.

⁵⁹ John Dewey, *The Historic Background of Corporate Legal Personality...*, cit., pp. 661-62.

⁶⁰ *Idem*, p. 663.

⁶¹ Elizabeth S. Anderson & Richard H. Pildes, *Expressive Theories of Law: A General Restatement*, *U. PA. L. REV.*, N. 148, 2000, pp. 1507.

Nesta perspectiva, se um ente é capaz de expressar atitudes — bem como o conteúdo dessas atitudes — é uma questão de interpretação externa do seu comportamento, através da qual as expressões de atitudes intencionais, por intermédio de palavras ou ações, se incorporam e se tornam reconhecíveis.⁶²

Concepções pragmáticas de personalidade também possuem um longo pedigree histórico. Por exemplo, vemos essa concepção de personalidade na sugestão de Locke no sentido de que a personalidade é um conceito forense que “apropria [a]ções e seus [m]éritos; e, portanto, pertence apenas a [a]gentes inteligentes, capazes perante a [l]ei.”⁶³ Hobbes também abraçou uma noção que se aproxima de uma concepção pragmática.⁶⁴ Quanto aos fundamentos teóricos contemporâneos, deixo para discutir na Seção II.C, *infra*.

3. Evitando a discussão

Está fora dos propósitos deste Artigo declarar um vencedor, ao nível puramente teórico, da controvérsia fundamental entre cétricos e favoráveis, no que diz respeito à concepção adequada de personalidade e o seu impacto na natureza da atribuição.⁶⁵ Por ora, considero que cada teoria é bem-sucedida nos seus respectivos argumentos — quero dizer, elas são internamente consistentes. Não estou interessado em sustentar que uma teoria está correta em algum sentido profundo e metafísico — de minha parte, tenho dúvidas quanto à existência de uma resposta válida. Em vez disso, procuro seguir um caminho diferente.

Primeiramente, as Partes II e III do Artigo demonstram que, de fato, os favoráveis à responsabilidade penal da pessoa jurídica “ganham” essa disputa na época em que a doutrina havia sido inicialmente desenvolvida. Em segundo lugar, essa vitória não poderia ser revertida sem causar danos profundos, sem dúvida existenciais, ao moderno Direito Empresarial. Levar o argumento cétrico a sério, apesar da sua consistência lógica, acabaria, de fato, com qualquer justificativa plausível para responsabilizar penalmente as corporações — mas também poderia acabar com as modernas corporações econômicas, tal como as conhecemos.

⁶² *Idem*, p. 1513 (“As teorias expressivas da ação fazem as pessoas responsáveis pelo significado público das suas ações.”).

⁶³ John Locke, *Of Identity and Diversity*, in *An Essay Concerning Human Understanding*, 1694. Peter H. Nidditch (ed.), 1975, p. 346.

⁶⁴ Cf. Christian List & Philip Pettit, *Group Agency...*, cit., pp. 170-73.

⁶⁵ Eu abordo essa questão mais profundamente em outro lugar. Vide W. Robert Thomas, *The Ability and Responsibility of Corporate Law to Improve Criminal Fines*, in *OHIO ST. L.J.*, N. 78, 2017, pp. 624-45.

Vale a pena debulhar o que quero dizer quando afirmo que os favoráveis “ganharam” o debate sobre a responsabilidade penal corporativa. Com efeito, há uma interpretação incontroversa, segundo a qual os proponentes ganharam a disputa porque os tribunais passaram a responsabilizar criminalmente as corporações. Contudo, para os céticos essa opção das cortes foi errônea, pois se baseou em uma confusão conceitual que foi, mas não é mais, desculpável. Diante disso, uso o termo “ganharam” em um sentido mais profundo, isto é, para significar que os favoráveis não só tiveram as suas preferências políticas favorecidas, como, também, tiveram sua subjacente estrutura conceitual acolhida e incorporada pelo Direito.⁶⁶

Minha opinião é que os tribunais do século XIX não expandiram irrefletidamente a responsabilidade penal para alcançar as corporações. Na verdade, a orientação que foi adotada pelos tribunais refletiu tanto a rejeição da concepção intrínseca de personalidade, incompatível com aquele momento histórico, como uma mudança na direção da concepção pragmática de personalidade. E quando digo que essa vitória não pode ser facilmente revertida, quero dizer que a mudança na orientação judicial refletiu, na verdade, as mudanças subjacentes no papel e na natureza das corporações e do próprio Direito Empresarial, que fez com que a anterior da concepção intrínseca se tornasse, até os dias atuais, cada vez mais insustentável.

Por agora, porém, e antes de voltar minha atenção para a vitória histórica do pragmatismo e suas consequências modernas, preciso falar um pouco mais sobre o que é preciso para ser elegível como sendo uma pessoa, nos termos da concepção pragmática de personalidade.

C. O QUE É PRECISO PARA SER LEGALMENTE UMA PESSOA (EM TERMOS PRÁTICOS)

Começemos com a elegibilidade de uma corporação para ser responsável perante a lei. Como se sabe, o Direito Penal atribui responsabilidades às pessoas. Para tanto, é necessário demonstrar a convergência adequada entre ação ilícita (*actus reus*) e atitude mental (*mens rea*).⁶⁷ Assim, a questão da elegibilidade pode ser entendida perguntando se uma corporação pode se qualificar como pessoa, consoante a referida categorização da lei penal. Neste

⁶⁶ Cf. Elizabeth Pollman, *Reconceiving Corporate Personhood*, Utah L. Rev., 2011, p. 1629 (traçando o desenvolvimento histórico da abordagem pragmática da personalidade jurídica corporativa, enfocando suas raízes na jurisprudência dos direitos do contrato e da propriedade).

⁶⁷ Cf. Wayne R. LaFave, *Substantive Criminal Law...*, cit., § 1.2.

particular, dirijo minha atenção para verificar se podemos razoavelmente atribuir à uma corporação ações e atitudes necessárias para satisfazer os requisitos legais do *actus reus* e da *mens rea*.

1. *Abordagens pragmáticas para Agência*

Demonstrar a capacidade de atuar como pessoa requer, pelo menos, a habilidade de possuir estados intencionais e uma capacidade de atuar. Estados intencionais consistem em uma atitude e uma proposição em relação à qual essa atitude se sustenta.⁶⁸ Uma atitude pode descrever a maneira de ver o mundo — por exemplo, eu posso acreditar que a proposição “o copo d’água está cheio” é falsa. Alternativamente, uma atitude pode descrever a maneira como o agente quer que seu ambiente seja — então, eu posso desejar que a proposição “o copo d’água está cheio” seja verdadeira. Enquanto isso, a capacidade de ação se refere especificamente à habilidade de um agente para, primeiro, identificar uma divergência entre o ambiente como ele é e o ambiente que ele deseja, e, segundo, para tomar medidas adequadas para reconciliar esta divergência. Para concluir o exemplo acima, se sou capaz de perceber que afirmação “o copo d’água está cheio” é falsa; se desejo que assertiva “o copo d’água está cheio” seja verdadeira; ao caminhar até a cozinha e abrir a torneira, eu posso reconciliar minhas atitudes divergentes.

Descrevi apenas os agentes de maneira simples. E embora os elementos constitutivos e necessários para a responsabilidade penal estejam começando a aparecer — estados intencionais correspondem à *mens rea*, capacidade de ação corresponde ao *actus reus* — a noção simplista de agência é insuficiente para satisfazer os requisitos legais de personalidade. Como enfatizado por Tim Scanlon, não basta apenas esperar que um agente adequado possa responder à estímulos; precisamos de uma “expectativa fundamentada em uma suposta responsividade frente a certas razões.”⁶⁹ O que é necessário é um agente que possa se conformar com os requisitos do Direito Penal e, além disso, possa evitar o caminho do crime como uma razão para conformar sua prática. Em termos gerais, uma pessoa deve, diante da lei, ser capaz

⁶⁸ Christian List & Philip Pettit, *Group Agency...*, cit., pp. 20-21.

⁶⁹ T.M. Scanlon, *Moral Dimensions: Permissibility, Meaning, Blame*. Harvard University Press, 2008, p. 161 [Doravante, Scanlon, *Moral Dimensions*]. No mesmo sentido, Christian List & Philip Pettit, *Group Agency...*, cit., p. 178. O tipo de responsividade aqui pensada segue o que Scanlon chama, em outro lugar, de atitudes sensíveis de julgamento. Vide T.M. Scanlon, *What We Owe to Each Other*, Harvard University Press, 1998.

de “performar no espaço das obrigações [legais],”⁷⁰ o que equivale a demonstrar o que Stephen Darwall chama de “competência de segunda pessoa.”⁷¹ Para a lei, uma pessoa deve ser capaz de assumir e cumprir compromissos com outras pessoas.⁷² Em particular, o desempenho efetivo requer o reconhecimento de que a existência de uma obrigação constitui uma razão para agir e que deixar de satisfazer uma obrigação constitui motivos de censura. Tal reconhecimento significa que o agente é sensível a críticas; que é capaz de reconhecer falhas de racionalidade⁷³ e de aprender com erros passados, tomando medidas para evitar a sua repetição futura.⁷⁴ Isso pressupõe tanto uma capacidade para atitudes de segunda ordem — isto é, atitudes *sobre* as simples atitudes já descritas — quanto especificamente alguma motivação para melhorar e reformar a conduta de alguém, impondo verificações em seu processamento.

2. Agente coletivo

Até agora, não disse nada para impedir a possibilidade de uma coletividade ou um grupo se qualificar como pessoa. A elegibilidade para a personalidade jurídica depende de saber se um agente pode demonstrar, de forma confiável, que é apropriadamente “responsivo às razões”, não exatamente se tem um corpo ou organismo único.⁷⁵ Consequentemente, agentes coletivos, assim como agentes individuais, são elegíveis, a princípio, para serem considerados pessoas para fins de responsabilidade penal. Dito isso, para os agentes coletivos, a qualificação para a personalidade jurídica apresenta desafios especiais.

⁷⁰ Christian List & Philip Pettit, *Group Agency...*, cit., p. 173.

⁷¹ Stephen Darwall, *The Second-Person Standpoint: Morality, Respect, and Accountability*, Harvard University Press, 2006, p. 23 (“[O]brigações genuínas só podem resultar de uma direção que pressuponha (...) competência de segunda pessoa.”).

⁷² *Idem*, p. 59. No mesmo sentido, Christian List & Philip Pettit, *Group Agency...*, cit., p. 178.

⁷³ List e Pettit observam que “se um agente razoável falha em ser racional, o fato dele se autocorrigir, reconhecendo sua falha de uma maneira aberta, que somente ocorre com um agente razoável, fornecerá a base para continuar a vê-lo como um agente.” (Christian List & Philip Pettit, *Group Agency...*, cit., p. 31). Vide tb. Stephen Darwall, *The Second-Person Standpoint...*, cit., p. 21; e Philip Pettit, *Akrasia, Collective and Individual, in Weakness of Will and Practical Irrationality*. Sarah Stroud & Christine Tappolet (eds.), 2003, pp. 83-85 (tratando de falhas de racionalidade).

⁷⁴ Christian List & Philip Pettit, *Group Agency...*, cit., p. 31 (“A sensibilidade às exigências da racionalidade, demonstrada no reconhecimento de que a crítica é apropriada, pode ser evidência de agência”).

⁷⁵ Scanlon, *Moral Dimensions...*, cit., p. 162 (defendendo um entendimento segundo o qual é possível responsabilizar agentes coletivos). No mesmo sentido, Stephen Darwall, *The Second-Person Standpoint...*, cit., p. 35; e Christian List & Philip Pettit, *Group Agency...*, cit., p. 178.

Sigo, em grande parte, a abordagem de agência coletiva articulada por Margaret Gilbert, cujos estudos sobre assuntos plurais estão amplamente em consonância com a abordagem pragmática da pessoalidade aqui apresentada.⁷⁶ Para Gilbert, um sujeito plural consiste no “grupo de pessoas que estão conjuntamente comprometidas de uma certa maneira.”⁷⁷ Membros individuais de uma coletividade estabelecem um compromisso conjunto para atuar como um único corpo. O que significaria para um sujeito plural pretender X é, para seus membros, agirem “juntos para constituir, tanto quanto possível, um único corpo para alcançar X”.⁷⁸

Agir como um órgão singular não exige que cada membro tenha a intenção pessoal de alcançar X. Em vez disso, o que importa é que o “comportamento de um membro geralmente deve ser expressivo [de intenção], nos contextos apropriados.”⁷⁹ Para um exemplo não corporativo, considere o Senado dos EUA. O Senado age e expressa atitudes por meio de legislações e resoluções. Uma legislação bem-sucedida normalmente exige que a maioria dos senadores comunique seu apoio diretamente à Mesa do Senado, durante uma sessão de votação. As atitudes pessoais de um senador em relação à determinada lei, na medida em que diferem do apoio que ele expressa à Mesa durante uma sessão de votação, são irrelevantes para determinar a atitude do Senado em relação àquela lei. No limite, poderíamos imaginar que nenhum senador tem uma atitude particular que possa ser apropriadamente atribuída ao Senado. Coerentemente, a expressão de uma atitude de um senador fora de uma sessão de votação não pode ser atribuída ao Senado.

Embora o trabalho de Gilbert abranja todos os sujeitos plurais, restrinjo minha atenção ao que é necessário para um sujeito plural complexo — um sujeito com um grande número de membros ou com uma série de compromissos conjuntos — agir e manter atitudes para satisfazer os requisitos da personalidade jurídica. A coordenação dos membros, em um sujeito plural como esse, requer uma estrutura interna complexa, constituída por regras, normas e costumes

⁷⁶ Vide Margareth Gilbert, *Joint Commitment: How We Make the Social World*, in *PHILOSOPHY IN REVIEW*, N. 35, 2013, pp. 88-89. Efetivamente, Darwall argumenta que o relato de Gilbert é uma segunda pessoa (Darwall, *The Second-Person Standpoint...*, cit.).

⁷⁷ Neste sentido, Margareth Gilbert, *Who's to Blame? Collective Moral Responsibility and Its Implications for Group Members*. In *MIDWEST STUD. PHILL.*, N. 30, 2006, p. 99 [doravante, Gilbert, *Who's to Blame*].

⁷⁸ *Idem*, p. 100 (grifo omitido). O esquema teorizado por Gilbert se aplica a todas as atitudes intencionais. Vide, e.g., *Who's to Blame?*, quando trata de “intenções”. Vide tb. Margareth Gilbert, *Collective Belief and Scientific Change, in Sociality and Responsibility: New Essays in Plural Subject Theory*, Rowman & Littlefield, 2000, p. 37, tratando de “crenças”.

⁷⁹ Margareth Gilbert, *Corporate Misbehavior and Collective Values*, in *BROOK. L. REV.*, N. 70, 2005, p. 1376 (grifos omitidos).

interligados.⁸⁰ Por meio dessa estrutura, os membros individuais são capazes de produzir atitudes coletivas derivadas, mas independentes ou autônomas, das atitudes pessoais de qualquer membro em particular.⁸¹ Da mesma forma, a estrutura de um sujeito plural designa os contextos em que as ações de um membro devem ser atribuídas ao sujeito plural, em oposição aos contextos em que as ações de um membro são atribuídas apenas ao indivíduo.

A estrutura interna de um sujeito plural pode assumir uma variedade de formas. A estrutura pode ser amplamente igualitária; o mais provável, por exemplo, é que ela consista em hierarquias interligadas e delegações de autoridade.⁸² Para ter uma noção dessa complexidade, voltemos ao Senado. As regras de votação majoritária do Senado criam a impressão de uma estrutura interna igualitária e deliberativa. Contudo, essa impressão é equivocada. O Senado limita a participação dos membros às sessões de votação por meio de requisitos para evitar a obstrução dos trabalhos — sessenta senadores devem votar para abrir e para encerrar o debate sobre a lei proposta — juntamente com um procedimento sobre quantos membros são necessários para encerrar a fase de debates e começar a votação.⁸³ Existem hierarquias nos procedimentos (*e.g.*, geralmente o projeto de lei não pode chegar ao Plenário do Senado sem, antes, ser aprovado pelas comissões), nas deliberações (*e.g.*, o Comitê do Judiciário do Senado não aprovará um candidato ao cargo de Juiz sem antes receber um “de acordo” [*blue slip*] de ambos os senadores do Estado de origem), e nos costumes (*e.g.*, os membros de um partido geralmente obedecem ao seu respectivo líder).⁸⁴ De fato, como uma série de procedimentos ordinários exige o consentimento unânime do Senado para prosseguir, cada senador tem a prerrogativa de efetivamente obstruir os trabalhos — e essa faculdade é mantida sob controle,

⁸⁰ Vide Scanlon, *Moral Dimensions...*, cit., pp. 162-65 (discutindo “procedimentos através do qual [um agente coletivo] pode tomar decisões institucionais”).

⁸¹ Philip Pettit, *Responsibility Incorporated*, ETHICS, N. 117, 2007, p. 184.

⁸² Vide, *e.g.*, Gilbert, *Who’s to Blame...*, cit., pp. 103-04 (tratando de hierarquias); e Christian List & Philip Pettit, *Group Agency...*, cit., pp. 720-77 (tratando de estruturas de tomadas de decisões heterogêneas).

⁸³ Vide, *e.g.*, Paul Kane, *Reid, Democrats Trigger ‘Nuclear’ Option; Eliminate Most Filibusters on Nominees*, in Wash. Post (21/11/2013), disponível em https://www.washingtonpost.com/politics/senate-poised-to-limit-filibusters-in-party-line-vote-that-would-alter-centuries-of-precedent/2013/11/21/d065cfe8-52b6-11e3-9fe0-fd2ca728e67c_story.html. Vide tb. Thomas E. Mann & Norman J. Ornstein, *It’s Even Worse than It Looks: How the American Constitutional System Collided with the New Politics of Extremism*, Basic Books, 2012, pp. 31-81 (descrevendo o drástico incremento das moções de encerramento dos debates).

⁸⁴ Vide, por ex., Brandon P. Denning, *The “Blue Slip”: Enforcing the Norms of the Judicial Confirmation Process*, in WM & MARY BILL RTS. J., N. 10, 2001, p. 75 (discutindo o funcionamento do “de acordo”). Vide tb. Carle Hulse, *As G.O.P. Moves to Fill Courts, McConnell Takes Aim at an Enduring Hurdle*, in N. Y. Times (13/09/2017), disponível em <https://www.nytimes.com/2017/09/13/us/politics/mcconnell-federal-judges-trump.html> (discutindo o equívoco da tradição do “de acordo”).

em grande parte, pelas normas de decoro parlamentar.⁸⁵ A apreciação adequada dessas estruturas informa as atitudes expressas pelo Senado. Por exemplo, as normas do Senado estabelecem que o Senado adote atitudes intencionais específicas em relação aos atos legislativos, ou seja, aqueles identificados como da Presidência do Senado e, em menor grau, pelo parlamentar que propôs o projeto de lei.⁸⁶

3. A personalidade jurídica é suficiente para permitir a responsabilidade penal?

Deixo para depois a questão de saber se as corporações são, de fato, capazes de satisfazer o nível de exigência de personalidade estabelecido pela lei, sob uma concepção pragmática de personalidade. Ainda assim, alguns críticos argumentarão que a personalidade jurídica, por si só, é insuficiente para autorizar a responsabilidade penal — pois seriam necessários outros requisitos, não acessíveis ao agente coletivo.⁸⁷ Implícito nesta ideia está o fato de que algum nível de responsabilidade moral é um componente necessário para a reprovabilidade penal, e que, portanto, a personalidade por si só não daria origem à responsabilidade moral.

Isoladamente, o status moral e a capacidade dos agentes corporativos seriam tópicos polêmicos, mas um tanto desfocados. Se tudo o que os críticos consideram é que as corporações devem ser sensíveis aos tipos de estímulos normativos que provêm do Direito Penal, então não vejo nenhum problema para a minha exposição.⁸⁸ Nada do que descrevi até agora restringe os tipos de atitudes atribuíveis a uma corporação. Por meio do Direito contratual, por exemplo, as empresas participam rotineiramente de uma prática normativa semelhante, contraindo obrigações. Em termos práticos, na medida em que as atitudes corporativas derivarem das

⁸⁵ Vide Norm Ornstein, *Why the Senate Can't Resist Dysfunctional Obstruction*, in ATLANTIC (18/07/2013), disponível em <https://www.theatlantic.com/politics/archive/2013/07/why-the-senate-cant-resist-dysfunctional-obstruction/277912/>.

⁸⁶ Elizabeth S. Anderson & Richard H. Pildes, *Expressive Theories of Law...*, cit., pp. 1522-23; e Stephen Breyer, *The 1991 Justice Lester W. Roth Lecture: On the Uses of Legislative History in Interpreting Statutes*, in S. CAL. L. REV., N. 65, 1992, pp. 863-64.

⁸⁷ E.g. Amy J. Sepinwall, *Guilty by Proxy: Expanding the Boundaries of Responsibility in the Face of Corporate Crime*, in HASTINGS L.J., N. 63, 2012, pp. 428-30 (articulando a importância da capacidade emocional para a agência moral); Vide tb. Michael McKenna, *Collective Responsibility and an Agent Meaning Theory...*, cit., p. 23.

⁸⁸ Em sentido contrário, alguns exigem muito menos para qualificar a personalidade moral. E.g., Tracy Isaacs, *Collective Moral Responsibility and Collective Intention*, in MIDWEST STUD. PHILL., N. 30, 2006, p. 61. (“Na medida em que têm capacidade para agir com base em intenções, as corporações e outras organizações com estrutura semelhante são pessoas morais.”).

contribuições de indivíduos que, por sua vez, são agentes morais incontroversos, seria surpreendente que toda atitude corporativa emergente fosse destituída de conteúdo normativo.

Entretanto, se os críticos esperam algo mais robusto — Michael Moore e Amy Sepinwall sugerem que a personalidade requer uma capacidade emocional semelhante às atitudes reativas;⁸⁹ Michael McKenna sugere que uma robusta agência moral requer um livre-arbítrio em algum sentido kantiano profundo⁹⁰ — então as alegações de agência moral corporativa seriam mais complicadas. Isso não quer dizer que a possibilidade de uma robusta agência moral esteja fora de alcance. David Silver, bem como Gunnar Björnsson e Kendy Hess, argumentam que as corporações são agentes “Strawsonianos”, capazes de atitudes reativas suficientes para dar origem à agência moral.⁹¹ Margaret Gilbert ampliou seu esquema de atitudes coletivas para as emoções coletivas.⁹² Bryce Huebner, com base em um relato amplamente semelhante ao de Gilbert, oferece um relato detalhado de como seria para uma coletividade sentir medo.⁹³ Peter French fez algo semelhante com relação à vergonha corporativa.⁹⁴ De minha parte, estou inclinado a defender a posição de que as corporações são capazes de participar de, pelo menos, amplos aspectos das nossas práticas normativas, mesmo que não sejam um objeto de preocupação moral em si mesmas.

O que a controvérsia sobre a agência moral das corporações traz para o Direito Penal? Afinal de contas, Direito Penal não é o mesmo que Moral, muito embora esta exerça alguma influência naquele. Algumas pessoas consideram o mero fato da controvérsia, reconhecidamente profunda, sobre o status moral da corporação, justamente como motivo para rejeitar o tipo de consideração da personalidade corporativa que venho desenvolvendo.⁹⁵ Admito a controvérsia, mas não a solução. As discussões sobre o arbítrio moral obscurecem a linha entre elegibilidade e aptidão —, entre o fato de os Estados poderem responsabilizar

⁸⁹ Michael S. Moore, *Placing Blame: A Theory of The Criminal Law*, Oxford University Press, 1997, pp. 614-17; Amy J. Sepinwall, *Guilty by Proxy...*, cit., p. 428-30.

⁹⁰ Michael McKenna, *Collective Responsibility and an Agent Meaning Theory...*, cit., pp. 23-29.

⁹¹ Gunnar Björnsson & Kendy Hess, *Corporate Crocodile Tears? On the Reactive Attitudes of Corporate Agents*, in PHILL. & PHENOMENOLOGICAL RES., N. 94, 2017, p. 273. David Silver, *A Strawsonian Defense of Corporate Moral Responsibility*, in Am. Phill. Q., N. 42, 2005, pp. 279-80. [NOTA DO TRADUTOR: na obra *Freedom and Resentment and Other Essays*, publicada pela Routledge (2008), Sir. Peter F. Strawson sustenta que as atitudes reativas dos agentes (culpa, ressentimento, gratidão, indignação e apreciação, por ex.), não seriam infirmadas pelas correntes deterministas, possuindo, assim, um nível de racionalidade].

⁹² Margareth Gilbert, *Who's to Blame?...*, cit.

⁹³ Bryce Huebner, *Genuinely Collective Emotions*, in EUR. J. PHILL. SCI., N. 1, 2011, p. 89.

⁹⁴ Peter A. French, *The Hester Prynne Sanction*, in BUS. & PROF. ETHICS J., N. 4, 1985, p. 22.

⁹⁵ Vide Amy J. Sepinwall, *Guilty by Proxy...*, cit., p. 430.

penalmente as corporações e se eles devem fazê-lo. Sobre o fato da robusta agência moral ser um requisito de elegibilidade para a responsabilidade penal, sou cético quanto ao fato de o Direito Penal consagrar tal requisito.⁹⁶ No máximo, pode ser que a justificativa retributiva seja insuficiente em sua aplicação às corporações. No entanto, somente isso não colocaria as corporações fora dos limites de nossa prática criminal.⁹⁷ Neste aspecto, a lei atenua o tratamento dado a menores de idade e aos deficientes mentais, com base na suspeita de que esses indivíduos não têm robusta agência moral necessária para permitir justificativas retributivas.⁹⁸ Entretanto, nenhum desses grupos está imune à lei criminal; seria surpreendente, então, conceder esse luxo às corporações.

Mais fundamentalmente, discordo de que a personalidade jurídica seja insuficiente para dar origem à responsabilidade penal. O que significa ser uma pessoa legal é ser capaz de participar do espaço de direitos e obrigações derivadas da lei, o que inclui ser responsabilizado pela violação dessas obrigações legais. Uma das características paradigmáticas desse status são os crimes e as penas. Nada mais deveria ser necessário para estabelecer a legitimidade de uma pessoa para aceitar responsabilidade penal e respectiva punição.

III. O DESENVOLVIMENTO SIMULTÂNEO DO DIREITO PENAL EMPRESARIAL, DO DIREITO EMPRESARIAL E DA MODERNA CORPORAÇÃO

Apreciar o desenvolvimento da responsabilidade penal da pessoa jurídica exige situá-la ao lado do correspondente desenvolvimento do Direito Empresarial. Dessa forma, a Parte III do Artigo relaciona o desenvolvimento da responsabilidade penal empresarial na virada para o século XX, em conexão com a liberalização da legislação societária havida nas décadas anteriores.

A. LICENÇAS ESPECIAIS E INCÔMODOS CORPORATIVOS

⁹⁶ Cf. John Rawls, *Two Concepts of Rules*, in *Phil. Rev.*, N. 64, 1955, *passim* (distinguindo as regras que justificam uma instituição das regras nela contidas).

⁹⁷ Vide Parte V, *infra*.

⁹⁸ *E.g.*, *Atkins v. Virginia*, 536 U.S., 2002, p. 319 (concluindo que certas deficiências mentais tornam um indivíduo menos moralmente reprovável, de modo que os fundamentos retributivos se aplicam menos intensamente no que diz respeito à pena capital). Vide tb. *Roper v. Simmons*, 543 U.S., 2005, p. 551 (estendendo a regra da *Atkins* racionalidade às crianças). No mesmo sentido, *Miller v. Alabama*, 567 U.S., 2012, pp. 471-75 (discutindo o desenvolvimento da moralidade nas crianças).

No início do século XIX, as empresas privadas eram poucas, pequenas e estavam entrelaçadas com os governos. Em 1800, existiam menos de quatrocentas corporações comerciais em todo os Estados Unidos da América; a maior parte das atividades empresariais ocorria por meio de parcerias com agentes individuais.⁹⁹ Para muitos, os benefícios da estrutura corporativa — estatuto legal de uma entidade independente, capacidade de contratar e de possuir propriedades em seu próprio nome,¹⁰⁰ e, em menor grau, de possuir uma responsabilidade limitada¹⁰¹ — simplesmente não compensavam a inconveniência da incorporação. Isso se deve ao fato de que, na época, a incorporação era uma faculdade exercitada caso a caso pelas legislações dos Estados.¹⁰² Um ente que buscava os benefícios da incorporação tinha que fazer uma petição ao Legislativo, que então redigia uma licença especial para aquela entidade.

Para agravar o transtorno de obter aprovação legislativa, havia uma forte diretriz normativa, embora não explícita, de que a incorporação deveria servir a um propósito público.¹⁰³ Conforme as palavras do *Chief Justice* Marshall: “Os objetivos para os quais uma corporação é criada são universalmente aqueles que o Governo deseja promover. Eles devem ser considerados benéficos para o País; e esse benefício constitui o fundamento e, na maioria dos casos, a única razão para a concessão.”¹⁰⁴ Essa diretriz reforçou a motivação dos Estados para, prioritariamente, criar corporações privadas — a saber, “a necessidade de promover a

⁹⁹ Lyman Johnson, *Law and Legal Theory in the History of Corporate Responsibility: Corporate Personhood*, in *Seattle U. L. Rev.*, N. 35, 2012, p. 1145. Sobre o assunto, Brickey ressalta que, em 1800, existiam somente 225 empresas privadas, das quais menos de um terço tinham finalidades exclusivamente comerciais (Kathleen F. Brickey, *Corporate Criminal Accountability...*, cit., p. 404). Por sua vez, Hurst identificou somente 317 iniciativas empresariais registradas antes de 1801 (James Willard Hurst, *The Legitimacy of the Business Corporation in the Law of the United States 1780-1970*, University of Virginia Press, 1970, p. 14).

¹⁰⁰ *Head & Armory v. Providence Ins. Co.* 6 U.S. (2 Cranch), 1804, p. 169 (sobre contratos); William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, Oxford, Clarendon Press, 1765, p. 465-66 (sobre direito de propriedade).

¹⁰¹ Vide James Willard Hurst, *The Legitimacy of the Business Corporation...*, cit., p. 28 (argumentando que a responsabilidade limitada não era uma prioridade para as primeiras corporações). No mesmo sentido, Margaret M. Blair, *Corporate Personhood and the Corporate Persona...*, cit., p. 765.

¹⁰² A constitucionalidade da regulação federal sobre as corporações não fora decidida antes de 1819, cf. *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. (4 Wheat.), 1819, p. 316; No mesmo sentido, *Luxton v. N. River Bridge Co.*, 153 U.S. 1894, p. 529. Todavia, a impopularidade política da incorporação federal garantiu que a prática permanecesse rara, cf. Kyle Noonan, *The Case for a Federal Corporate Charter Revocation Penalty*, in *GEO. WASH. L. REV.*, N. 80, 2012, pp. 608-09.

¹⁰³ Vide Lyman Johnson, *Law and Legal Theory in the History of Corporate Responsibility...*, cit., p. 1145; Vide tb. David Millon, *Theories of the Corporation*, in *DUKE L.J.*, 1990, p. 207.

¹⁰⁴ *Trs. of Dartmouth Coll. v. Woodward*, 17 U.S. (4 Wheat.) 1819, p. 637.

reunião voluntária de capital para empreendimentos de grande porte, em uma época em que o capital líquido era escasso e havia severos limites práticos à capacidade tributária para financiar a intervenção estatal na economia.”¹⁰⁵ Assim, a Suprema Corte de Apelações da Virgínia descreveria, na época, a incorporação, da seguinte forma:

Com relação aos atos de incorporação, eles nunca deveriam ser aprovados, a não ser em consideração aos serviços a serem prestados ao público. (...) Muitas vezes, pode ser conveniente para um grupo de indivíduos associados ter os privilégios de uma corporação concedidos a eles; mas se seu objetivo for meramente privado ou egoístico; se for prejudicial ou não promover o interesse público, eles não têm direito ao privilégio legislativo.¹⁰⁶

Os legisladores interpretaram a cláusula do interesse público de forma restrita, o que se refletiu no fato de que a maioria das primeiras corporações privadas existiu para desempenhar uma função quase governamental. Aproximadamente dois terços das primeiras corporações comerciais construíram ou fizeram manutenções de pontes, estradas ou rodovias; das demais, uma parte operava bancos autorizados a funcionar pelos Estados.¹⁰⁷ Enquanto isso, embora a incorporação não garantisse uma concessão estatal de monopólio, muitas das primeiras cartas [licenças] constitutivas tinham o efeito, explícita ou implicitamente, de impedir a concorrência por parte de agentes não incorporados.¹⁰⁸

A responsabilidade empresarial, civil ou penal, desempenhou, na melhor das hipóteses, um papel insignificante durante esse período. Como observado por Edwin Dodd, “os casos em que os tribunais tiveram a oportunidade de considerar a responsabilidade corporativa por ilícitos civis foram surpreendentemente poucos.”¹⁰⁹ Onde a responsabilidade ocorreu, ela

¹⁰⁵ James Willard Hurst, *The Legitimacy of the Business Corporation...*, cit., p. 23; No mesmo sentido, Herbert Hovenkamp, *The Classical Corporation in American Legal Thought*, in GEO. L.J., N. 76, 1988, p. 1609.

¹⁰⁶ *Currie’s Adm’rs v. Mut Assurance Soc’y*, 14 Va. (4 Hen. & M.), 1809, pp. 347-48 (grifos omitidos).

¹⁰⁷ James Willard Hurst, *The Legitimacy of the Business Corporation...*, cit., p. 23. No mesmo sentido, Susan Pace Hamill, *From Special Privilege to General Utility: A Continuation of Willard Hurst’s Study of Corporations*, in AM. U. L. REV., N. 49, 1999, p. 93 (“Na (...) medida que as primeiras décadas do século XIX avançavam, os legisladores estaduais começaram a emitir um número significativo de licenças corporativas para bancos e projetos de transporte.”).

¹⁰⁸ HovenKamp sustenta que a jurisprudência subsequente do Direito Empresarial — em particular, da Suprema Corte sob a gestão do *Chief Justice* Taney — procurou interpretar os estatutos corporativos especiais de forma restrita, a fim de evitar conferir a uma corporação qualquer privilégio monopolista. (Herbert Hovenkamp, *The Classical Corporation in American Legal Thought...*, cit., pp. 1601-25).

¹⁰⁹ Edwin Merrick Dodd, *American Business Corporations Until 1860*, Harvard University Press, 1954, pp. 113-14 (“[O] volume de litígios por responsabilidades civis não havia se tornado substancial em 1830 (...).”).

frequentemente envolveu processos por incômodos [*nuisances*], refletindo a ideia de que as corporações implicitamente tinham o dever recíproco de exercer as faculdades especiais que lhes foram concedidas pelo poder público.¹¹⁰ Enquanto isso, a responsabilidade penal permaneceu extremamente restrita, embora os tribunais ocasionalmente a aplicassem, para os deveres acima referidos, através de ações penais.¹¹¹ Em geral, essas ações penais decorriam de infrações de *strict liability*. A antiga e até então incontestável regra, atribuída à Coke, no sentido de que as corporações seriam incapazes de cometer infrações que exigissem uma atitude intencional, forneceu o fundamento para o desenvolvimento da responsabilidade corporativa nas décadas seguintes.

B. INCORPORAÇÃO GERAL E RESPONSABILIDADE CIVIL CORPORATIVA

Em meados do século XIX, a desconfiança populista se instalou em relação à estreita relação entre os poderes públicos e as corporações privadas.¹¹² Em termos mais mundanos, a tarefa de responder às petições de licenças especiais consumia uma quantidade excessiva dos trabalhos legislativos, enquanto a prática de criar licenças personalizadas impedia a uniformização da legislação empresarial.¹¹³ Os Estados reagiram padronizando e democratizando a legislação societária. A maioria dos Estados adotou uma regulação abstrata de incorporação na década de 1850; na década de 1880, a maioria dos Estados foi além, proibindo a concessão de licenças especiais para as corporações.¹¹⁴

Uma legislação de incorporação geral permite que qualquer empresa seja fundada mediante o cumprimento dos requisitos administrativos mínimos. Em troca dos benefícios da incorporação — como dito, principalmente o status de entidade independente e a possibilidade

¹¹⁰ Vide, *e.g.*, *Commonwealth v. Proprietors of New Bedford Bridge*, 68 Mass. (2 Gray), 1854, p. 345; *Commonwealth v. Hancock Free Bridge Corp.*, 68 Mass. (2 Gray), 1854, p. 58; *People v. Corp. of Albany*, 11 Wend. (N.Y. Sup. Ct. 1834), p. 542-43; *Murfreesboro & Woodbury Turnpike Co. v. Barrett*, 42 Tenn. (2 Cold.), 1865, p. 508.

¹¹¹ Vide *Corp. of Albany*, 11 Wend., p. 543; Neste sentido, *New Bedford Bridge*, 68 Mass., pp. 345-46; *Hancock Free Bridge Corp.*, 68 Mass., p. 67.

¹¹² Cf. Reuven S. Avi-Yonah, *The Cyclical Transformations of the Corporate Form...*, cit., p. 792; Lyman Johnson, *Law and Legal Theory in the History of Corporate Responsibility...*, cit., p. 1146.

¹¹³ *Or. Ry & Navigation Co. v. Oregonian Ry. Co.*, 130 U.S., 1889, p. 21 (identificando “o desejo de fixar regras mais uniformes, por intermédio das quais os direitos e as prerrogativas das corporações privadas, ou daquelas com fins lucrativos, deveriam existir.”); Vide tb. James Willard Hurst, *The Legitimacy of the Business Corporation...*, cit., p. 29.

¹¹⁴ Vide Susan Pace Hamill, *From Special Privilege to General Utility...*, cit., pp. 178-79 (arrolando todos os estatutos de incorporação geral e de incorporação especial).

de responsabilidade limitada — um ente recebia uma licença genérica, detalhando a nova estrutura da entidade, incluindo “os poderes de diretores e executivos, a alteração dos dispositivos do contrato social, a estruturação das ações, os requisitos de formação de capital e fontes de dividendos.”¹¹⁵

A criação de leis de incorporação geral permitiu um aumento drástico no número das corporações comerciais. Sem o requisito de uma investigação legislativa prévia sobre o propósito de utilidade pública de uma entidade, as empresas ficaram livres para serem formadas para qualquer finalidade econômica que considerassem adequada.¹¹⁶ Seria reducionista concluir que a legislação de incorporação geral foi a única responsável pelo enorme crescimento econômico das companhias no século XIX. No entanto, é justo dizer que a mudança de regime abriu as comportas para a expansão das formas societárias. Como explicado por Blair, a formatação corporativa possibilitou o surgimento de projetos econômicos especulativos e de larga escala comercial, que viriam a atingir uma posição dominante na segunda metade do século XIX.¹¹⁷ Não é de surpreender que, pelo menos, a era da incorporação geral coincida com a expansão acentuada da presença das grandes corporações na economia norte-americana. De fato, já em 1868, a Suprema Corte dos EUA observou que “dificilmente há um negócio que exija o dispêndio de grande capital ou a união de grandes numerários que não seja realizado pelas corporações (...). Não é demais dizer que a riqueza e os negócios do país estão, em grande parte, controlados por elas.”¹¹⁸

Apesar da mudança para legislações de incorporação geral, os Estados continuaram a exercer um controle rígido sobre a formação das corporações comerciais. Todavia, em vez de regulamentar as corporações restringindo o acesso à forma corporativa, os Estados passaram a especificar, em detalhes, a estrutura, o tamanho, a duração e as atividades permitidas de uma corporação. Por exemplo, os legisladores limitaram a duração da vida útil de uma companhia em vinte, trinta ou cinquenta anos.¹¹⁹ As legislaturas implementaram específicos limites de

¹¹⁵ James Willard Hurst, *The Legitimacy of the Business Corporation...*, cit., p. 56.

¹¹⁶ embora os Estados exigissem que o contrato social contivesse um propósito corporativo, os incorporadores foram deixados livres para identificar sua própria finalidade social sem prévia autorização legislativa. (*Idem*, p. 44). Neste sentido, *Oregonian Ry. Co.*, 130 U.S., pp. 26-27 (observando que os artigos do contrato social de uma corporação “não ficam sob a supervisão de qualquer autoridade oficial, seja ela qual for”).

¹¹⁷ Margareth M. Blair, *Locking in Capital: What Corporate Law Achieved for Business Organizers in the Nineteenth Century*, in *UCLA L. REV.*, N. 51, 2003, pp. 389-90.

¹¹⁸ *Paul v. Virginia*, 75 U.S. (8 Wall.), 1868, pp. 181-82.

¹¹⁹ *Louis K. Liggett Co. v. Lee*, 288 U.S., 1933, p. 555, n. 29 (com voto dissidente do Juiz Brandeis) (citando o Relatório do Comitê de Leis Empresariais de Massachusetts, de 1903).

capitalização para cada setor econômico.¹²⁰ Da mesma forma, os tribunais proibiram que uma companhia pudesse possuir ações de outras companhias.¹²¹ Por sua vez, os tribunais federais deram aos legisladores ampla discricionariedade para determinar, até o ponto de exclusão, a atuação de corporações em outros Estados da Federação.¹²² Os tribunais dificultaram a capacidade de tomada de decisões dos administradores e diretores, proibindo quaisquer mudanças fundamentais em uma companhia sem a aprovação unânime dos seus acionistas.¹²³ As legislaturas restringiram os limites da responsabilidade pessoal — o Estado de Nova York, por exemplo, considerava os acionistas pessoalmente responsáveis pelo dobro de sua contribuição na formação do capital¹²⁴ — providência que, posteriormente, os tribunais restringiram ainda mais.¹²⁵

A doutrina *ultra vires* bem exemplificou as armadilhas do uso da legislação empresarial como uma ferramenta regulatória. Formalmente, a doutrina *ultra vires* sustenta que qualquer atividade supostamente societária que estivesse fora do escopo do contrato social de uma companhia não poderia, por força de lei, ser considerada como sendo tomada pela própria companhia.¹²⁶ Com o tempo, a doutrina *ultra vires* provou ser uma ferramenta sem muita utilidade para regular a atividade econômica mais sofisticada. Nenhum incorporador poderia razoavelmente prever a variedade de decisões comerciais que a doutrina exigia que estivessem

¹²⁰ *Idem*, pp. 550-54 (citando estatutos).

¹²¹ *E.g.*, *De La Vergne Refrigerating Mach. Co. V. German Sav. Inst.*, 175 U.S., 1899, pp. 54-55 (“[N]ão está dentro dos poderes gerais de uma companhia comprar ações de outras companhias com a finalidade de controlar sua gestão.”). Vide tb. *People v. N. River Sugar Ref. Co.*, 3 N.Y.S., 1889, p. 408. No mesmo sentido, James Willard Hurst, *The Legitimacy of the Business Corporation...*, cit., p. 45.

¹²² Vide *Bank of Augusta v. Earle*, 38 U.S. (13 Pet.), 1839, p. 519 (denegando às corporações a proteção da Cláusula de Privilégios e Imunidades, considerando o acesso de companhias aos mercados de outros Estados como uma questão de cortesia interestadual). Vide tb. *Pembina Consol. Silver Mining & Milling Co. v. Pennsylvania* 125 U.S., 1888, p. 186 (“O poder absoluto de exclusão inclui a prerrogativa de permitir o exercício condicional e restrito dos poderes de uma companhia dentro de um Estado.”). A capacidade de um Estado de condicionar a entrada de uma empresa estrangeira foi, posteriormente, restringida pela 14ª Emenda. Vide *W. Union Tel. Co. v. Kansas*, 216 U.S., 1910, p. 21.

¹²³ Os tribunais adotaram o requisito da unanimidade para parcerias legais. Como visto na próxima Seção, a comparação das corporações com uma sociedade de nome coletivo provou ser cada vez mais inflexível. Vide notas de rodapé 142-147, *infra*.

¹²⁴ Cf. Ato de 17 de Fev. de 1848, item 40, cf. *New York Laws*. Vide Morton J. Horwitz, *Santa Clara Revisited: The Development of Corporate Theory*, in *W. VA. L. REV.*, N. 88, 1985, p. 208 (descrevendo a abordagem de Nova York como o dispositivo mais paradigmático).

¹²⁵ *Sawyer v. Hoag*, 84 U.S. (17 Wall.), 1873, p. 610 (estabelecendo a doutrina do fundo fiduciário). Vide tb. *Handley v. Stutz*, 139 U.S., 1891, p. 417. Detalhadamente sobre a discussão do fundo fiduciário e seu posterior declínio, vide Morton J. Horwitz, *Santa Clara Revisited...*, cit., p. 207-14.

¹²⁶ Vide Stephen J. Leacock, *The Rise and Fall of the Ultra Vires Doctrine in United States, United Kingdom, and Commonwealth Caribbean Corporate Common Law: A Triumph of Experience Over Logic*. In *DEPAUL BUS. & COM. L.J.*, N. 5, 2006, pp. 76-78.

albergadas pelas finalidades sociais de uma companhia. A interpretação dos estatutos sociais também não era idêntica à interpretação de uma lei ou das cláusulas de um contrato. Os tribunais dependiam das finalidades sociais, estabelecidas no momento da incorporação, para identificar o escopo de um empreendimento. Contudo, os objetivos de uma companhia eram uma declaração de autoconfiança redigida pelos incorporadores, sem nenhum tipo de revisão crítica.¹²⁷ Em paralelo, os efeitos para uma conduta *ultra vires* eram severos; as decisões tomadas para além dos estatutos sociais poderiam ser anuladas em sua totalidade.¹²⁸ Embora a doutrina possa ter sido capaz de criar amplos domínios nos quais as corporações não poderiam participar — por ex., a doutrina sobreviveu por um tempo como uma ferramenta para manter as corporações fora da esfera política¹²⁹ —, ela sempre serviu mais como um “machado” do que um “bisturi”. Como forma de reação, os tribunais — e os tribunais estaduais em particular —, desenvolveram inúmeras isenções e modificações com o objetivo de amenizar ou evitar totalmente os efeitos severos da doutrina.¹³⁰

As companhias processadas durante aquele período argumentavam, rotineiramente, que a lógica da doutrina *ultra vires* estabelecia uma barreira abrangente e suficiente para mantê-las fora de responsabilidade, tanto na esfera civil como na criminal.¹³¹ Afinal de contas, um estatuto social nunca poderia autorizar a empresa a cometer um ilícito civil ou uma conduta criminosa. Dessa forma, a doutrina *ultra vires* impedia a atribuição de qualquer ilícito civil ou criminal contra a corporação; por sua própria natureza, uma corporação era considerada incapaz de realizar ações desvaliosas. Evidentemente, esse raciocínio técnico-jurídico evidencia o absurdo da teoria *ultra vires*. O fato dos poderes públicos não reconhecerem como legalmente reprovável uma ação corporativa não significava reconhecer que essa ação corporativa não tenha ocorrido.

¹²⁷ Or. Ry. & Navigation Co. v. Oregonian Ry. Co., 130 U.S., 1889, pp. 26-27.

¹²⁸ Stephen J. Leacock, *The Rise and Fall of the Ultra Vires Doctrine in United States...*, cit., p. 76. Vide tb. Morton J. Horwitz, *Santa Clara Revisited...*, cit., pp. 186-87.

¹²⁹ Daniel Lipton, *Corporate Capacity for Crime and Politics: Defining Corporate Personhood at the Turn of the Twentieth Century*, in VA. L. REV., N. 96, 2010, p. 1911.

¹³⁰ Vide Reuven S. Avi-Yonah, *The Cyclical Transformations of the Corporate Form...*, cit., p. 802. Vide tb. Charles E. Carpenter, *Should the Doctrine of Ultra Vires Be Discarded?*, in Yale L.J., N. 33, 1923, p. 49 (“Não parece exagerado dizer que não há teorias sólidas [a exceção da doutrina *ultra vires*] que possam ser aplicadas de forma consistente, sendo que há muitas teorias infundadas aplicadas de forma divergente.”).

¹³¹ Vide, e.g., *Owley v. Montgomery & W. Point R.R. Co.*, 37 Ala., 1861, p. 560 (conduta dolosa); *Goodspeed v. E. Haddam Bank*, 22 Conn., 1853, p. 530 (o mesmo). *Commonwealth v. Proprietors of New Bedford Bridge*, 68 Mass. (2 Gray), 1854, p. 339 (transtornos públicos). *State v. Morris & Essex R.R.*, 23 N.J.L., 1852, p. 360 (o mesmo). *Pa R.R. Co. v. Vandiver*, 42 Pa, 1862, p. 365 (o mesmo).

Em vez disso, os tribunais rejeitaram em grande parte as reclamações por conta desse raciocínio “técnico”,¹³² especialmente quando sua adoção teria resultado em desvantagem para as partes prejudicadas.¹³³ De fato, as consequências severas derivadas da estrita aplicação da doutrina *ultra vires* incentivaram os tribunais a substituí-la, expandindo o modelo de responsabilidade civil corporativa. Assim, da mesma forma que os tribunais aprovaram ações corporativas para além do escopo do contrato social, eles também passaram a responsabilizar as corporações por ações havidas para além dos estritos limites do estatuto corporativo.¹³⁴ É importante ressaltar que, para o desenvolvimento subsequente da responsabilidade penal corporativa, os tribunais até mesmo passaram a responsabilizar as companhias por ilícitos intencionais, tais como a difamação [*libel*] e a acusação maliciosa [*malicious prosecution*].¹³⁵

C. ATOS DE HABILITAÇÃO E RESPONSABILIDADE PENAL CORPORATIVA

Por volta da virada do século XX, “uma mudança drástica ocorreu no sentido de remover a ênfase regulatória dos atos gerais de incorporação, premiando com uma maior liberdade e vigor a gerência central.”¹³⁶ Tratou-se da era das leis de habilitação, marcada pela utilização do Direito Civil e, pela primeira vez, do Direito Penal, ao invés do Direito Empresarial, como meio de regular as atividades corporativas.

Dois fatores esclarecem a súbita liberalização do Direito Empresarial. Primeiro, o Direito Empresarial e suas doutrinas judiciais de efetividade se mostraram incapazes de

¹³² Sobre os tribunais que zombavam do argumento *ultra vires* como um suposto “argumento técnico”, vide *Jordan v. Ala. Great S. R.R. Co.*, 74 Ala., 1883, p. 88. No mesmo sentido, *Goodspeed v. E. Haddam Bank*, 22 Conn., 1853, p. 537; *Wheless v. Second Nat’l Bank*, 60 Tenn., 1872, p. 475.

¹³³ Vide *Phila., Wilmington, & Balt. R.R. Co. v. Quigley*, 62 U.S., 1858, p. 209 (rejeitando a petição no sentido de que seria impossível a responsabilidade corporativa); *Goodspeed*, cit., p. 542; *Scofield Rolling Mill Co. v. State*, 54 Ga., 1875, p. 638; *Boogher v. Life Ass’n of Am.*, 75 Mo., 1882, p. 323 (citando Thomas M. Cooley, *A Treatise on the Law of Torts or the Wrongs Which Arise Independent of Contract*, 2nd ed., 1888; *State v. Morris & Essex R.R. Co.*, in N.J.L., N. 23, 1852, P. 369. Porém, em sentido contrário, vide *State v. Great Works Milling & Mfg. Co.*, 20 Me., 1841, p. 43 (“Uma corporação (...) não pode cometer um crime ou uma transgressão, por qualquer ato positivo ou afirmativo, tampouco incitar outros a fazê-lo, na condição de corporação.”).

¹³⁴ Cf. *Fowle v. Common Council of Alexandria*, 28 U.S., 1830, p. 409 (“Que as companhias financeiras (...) são responsáveis por ilícitos civis é algo bem estabelecido.”).

¹³⁵ Vide, e.g., *Jordan*, 74 Ala., pp. 88-89; *Goodspeed*, 22, Conn., cit., p. 542; *Scofield Rolling Mill Co.*, 54 Ga., pp. 638-39; *Jeffersonville R.R. Co. v. Rogers*, 28 Ind., 1867, pp. 6-7; *Lyne v. Bank of Ky.*, 28 Ky. (5 J.J. Marsh.), 1831, p. 559; *Detroit Daily Post Co. v. MacArthur*, 16 Mich., 1868, pp. 454-55; e *Vance v. Erie Ry. Co.*, 32 N.J.L., 1867, p. 337.

¹³⁶ James Willard Hurst, *The Legitimacy of the Business Corporation...*, cit., p. 57.

acompanhar o ritmo da atividade econômica de larga escala, conduzida por corporações econômicas cada vez mais sofisticadas.¹³⁷ É importante ter em mente que as corporações estavam se tornando mais do que uma mera atividade local. Uma infraestrutura de estradas de ferro propiciava às companhias locais o acesso aos mercados nacionais, sendo elas próprias, as ferrovias, um exemplo proeminente do modelo corporativo de agregar capital. Como resultado disso, “entre 1865 e a década de 1890, as empresas de capital aberto, de grande porte, administradas por profissionais não-proprietários, gradualmente se tornaram regra nas atividades econômicas norte-americanas.”¹³⁸ Setores industriais inteiros, que antes se pensava não que necessitavam de grandes quantidades de capital, de repente perceberam um motivo para abrir o capital, e os mercados de ações, em franca expansão, forneceram o capital que eles necessitavam.¹³⁹ Uma companhia podia, assim, se tornar maior e ter, geograficamente, mais diversificada na sua base de acionistas. À medida que a propriedade se separava cada vez mais do controle, a corporação se tornava cada vez mais diferente de outras formas de organização comercial, como as sociedades em geral.¹⁴⁰

Acima de tudo, o alcance cada vez mais nacional das sociedades anônimas incentivou-as a desenvolver singulares personalidades corporativas.¹⁴¹ À medida que o século XX se aproximava, os estudiosos começaram a desenvolver e a defender uma concepção de “entidade real” para a personalidade corporativa, de sorte que a sociedade anônima passou a existir como agente único, distinto e independente tanto de seus integrantes como do Estado — uma visão que veio a dominar as décadas seguintes.¹⁴² Como concluído por Millon, “o triunfo da nova

¹³⁷ Vide as notas de rodapé ns. 127-134, *supra*. Vide tb. James Willard Hurst, *The Legitimacy of the Business Corporation...*, cit., pp. 109-10.

¹³⁸ Reuven S. Avi-Yonah, *The Cyclical Transformations of the Corporate Form...*, cit., p. 793.

¹³⁹ Vide, em termos gerais, Thomas R. Navin & Marian V. Sears, *The Rise of a Market for Industrial Securities – 1887-1902*, in *BUS. HIST. REV.*, N. 29, 1955, p. 105 (descrevendo a ascensão dos modernos mercados financeiros).

¹⁴⁰ Margaret M. Blair, *Corporate Personhood and the Corporate Persona...*, cit., p. 805 (“As ferrovias eram financiadas pela venda de títulos de capital para milhares de pequenos investidores e, no início da década de 1890, outras organizações industriais estavam começando a se financiar da mesma maneira. Não era mais crível, então, pensar nas grandes corporações ferroviárias, ou nos grandes fundos que dominavam o petróleo, o aço, o tabaco e o açúcar, como apenas uma espécie de parceria de acionistas.” (nota de rodapé suprimida)).

¹⁴¹ *Idem*, p. 798 e p. 810 (argumentando que o desenvolvimento de uma identidade corporativa singular refletiu uma consciente estratégia de mercado para consumidores e fornecedores).

¹⁴² Vide Reuven S. Avi-Yonah, *The Cyclical Transformations of the Corporate Form...*, cit., pp. 797-98 (argumentando que “o período entre 1890 e 1906 marcou o auge do debate” sobre a personalidade jurídica corporativa, que culminou no triunfo da visão da entidade real. Vide tb. Morton J. Horwitz, *Santa Clara Revisited...*, cit., pp. 180-85 (desenvolvendo a visão da entidade real no pensamento social alemão, argumentando que ela surgiu, pela primeira vez, nos Estados Unidos, durante a década de 1890, e concluindo

teoria [da entidade real] sinalizou, portanto, o intuito de dispensar o uso do Direito Empresarial como uma ferramenta regulatória projetada para lidar com os problemas sociais e econômicos, que os americanos viam como decorrentes do surgimento da corporação empresarial.”¹⁴³

Em segundo lugar, o regime geral de incorporação existia em um estado de equilíbrio perpetuamente instável. Este equilíbrio foi rompido quando Nova Jersey aprovou uma série de leis que liberalizavam a legislação empresarial.¹⁴⁴ A renovada legislação societária de Nova Jersey permitiu a incorporação “para qualquer finalidade lícita”, removendo, assim, o entrave formal da doutrina *ultra vires*, preparando o terreno para o seu “fim definitivo.”¹⁴⁵ Talvez mais importante, Nova Jersey se tornou o primeiro Estado a permitir que suas corporações comerciais possuíssem ações de outras companhias. Na época, as sociedades anônimas já haviam tentado uma variedade de métodos para contornar os limites de tamanho, mas com êxito limitado. Inicialmente, pensava-se que os trustes comerciais evitariam as restrições da legislação empresarial. Todavia, duas decisões espetaculares — uma contra a *Standard Oil*, em Ohio, e outra contra o setor de fabricação de açúcar, em Nova York — rejeitaram os trustes como uma estratégia não corporativa de agregação.¹⁴⁶ A compra direta dos ativos de outras companhias era, em teoria, permitida, mas impossível na prática. Isso porque os tribunais, fazendo uma analogia com a legislação societária, concluíram que essa mudança fundamental em uma sociedade anônima só poderia ocorrer com o consentimento unânime dos acionistas.¹⁴⁷ Assim, em virtude da reforma da legislação societária de Nova Jersey, pela primeira vez as sociedades anônimas puderam se fundir sem maiores dificuldades.

O efeito dessa reforma foi drástico. As companhias rapidamente abandonaram seus Estados de origem para se reincorporarem em Nova Jersey — foram tantas que, segundo estimativas, noventa e cinco por cento das principais corporações norte-americanas estavam

que “em 1900, a teoria da ‘entidade’ havia triunfado amplamente e o direito societário e de participação haviam se movido em direções radicalmente diferentes”).

¹⁴³ David Millon, *Theories of the Corporation...*, cit., p. 213.

¹⁴⁴ Lei de 14 Março de 1893, art. 171, § 2º; Lei de 9 de Maio de 1889, art. 265, § 4º; Lei de 7 de Abril de 1888, art. 295, § 1º, Lei de 4 de Abril de 1888, art. 269, § 1º.

¹⁴⁵ Reuven S. Avi-Yonah, *The Cyclical Transformations of the Corporate Form...*, cit., pp. 802-03. Na verdade, Nova Jersey não foi o primeiro Estado a flexibilizar o requisito do propósito-corporativo. Neste sentido, a Lei de 14 de Abril de 1874, art. 165, § 1º, de Massachusetts, e a Lei de 4 de Abril de 1888, art. 269, § 1º, de Nova York.

¹⁴⁶ *People v. N. River Sugar Ref. Co.*, 3 N.Y.S., 1889, p. 401; *State v. Standard Oil Co.*, 30 N.E. (Ohio, 1892), p. 279.

¹⁴⁷ Vide David Millon, *Theories of the Corporation...*, cit., p.

sediadas em Nova Jersey, em 1901.¹⁴⁸ Dessa forma, quando o Estado de origem da *American Sugar Company* — ie., Nova York — frustrou sua tentativa de formar um truste composto por todos os produtores de açúcar do País,¹⁴⁹ a companhia rapidamente se reincorporou em Nova Jersey, fazendo diretamente o que Nova York a impedia, indiretamente, de fazer.¹⁵⁰ Em 1902, as taxas de registro e os impostos incidentes sobre a franquia geraram tanta receita para Nova Jersey, que o Estado não somente quitou a totalidade de suas dívidas, como também aboliu seu imposto sobre a propriedade.¹⁵¹

Os demais Estados norte-americanos reagiram, iniciando uma “corrida até o fundo do poço” para atrair as companhias para neles se instalarem. A concentração de empresas em poucas jurisdições fez com que os efeitos dessa corrida fossem rapidamente sentidos. Por exemplo, embora a Suprema Corte aplicasse a doutrina *ultra vires* ainda na década de 1930, essa providência não surtia mais efeitos sobre a esmagadora maioria das grandes corporações, na medida em que estavam localizadas em Nova Jersey ou em outros Estados — v.g., Delaware — que não adotavam mais a teoria *ultra vires*.¹⁵² A adoção do requisito de “qualquer propósito legal” neutralizou a doutrina *ultra vires*.¹⁵³ A criação legislativa de ações “sem valor nominal” contornou as restrições judiciais da responsabilidade limitada.¹⁵⁴ Os Estados removeram os limites de tamanho de capitalização, vida útil da companhia e restrições de propriedade. Os legisladores também facilitaram a capacidade de uma corporação de fazer mudanças fundamentais, exigindo apenas a aprovação da maioria, em vez da unanimidade dos acionistas, para implementar tais alterações. Os tribunais blindaram ainda mais as sociedades anônimas da investigação judicial sobre a estrutura corporativa, por intermédio do desenvolvimento da teoria

¹⁴⁸ Daniel A. Crane, *Antitrust Antifederalism*, in CALIF. L. REV., N. 96, 2008, p. 13 (citando Melvin I. Urofsky, *Proposed Federal Incorporation in the Progressive Era*, in AM. J. LEGAL HIST., N. 26, 1982, p. 164).

¹⁴⁹ *N. River Sugar Ref. Co.*, 3 N.Y.S., p. 401.

¹⁵⁰ Vide *United States v. E.C. Knight Co.*, 156 U.S., 1895, p. 1. A Suprema Corte se recusou a aplicar a Lei Sherman de Antitruste (*Sherman Antitrust Act*), alegando que a cláusula do comércio não se estendia ao setor de manufatura.

¹⁵¹ Daniel A. Crane, *Antitrust Antifederalism*..., cit., p. 13.

¹⁵² Reuven S. Avi-Yonah, *The Cyclical Transformations of the Corporate Form*, cit., p. 803.

¹⁵³ Vide nota de rodapé n. 145, com o texto que a acompanha, *supra*.

¹⁵⁴ Morton J. Horwitz, *Santa Clara Revisited* ..., cit., p. 213. Anteriormente, as violações da doutrina do fundo fiduciário resultavam em danos que eram calculados entre a diferença entre o valor nominal de uma ação e o preço que um acionista realmente pagou para adquirir esta ação. (*Idem*, p. 208). Uma vez que as companhias puderam arbitrar o valor nominal das ações em zero, os danos recuperáveis desapareceram.

da *Business Judgment Rule*, segundo a qual não se permite que um tribunal questione uma série de decisões tomadas internamente por uma companhia.¹⁵⁵

A responsabilidade penal da pessoa jurídica se desenvolveu juntamente com essa dramática liberalização da legislação societária. Vários motivos tornam implausível descartar esse momento como mera coincidência. Em primeiro lugar, os mesmos legisladores que entregaram a legislação societária à esfera privada, aprovaram simultaneamente leis penais aplicáveis a todas às pessoas, inclusive às sociedades anônimas.¹⁵⁶ Em segundo lugar, a regulação pelo Direito Penal evitava a dinâmica da corrida até o fundo do poço que enfraquece a regulação pelo Direito Empresarial. Embora a legislação societária de um Estado se aplicasse somente às empresas nele constituídas, a legislação penal se aplicava à todas as pessoas cuja má conduta se enquadrasse na lei penal desse Estado, sejam elas empresas constituídas dentro ou fora da sua jurisdição. Em terceiro lugar, o Direito Penal é uma ferramenta melhor para regular a atividade corporativa.¹⁵⁷ Mexer na estrutura interna de uma companhia não somente é desajeitado, como também um processo indireto; é mais fácil regular a atividade corporativa diretamente, como fazem o Direito Civil e o Direito Penal. Além disso, o Direito Penal alinha a estratégia regulatória com a expertise institucional; nem os tribunais nem os legisladores são especialistas quando se trata de tomada de decisões empresariais, mas são especialistas em elaborar e interpretar as leis, aplicando-as aos casos concretos.

Os tribunais poderiam ter se recusado a aceitar a responsabilidade penal da pessoa jurídica, mantendo as antigas doutrinas que, em sua maioria, excluía as empresas da esfera penal. Mas eles não o fizeram. Como é de conhecimento notório, a Suprema Corte abençoou a decisão do Congresso de submeter as empresas à responsabilidade penal por crimes de intenção

¹⁵⁵ Muito embora a primeira utilização da doutrina tenha ocorrido em 1888, em quinze anos a *Business Judgment Rule* se tornou uma prática estabelecida no Direito Empresarial. Vide Reuven S. Avi-Yonah, *The Cyclical Transformations of the Corporate Form*, cit., pp. 799-800 (citando o caso *Leslie v. Lorillard* 18 N.E. (N.Y., 1888), p. 365. [NOTA DO TRADUTOR: sobre a transposição da teoria da *Business Judgment Rule* para a moderna teoria do delito, vide: SOUZA, Artur de Brito Gueiros; MIRANDA, Matheus de Alencar e. *Avaliação de risco, Business Judgment Rule e a teoria da imputação objetiva*. In *Revista Científica do CPJM*, Vol. 03, Núm, 09, 2024, pp. 218 e segs.]

¹⁵⁶ Vide, e.g., Daniel A. Crane, *Antitrust Antifederalism...*, cit., p. 15 (observando que a Lei Antitruste Sherman “deixou claro que também se aplicava às corporações e às associações”). Neste sentido, *State v. Gen. Fire Extinguisher Co.*, 9 Ohio N.P. (Ct. Com. Pl., 1910), p. 444 (“É difícil acreditar que a Assembleia Geral de Ohio (...) poderia ter pretendido isentar a corporação, responsável por noventa e nove por cento dos danos, da punição, prevendo que a lei viesse a punir apenas o indivíduo que foi responsável por um por cento dos danos.”).

¹⁵⁷ Contudo, Crane apresenta problemas ao se aplicar um modelo civil-penal, em vez de um modelo regulatório, à legislação antitruste (Daniel A. Crane, *Antitrust Antifederalism...*, cit., pp. 27-50).

geral [*general-intent crimes*].¹⁵⁸ Todavia, a Suprema Corte não estava na vanguarda dessa inovação, pois vários tribunais estaduais já haviam considerado as companhias penalmente responsáveis por crimes de intenção geral, tendo logo os mesmos tribunais estendido esse entendimento para incluir os crimes de intenção específica [*specific-intent crimes*].¹⁵⁹ Seguramente, os tribunais não expandiram a responsabilidade penal da pessoa jurídica de maneira indiscriminada. Por exemplo, os tribunais demoraram a reconhecer que uma empresa poderia cometer homicídio culposo [*manslaughter*] porque ninguém havia suspeitado anteriormente que os antigos tipos penais de homicídio culposo, que se referiam a “pessoas” como sujeitos ativos, abrangessem as pessoas jurídicas.¹⁶⁰ Da mesma forma, as cortes reconheceram que certos crimes não poderiam nunca ser atribuídos às pessoas jurídicas.¹⁶¹ No entanto, a era da lei de habilitação preparou o terreno tanto para o surgimento das modernas corporações, como para práxis de responsabilizar penalmente as pessoas jurídicas como se fossem pessoas físicas.

IV. COMO E QUANDO AS CORPORações SE TORNARAM PESSOAS PARA FINS PENAIIS

A. AS MUDANÇAS NA LEGISLAÇÃO SOCIETÁRIA CRIARAM EMPRESAS ELEGÍVEIS PARA A PERSONALIDADE PRAGMÁTICA DE ACORDO COM O DIREITO PENAL

Suponha, por ora, a adoção de uma concepção pragmática de personalidade — uma suposição que coloquei à prova na Seção II.B, *supra*. Nesse contexto conceitual, a responsabilidade penal das empresas foi justificada, inicialmente, não porque as empresas sempre foram elegíveis para a responsabilidade penal, mas porque elas se tornaram elegíveis

¹⁵⁸ *New York Central & Hudson River R.R. Co. v. United States*, 212 U.S., 1909, pp. 481 e segs.

¹⁵⁹ *E.g.*, *United State v. Alaska Packers' Ass'n*, 1 (Alaska, 1901), pp. 222-23; *Grant Bros. Constr. Co. v. United States*, 114 (Ariz., 1911), p. 957; *People v. Palermo Land & Water Co.*, 89 (Cal. Cr. App., 1907), p. 725; *S. Express Co. v. State*, 58 S.E., Ga., 1907, p. 69; *State v. Belle Springs Creamery Co.* 111 (Kan., 1910), p. 476; *Telegram Newspaper Co. v. Commonwealth*, 52 N.E. (Mass, 1899), p. 446; *State v. Passaic Cty. Agric. Soc'y*, 23 A (N.J., 1892), p. 680; *People v. Rochester Ry & Light Co.*, 88 N.E. (N.Y., 1909), p. 22; *State v. Rowland Lumber Co.*, 69 S.E. (N.C., 1910), p. 58-59; *State v. E. Coal Co.*, 70 A (R.I., 1908), p. 7; *State v. First Nat'l Bank of Clark*, 51 N.W. (S.D., 1892), p. 587.

¹⁶⁰ Vide, *e.g.*, *Commonwealth v. III. Cent. R.R. Co.*, 153 S.W. (Ky. 1913), p. 459; *Rochester Ry. & Light Co.*, 88 N.E., p. 22.

¹⁶¹ *United States v. John Kelso Co.*, 86 F. (N.D. Cal., 1898), p. 304 (com listagem de crimes).

no final do século XIX. A disponibilidade ampliada da forma societária, a flexibilização dos requisitos de finalidade societária e a liberalização geral da lei societária, durante e imediatamente após o século XIX, permitiram a criação e a proliferação de pessoas jurídicas sofisticadas o suficiente para se tornarem aptas para ter capacidade jurídica nos termos do Direito Penal, e, especificamente, para satisfazerem o requisito da *mens rea* da lei penal.

Como exposto na Parte II, mesmo sem as restrições da pessoa individual, seria difícil para uma entidade — particularmente, um ente coletivo — satisfazer os requisitos necessários para a capacidade jurídica.¹⁶² A elegibilidade para a capacidade jurídica, sob uma concepção pragmática, exige uma entidade suficientemente bem organizada para participar efetivamente do espaço das obrigações legais. Para o agente coletivo, como é o caso de uma corporação, isso requer pessoas naturais comprometidas com um compromisso conjunto de prazo indeterminado, configurado por meio de uma estrutura interna que possibilite: permitir que a corporação atue e expresse atitudes como um único agente; reconhecer sua condição de fazer reivindicações legais e ter reivindicações legais executáveis contra ela; e identificar falhas nos procedimentos racionais da corporação e melhorar esses procedimentos.

Como visto, a primeira lição da Parte III foi de que as sociedades anônimas comerciais não começaram como o tipo de agente sofisticado, acima descrito como necessário para estabelecer os requisitos de elegibilidade para a capacidade, nos termos do Direito Penal.¹⁶³ Por um lado, mesmo as primeiras sociedades anônimas tinham um grupo de pessoas naturais reunidas por um compromisso conjunto. Por outro lado, esses compromissos conjuntos eram projetos de mentalidade pública, estritamente escolhidos para eles pelos legisladores que redigiam seus estatutos sociais. Além disso, essas [primeiras] corporações eram pequenas e hiperlocais, o que dispensava a necessidade de muita sofisticação, considerando a organização interna que existia. As companhias começaram sem muitas estruturas uniformes, e os tribunais tomaram emprestado as disposições da legislação societária para preencher as lacunas nos casos concretos. E embora os benefícios legais obtidos por meio da forma corporativa — status de entidade independente, responsabilidade limitada e separação entre propriedade e controle — já existissem nessa época, essas vantagens ainda não haviam sido amplamente exploradas.

A segunda lição da Parte III é que a constante liberalização da legislação societária ao longo do século XIX — impulsionada cada vez mais pela expansão das oportunidades

¹⁶² Vide Seção II.C.2, *supra*.

¹⁶³ Vide Seção III.A, *supra*.

econômicas em âmbito nacional — criou a possibilidade, bem como a necessidade de uma estrutura societária sofisticada.¹⁶⁴ Para seguir a linguagem do órgão coletivo, o escopo em expansão do compromisso conjunto de uma corporação — juntamente com o rápido aumento do número de integrantes de uma corporação — exigiu o desenvolvimento de estruturas internas sofisticadas.

Considere o compromisso conjunto. Os tribunais e os legisladores ampliaram, de maneira repetida, o escopo permitido do compromisso conjunto de uma corporação ao longo do século XIX. Primeiro, a incorporação geral democratizou o acesso à forma corporativa, permitindo que entidades comprometidas com interesses comerciais puramente privados fossem incorporadas. Como resultado, as corporações comerciais surgiram extravasando os limites de uma classe restrita de indústrias quase públicas. Ao mesmo tempo, a liberalização, por parte dos tribunais, da doutrina *ultra vires* permitiu que as corporações ultrapassassem os limites de seus propósitos estatutários autoindicados. A mudança legislativa para atos de habilitação e a criação de estatutos sociais para “qualquer” propósito lícito, tornaram ainda mais fácil para as empresas buscarem vários outros empreendimentos. Enquanto isso, a remoção dos limites da vida útil das companhias possibilitou que elas assumissem compromissos verdadeiramente amplos. O efeito cumulativo dessas reformas foi, na prática, eliminar as restrições legais à atuação empresarial. Isso permitiu que as empresas se expandissem para além dos empreendimentos de propósito único, mudassem de estratégia ou de setor em resposta às demandas do mercado, bem como que planejassem projetos econômicos de longo prazo.

Ao mesmo tempo, as corporações se expandiram drasticamente com relação ao número de integrantes. No início do século XIX, as corporações eram pequenos negócios com uma base local de acionistas e uma forte sobreposição entre propriedade e controle. Todavia, a capacidade de separar o aporte de capital da tomada de decisão corporativa fez com que as companhias se tornassem o veículo preferencial para a realização de grandes projetos econômicos. O desenvolvimento de uma infraestrutura nacional e de mercados financeiros permitiu que as companhias buscassem negócios e atraíssem capital em âmbito nacional. A dispersão geográfica acelerou a separação entre propriedade e controle. O aumento do tamanho, por sua vez, permitiu empreendimentos maiores, o que, por sua vez, impulsionou o crescimento e expandiu ainda mais a base geográfica dos acionistas. Esse ciclo foi exacerbado pelo uso dos

¹⁶⁴ Vide Seção III.B-C, *supra*.

trustes para agregar riqueza corporativa e, posteriormente, por mudanças na legislação societária que permitiram que as companhias possuíssem ações umas das outras.

Como essas mudanças influenciaram as estruturas corporativas? Do ponto de vista do governo, o século XIX assistiu a um mar de mudanças nas atitudes regulatórias em relação às companhias, o que influenciou no desenvolvimento de estruturas corporativas que concretizaram o status da empresa como uma entidade jurídica única. Os estatutos sociais de incorporação geral proporcionaram às empresas uma estrutura padrão que serviu de pano de fundo para uma agência sofisticada. As corporações modernas vivem com o legado dessas estruturas padrão: A legislação societária delinea as classes de integrantes dentro de uma corporação,¹⁶⁵ divide o poder de tomada de decisões entre as classes,¹⁶⁶ e especifica o escopo e a amplitude dos poderes e obrigações de cada categoria.¹⁶⁷ Em particular, a estrutura padrão corporativa, que se inicia com o típico estatuto social corporativo, incentiva a adoção de uma estrutura hierárquica — o que Peter French chama de Decisão Interna Corporativa — cuja “função principal é atrair a experiência de vários níveis da corporação para um processo de tomada de decisão e sua ratificação.”¹⁶⁸ Essa estrutura organizacional consolida grande parte das deliberações internas dos membros de uma corporação. Enquanto isso, essa estrutura cria tanto o fato quanto a percepção do que os psicólogos sociais chamam de “agente de grupo altamente existencial [*entitative*]”, que é um “todo unificado e coerente no qual os membros estão fortemente ligados.”¹⁶⁹

A era da lei de habilitação sinalizou um recuo dos Estados em relação à prática de regular a atividade corporativa, inspecionando a estrutura interna da empresa, e, conseqüentemente, um avanço na regulação de cada entidade diretamente por meio do Direito Civil e do Direito Penal. Durante esse período, a crescente desconsideração das restrições da

¹⁶⁵ E.g., DEL. CODE ANN., tit. 8, § 141 (a), 2016 (amplos poderes-padrão para diretores); MODEL BUS. CORP. ACT, § 8.01 (b) (AM. BAR. ASS’N, 2006) (mesma disposição); DEL. CODE ANN., tit. 8, § 142 (a), 2016 (criação de cargos); MODEL BUS. CORP. ACT § 8.08 (AM. BAR ASS’N, 2006) (mesma disposição).

¹⁶⁶ E.g., DEL. CODE ANN., tit. 8, § 141 (k), 2016 (permitindo a remoção de diretores por decisão da maioria dos acionista); MODEL BUS. CORP. ACT, § 8.08 (AM. BAR. ASS’N, 2006) (mesma disposição); Aronson v. Lewis, 473 A.2d, Del., 1984, p. 812 (dispondo sobre a *Business Judgement Rule*).

¹⁶⁷ E.g., DEL. CODE ANN., tit. 8, § 102 (b)(7), 2016 (limitando a responsabilidade pessoal dos diretores decorrente da violação de seus deveres de cuidado).

¹⁶⁸ Peter A. French, *The Corporation as a Moral Person*. In AM. PHILL. Q., N. 16, 1979, p. 212. Sobre o assunto, vide: William S. Laufer, *Corporate Bodies and Guilty Minds...*, cit.

¹⁶⁹ Steven J. Sherman & Elise J. Percy, *The Psychology of Collective Responsibility: When and Why Collective Entities Are Likely to be Held Responsible for the Misdeeds of Individual Members*, in J.L. & POL., N. 19, 2010, p. 149.

regra *ultra vires* — no Direito Empresarial, bem como na responsabilidade civil e obrigacional — ilustrou a crescente relutância dos tribunais em intervir nas negociações internas dos membros da empresa. Em vez disso, os tribunais e os legisladores lidavam cada vez mais com a corporação como sendo um único agente, não só para tomada de decisões como também para se responsabilizar perante a lei. A criação da *Business Judgment Rule* reforçou essa orientação judicial de não interferir no processo de tomada de decisões internas. Ao mesmo tempo, o fato dos legisladores removerem os requisitos da unanimidade dos acionistas para certas decisões, fortaleceu a natureza hierárquica da tomada de decisões corporativas. Qualquer que tenha sido a motivação dos Estados — o desejo de competir entre eles para a realocação corporativa, um melhor alinhamento dos mecanismos regulatórios com as atribuições legislativas ou judiciais ou delimitar o alcance jurisdicional — o efeito maior foi permitir que as corporações se auto-organizassem e escolhessem a melhor forma da tomada das suas decisões, fazendo com que os Estados interagissem com elas, como sendo uma entidade única.

Do ponto de vista comercial, especialmente na última parte do século XIX, fortes incentivos econômicos levaram as corporações a se estruturarem de uma forma — consistente com a estrutura hierárquica de French e Laufer — que abrangesse seu status legal como uma entidade única. As oportunidades econômicas possibilitaram estruturas muito maiores e geograficamente diversas, privilegiando uma estrutura centralizada e hierárquica. As mudanças no tamanho e no foco nacional criaram a necessidade de estruturas internas que fossem flexíveis e responsivas aos mercados cada vez mais competitivos. A necessidade de conquistar clientela das empresas locais em um mercado cada vez mais nacional, fez com que o desenvolvimento de uma identidade da marca única se tornasse uma boa estratégia comercial. Da mesma forma, como os funcionários das companhias se espalharam por uma comunidade mais ampla, uma única identidade corporativa poderia substituir a presença física do chefe como meio de inspirar lealdade. Basicamente, as empresas receberam incentivos econômicos para se organizarem de forma a se assemelharem e a responderem como se fossem entidades únicas.

Em resumo, durante a última parte do século XIX, tornou-se do interesse das corporações comerciais desenvolver estruturas internas que lhes permitissem agir e reagir como entidades únicas, como a legislação societária passou a tratá-las. Ao mesmo tempo, os tribunais e os legisladores sinalizavam, cada vez mais, a disposição de interagir com as corporações como agentes únicos, em vez de interferir nas suas estruturas internas. O efeito cumulativo incentivou o surgimento de estruturas internas sofisticadas, que eram capazes não apenas de atitudes e de

ações corporativas, mas também de participação efetiva no espaço das obrigações legais. Ou seja, as inovações econômicas e do Direito Empresarial na última parte do século XIX criaram as condições de elegibilidade das empresas para a responsabilidade penal. Os tribunais começaram a considerar as corporações penalmente responsáveis exatamente no momento em que elas próprias se tornaram capazes de se qualificar para a responsabilidade penal.

B. A CONCEPÇÃO PRAGMÁTICA DE PERSONALIDADE SUPLANTOU A CONCEPÇÃO INTRÍNSECA DE PERSONALIDADE JURÍDICA

Uma coisa é demonstrar que as empresas são elegíveis, e até mesmo se tornaram elegíveis, para a responsabilidade penal, com base em uma concepção pragmática de personalidade. Outra coisa é argumentar que isso realmente ocorreu. No entanto, esse parece ter sido o caso. Aparentemente, e contrariando a sabedoria convencional, os tribunais lidaram com questões de como conceber a corporação. Mais especificamente, vemos uma mudança pragmática no pensamento judicial sobre a personalidade se enraizando durante o século XIX. As cortes não apenas rejeitaram a premissa da pessoa individual, como expandiam a responsabilidade corporativa; adotaram o raciocínio subjacente à concepção pragmática da personalidade, adotando, ainda, medidas para desenvolver métodos de atribuição de atitudes às corporações.

1. Rejeitando a premissa da pessoa individual

Cumprido lembrar que a concepção pragmática da personalidade inverte a relação entre personalidade e atribuição, conforme havia sido articulada pela premissa da pessoa individual. Em vez disso, restringe a atribuição consoante o fato do ente subjacente ser ou não uma pessoa individual.¹⁷⁰ Ao analisar o desenvolvimento inicial da responsabilidade penal corporativa, fica claro que os tribunais estaduais rejeitaram a premissa da pessoa individual em uma variedade de contextos legais. De fato, quando solicitados a preservar a proibição, de longa data, de atribuir atitudes intencionais a corporações no contexto criminal, muitos tribunais observaram que já haviam rejeitado a premissa da pessoa individual com relação à responsabilidade de uma

¹⁷⁰ Vide notas de rodapé ns. 59-62 e os textos que as acompanham, *supra*.

corporação para responder por infrações civis intencionais. Dessa forma, os tribunais argumentavam que seria desonesto sustentar que a empresa, por sua própria natureza, não poderia ter atitudes intencionais atribuídas a elas. Como a Suprema Corte de Nova Jersey colocou a questão:

A base da ação por difamação ou por acusação maliciosa é a má intenção, a malícia da parte ré. É difícil, portanto, ver como uma corporação pode ser passível de ação civil por difamação, acusação maliciosa e incômodo privado, sendo, assim, multada [civilmente] em valores exemplares, mas, ao mesmo tempo, não ser criminalmente indiciada por ofensas semelhantes quando o dano recai sobre o público.¹⁷¹

As Supremas Cortes do Alasca,¹⁷² da Geórgia,¹⁷³ de Massachusetts,¹⁷⁴ de Nova York,¹⁷⁵ e de Rhode Island,¹⁷⁶ bem como as cortes federais de todo o País,¹⁷⁷ ofereceram fundamentos idênticos.

Outros tribunais chegaram à mesma conclusão por meio de outros caminhos jurídicos. Por exemplo, um tribunal federal observou, com relação ao direito contratual, que “parece tão fácil e lógico atribuir a uma corporação uma mente maligna quanto imputar a ela um senso de obrigação contratual.”¹⁷⁸ De uma forma mais eloquente, a Suprema Corte do Alasca concluiu

¹⁷¹ State v. Passaic Cty. Agric. Soc’y, 23 A. (N.J., 1892), p. 681.

¹⁷² United States v. Alaska Packers’ Ass’n, 1 Alaska, (D. Alaska, 1901), p. 219. (“Quando uma empresa tira a vida de uma pessoa no exercício de seus negócios e é obrigada a responder civilmente por tal morte injusta, não há nenhuma boa razão pela qual ela não possa ser obrigada a responder criminalmente pelo mesmo ato, cometido no âmbito dos seus negócios, se a lei prever essa responsabilidade.”).

¹⁷³ Cf. Scofield Rolling Mill Co. v. State, 54 Ga., 1875, pp. 640-41 (discutindo a responsabilidade penal da pessoa jurídica em uma ação civil para recuperar fundos estaduais).

¹⁷⁴ Telegram Newspaper Co. v. Commonwealth, 52 N.E. (Mass., 1899), p. 445. (“Não há dificuldade maior em imputar a uma empresa uma intenção específica em um processo criminal do que em um processo civil.”).

¹⁷⁵ People v. Rochester Ry. & Light Co., 88 N.E. (N.Y., 1909), p. 23.

¹⁷⁶ State v. E. Coal Co., 70 A. (R.I., 1908), p. 7 (“Se as corporações têm a capacidade de se envolver em conspiração [por ato ilícito], elas têm o poder de conspirar criminalmente.”).

¹⁷⁷ Vide, e.g., United States v. N.Y. Herald Co., 159 F. (C.C.S.D.N.Y., 1907), p. 297 (“Para atribuir este tipo de conhecimento a uma empresa não é necessário nenhum outro tipo de inferência jurídica diferente daquela que tem sido usada, há muito tempo, para atribuir danos punitivos em casos de ato ilícito contra um réu corporativo.”); United States v. MacAndrews & Forbes Co., 149 F. (C.C.S.D.N.Y., 1906), p. 836 (“Não há maior dificuldade intelectual em considerar [uma empresa] capaz de praticar homicídio ou furto do que pensar que ela está elaborando um plano para obter juros usurários.”); United States v. John Kelso Co., 86 F. (N.D. Cal., 1898), p. 306 (“A mesma evidência que em um caso civil seria suficiente para provar uma intenção específica ou maliciosa por parte de um réu corporativo, seria suficiente para mostrar uma intenção semelhante por parte de uma corporação acusada criminalmente de praticar um ato proibido pela lei.”).

¹⁷⁸ MacAndrews & Forbes Co., 149 F., p. 836; no mesmo sentido de McDermott v. Evening Journal Ass’n, 43 N.J.L., 1881, pp. 491-92 (“Mas é óbvio que a mente, no sentido legal, significa apenas a capacidade de querer, dirigir, permitir ou consentir. Uma corporação exercita sua mente cada vez que consente com os termos do contrato.”).

que, “[s]e (...) a essência invisível e intangível do ar, que chamamos de corporação, pode nivelar montanhas, encher vales, colocar trilhos de ferro e passar vagões de trem sobre eles, ela pode também ter a intenção de realizar esses atos, podendo agir de forma tanto viciosa como virtuosa.”¹⁷⁹ O então influente Tratado de Direito Penal de Joel Bishop refletia, a respeito das corporações, um sentimento semelhante, concluindo que “os poderes desses seres artificiais são limitados; mas, como a capacidade de agir lhes é dada pela lei, não há nenhuma boa razão para que eles não tenham a intenção de agir de forma criminosa.”¹⁸⁰

Certamente, recorrer a casos anteriores de ilícitos civis fez com que a questão teórica retrocedesse um passo. Por qual razão os tribunais rejeitaram a premissa da pessoa individual em casos civis? A análise desses casos revela que os tribunais rejeitaram a premissa da pessoa individual por seus próprios méritos. Os tribunais que expandiram a responsabilidade por ilícitos corporativos consideraram o fato da ação deliberada como uma evidência circunstancial suficiente para demonstrar que as empresas eram aptas à atribuições atitudinais. A propósito, considere o seguinte trecho da Suprema Corte de Connecticut:

Dizer que uma empresa não pode ter motivos e agir com base nesses motivos é negar a evidência dos nossos sentidos, quando a vemos agir de uma determinada forma e, com isso, obter resultados a seu favor, da maior importância, todos os dias. E se elas podem ter alguma motivação, podem ter um motivo ruim, ou seja, podem ter a intenção de fazer o mal, assim como de fazer o bem. Se o ato praticado é corporativo, o motivo e a intenção também devem ser.¹⁸¹

A Suprema Corte de Nova Jersey adotou uma abordagem semelhante, concluindo que “[n]enhuma dificuldade técnica” impediu um júri de inferir que uma corporação cometeu “um ato ilícito *intencionalmente*.”¹⁸² As Supremas Cortes do Alabama,¹⁸³ Geórgia,¹⁸⁴ Indiana,¹⁸⁵ Kentucky,¹⁸⁶ além de outras, rejeitaram, de forma semelhante, a premissa da pessoa individual. Em resumo, eles confiaram — e, às vezes, declararam expressamente — que um júri era capaz

¹⁷⁹ United States v. Alaska Packers’ Ass’n, 1 Alaska (D. Alaska, 1901), p. 220.

¹⁸⁰ Joel Prentiss Bishop, *New Commentaries of the Criminal Law Upon a New System of Legal Exposition*, 8th ed., 1892, § 418.

¹⁸¹ Goodspeed v. E. Haddam Bank, 22 Conn., 1853, p. 542.

¹⁸² Vance v. Erie Ry. Co., 32 N.J.L., 1867, p. 337 (grifou-se).

¹⁸³ Jordan v. Ala. Great S. R.R. Co., 74 Ala., 1883, pp. 88-89.

¹⁸⁴ Scofield Rolling Mill Co. State, 54 Ga., 1875, pp. 638-39.

¹⁸⁵ Jeffersonville R.R. Co. v. Rogers, 28 Ind., 1867, pp. 6-7.

¹⁸⁶ Lyne v. Bank of Ky., 28 Ky. (5 J.J. Marsh.), 1831, p. 559.

de determinar as atitudes intencionais de uma corporação, não se preocupando em desenvolver algum método especial para determinar essas atitudes corporativas.¹⁸⁷ A esse respeito, as cortes trataram o processo de atribuição de atitudes às pessoas jurídicas da mesma forma que trataram para as pessoas físicas. Ao fazer isso, os tribunais reconheceram que a atribuição é uma prática interpretativa, derivando atitudes intencionais de ações observáveis — uma característica fundamental das abordagens pragmáticas da atribuição de atitudes.

Em resumo, através de casos criminais apreciados em várias jurisdições, vimos os tribunais rejeitarem a premissa da pessoa individual, seja por seus méritos ou com base no fato de que a premissa já havia sido descartada no âmbito da responsabilidade civil ou contratual. Em paralelo, os tribunais começaram a reconhecer que as práticas para atribuir atitudes a um ente não precisavam diferir categoricamente, dependendo se a parte era uma pessoa física ou pessoa jurídica.

2. *Adotando a concepção pragmática de personalidade e de genuínas atitudes corporativas*

Os tribunais que ampliaram o escopo da responsabilidade corporativa fizeram mais do que simplesmente rejeitar a premissa da pessoa individual. Vale lembrar da sabedoria recebida no sentido dos tribunais contornarem as difíceis questões conceituais em torno das genuínas atitudes corporativas, transportando a doutrina do *respondeat superior* do Direito Civil para o Direito Penal.¹⁸⁸ Entretanto, os tribunais não foram uniformes nessa abordagem. Ao revés, as cortes que lidaram com a aplicação dos requisitos regulatórios desenvolveram, ou melhor, começaram a desenvolver, métodos para atribuir genuínas atitudes corporativas, evocando uma concepção pragmática de personalidade.

Para começar, muitos tribunais evitaram aplicações diretas da *vicarious liability* em favor das tentativas, comparativamente mais sofisticadas, de isolar as intenções individuais que pudessem ser adequadamente atribuídas à corporação. Por exemplo, a Califórnia e o Missouri

¹⁸⁷ Vide, e.g., *Reed v. Home Sav. Bank*, 130 Mass., 1881, p. 445 (sustentando que “a prova da ausência de causa provável garantirá que o júri infira a malícia” da mesma maneira contra uma pessoa jurídica e uma pessoa física). No mesmo sentido, *State v. Sec. Bank of Clark*, 51 N.W. (S.D. 1892), p. 338 (“Qualquer evidência que justifique uma acusação ou uma imputação contra um indivíduo, justificará uma acusação ou uma imputação contra uma corporação.”).

¹⁸⁸ Vide Seção II.A-B, *supra*.

limitaram a atribuição de intenções corporativas às atitudes mantidas pelos dirigentes das companhias, desde que tais atitudes se referissem a ações tomadas “dentro do escopo dos objetos e propósitos da corporação.”¹⁸⁹ O Arizona adotou uma regra semelhante, embora focando nas intenções pessoais dos executivos corporativos e não dos diretores.¹⁹⁰ Outros tribunais se concentraram no tipo de conduta que poderia merecer atribuição. Por exemplo, a Suprema Corte do Alasca concluiu que “[n]em toda má conduta que seria atribuível a um indivíduo poderá o ser para uma corporação. Para tanto, ela deve estar dentro, ou não muito distante, dos deveres corporativos.”¹⁹¹ Por outro lado, Maryland restringiu a atribuição de uma atitude intencional aos casos em que um integrante, ao cometer a má conduta subjacente, atuou como uma autoridade expressa.¹⁹² Essas abordagens históricas ressoam até hoje. Por exemplo, a estrutura atributiva defendida pelo Estado do Arizona influenciou o método do *Model Penal Code* de atribuir a uma corporação apenas as atitudes intencionais demonstradas por “agente[s] da alta gerência.”¹⁹³ Isso não quer dizer que qualquer uma dessas abordagens isole totalmente as genuínas atitudes corporativas. Por exemplo, todas elas correm o risco de confundir atitudes individuais com atitudes corporativas.¹⁹⁴ Todavia, elas evidenciam os esforços para padronizar a atribuição corporativa de uma maneira mais fundamentada do que a doutrina do *respondeat superior*.

Mais importante ainda, muitas cortes, desde o momento em que começaram a expandir a responsabilidade corporativa por ilícitos civis intencionais, reconheceram o papel da estrutura organizacional na produção de genuínas atitudes corporativas. Eles fizeram isso, em parte, apropriando-se da retórica da premissa da pessoa individual e identificando contrapartes estruturais capazes de produzir atitudes corporativas intencionais. Por exemplo, os primeiros casos de responsabilidade civil identificaram como a “mente” corporativa o conjunto de

¹⁸⁹ *Maynard v. Fireman’s Fund Ins. Co.*, 34 Cal., 1867, p. 57, citado com aprovação em *Gillett v. Mo. Valley R.R. Co.*, 55 Mo., 1874, pp. 321-22.

¹⁹⁰ *Grant Bros. Constr. Co. v. United States*, 114 P. (Ariz., 1911), p. 957 (“[U]ma corporação, assim como um indivíduo, é capaz de formar uma intenção culpada e é capaz de ter o conhecimento necessário, desde que os seus executivos sejam capazes de expressar a vontade da corporação, e tendo eles tal conhecimento ou intenção.”).

¹⁹¹ *United States v. Alaska Packers’ Ass’n*, 1 Alaska (D. Alaska, 1901), p. 222.

¹⁹² *Carter v. Howe Mach. Co.*, 51 Md., 1879, p. 298.

¹⁹³ MODEL PENAL CODE, § 2.07(1)(c) (AM. LAW INST., 1962).

¹⁹⁴ Vide Brent Fisse, *Reconstructing Corporate Criminal Law: Deterrence, Retribution, Fault, and Sanctions*, S. CAL. L. REV., N. 56, 1983, pp. 1187-1190 (discutindo várias modalidades de *mens rea* corporativa que confundem atitudes individuais com atitudes corporativas).

interações entre diretores ou gerentes.¹⁹⁵ Considere este raciocínio de uma corte distrital — um raciocínio que acabou sendo endossado pela Suprema Corte — com relação à capacidade de uma corporação de satisfazer os elementos de acusação por malícia:

[O peticionário argumenta] que uma corporação é incapaz de malícia e, tecnicamente, isso pode ser verdade; mas será que efetivamente é assim? Deve haver um poder de controle e governança em toda corporação. Isso geralmente é encontrado em um conselho de administração, que é escolhido pelos membros ou acionistas, e esse conselho, de alguma forma, seleciona os executivos e funcionários da corporação. *Não é verdade que uma corporação não tenha mente. Sua mente é o produto conjunto das mentes de seus diretores e da diretoria em uma organização unificada*, e, na realidade, as corporações trazem para trabalhar dentro delas os profissionais mais capacitados e os executivos mais talentosos do país.¹⁹⁶ .

Ao invés de apelar para o *respondeat superior*, essa análise não confunde as atitudes de um diretor, gerente ou empregado, com as atitudes da corporação. Em vez disso, ela reconhece que as atitudes dos diretores e gerentes, *mediadas pela estrutura corporativa* dentro da qual esses indivíduos interagem, produzem genuínas atitudes corporativas intencionais.

A abordagem articulada pela Suprema Corte de Michigan é um exemplo paradigmático e contemporâneo de um tribunal que isola genuínas atitudes corporativas, ao contrário de uma base pragmática de personalidade. Diante de um demandante que buscava uma indenização exemplar contra uma empresa jornalística por suposta difamação, o tribunal afirmou que a empresa poderia ser responsabilizada.¹⁹⁷ Entretanto, a corte explicou que “nenhuma quantidade de malícia expressa em seus empregados” seria suficiente para expor uma corporação a indenizações exemplares quando ela tiver o “estabelecimento e a habitual efetivação de regras que provavelmente excluiriam conteúdos [difamatórios]” das suas publicações.¹⁹⁸ Por outro lado, uma empresa jornalística mal administrada — por exemplo, com “recorrência frequente de publicação de calúnias semelhantes” — correria o risco de sofrer danos exemplares.¹⁹⁹ Em outras palavras, um ato malicioso de calúnia não deve ser atribuído a uma empresa quando a

¹⁹⁵ *Maynard v. Fireman’s Fund. Ins. Co.*, 34 Cal., 1867, p. 55; *Lyne v. Bank of Ky.*, 28 Ky. (5 J.J. Marsh.), 1831, p. 559.

¹⁹⁶ *Copley v. Grover & Baker Sewing-Mach. Co.*, 6 F. Cas. (C.C.S.D. Ala.), 1875, p. 519 (grifou-se), citado com aprovação em *City of Salt Lake City v. Hollister*, 118 U.S., 1886, p. 262.

¹⁹⁷ *Detroit Daily Post Co. v. McArthur*, 16 Mich., 1868, pp. 453-55.

¹⁹⁸ *Ibidem*.

¹⁹⁹ *Ibidem*.

estrutura corporativa evidencia que a calúnia ocorreu por causa da conduta de um empregado desonesto. Por outro lado, a malícia deve ser atribuída a uma empresa quando a estrutura corporativa cria um ambiente difamatório. Essa abordagem distingue perfeitamente entre atitudes corretamente atribuídas a uma corporação e atitudes que deveriam ser atribuídas a um indivíduo dentro da corporação. De fato, como a próxima Seção indica, na medida em que as cortes federais ainda se baseiam no *respondeat superior*, a adoção da abordagem articulada pela Suprema Corte de Michigan muito melhoraria os pressupostos pelos quais a doutrina identifica genuínas atitudes corporativas.

C. COMO MELHORAR NOSSA PRÁTICA ATUAL USANDO AS LIÇÕES DA HISTÓRIA

1. As mudanças feitas na legislação societária comprometeram a concepção intrínseca de personalidade

Começamos com o desafio cético à própria possibilidade da responsabilidade penal corporativa que motivou esta discussão. Podemos ver agora que, embora os argumentos céticos contra a capacidade corporativa possam ser internamente consistentes e, portanto, argumentos teoricamente convincentes, levá-los a sério seria ruinoso para o moderno Direito Empresarial e para a corporação comercial que ele fortaleceu.

Quais são as consequências de se levar o ceticismo a sério? De acordo com o acima exposto, a responsabilidade penal corporativa é sustentada como expressão de um princípio de concepção pragmática de personalidade e como uma rejeição da forma estrutural e voltada para dentro da regulação, que tomava como pedra de toque conceitual a concepção intrínseca de personalidade. A virada pragmática é, portanto, coerente com o afastamento de um sistema regulatório — a saber, a legislação societária — que tinha um viés intrínseco.

Além disso, o afastamento legal da concepção intrínseca de personalidade não deve ser adjetivado como arbitrário, impensado ou infundado. Ao contrário, ele reflete o fato de que as implicações regulatórias dessas concepções — as políticas licenciadas e manifestadas pelas concepções subjacentes a elas — mostraram-se inadequadas para tal tarefa. Essa inadequação reflete um descompasso crescente entre uma expectativa baseada no que as corporações costumavam ser e a realidade do que as corporações se tornaram (ou pelo menos estavam se tornando). Foi essa mudança na natureza e na função da própria entidade, impulsionada por

forças econômicas e pela legislação societária, que tornou anacrônica a concepção intrínseca de personalidade. A premissa da pessoa individual pode ter explicado o universo das corporações antes e até 1800, mas certamente não o fez até o final daquele século.

Ao chegarmos ao século XXI, não há nada que nos leve a pensar que a legislação societária tenha revertido ou mesmo se movimentado na direção de seus velhos truques. Foi a liberalização da legislação societária e as mudanças no ambiente econômico e empresarial que tornaram a concepção intrínseca impraticável, e que também criaram a estrutura para a corporação moderna. Na verdade, a legislação societária abraçou totalmente o papel de permitir a organização privada e a busca de atividades coletivas, predominantemente comerciais. De fato, embora a maioria das corporações mantenham estruturas fundamentais amplamente semelhantes,²⁰⁰ ainda assim, hoje em dia, muitas das regras de organização do Direito societário são, pelo menos formalmente, padrões opcionais.

É nesse mundo que o cético encontra a si próprio e sua invocação da premissa da pessoa individual. A adoção implícita, pelo cético, de uma concepção intrínseca de personalidade, pode ser internamente consistente como uma premissa teórica, mas as implicações são devastadoras. Levada a sério, ela faz mais do que questionar a possibilidade de uma justa responsabilidade penal da pessoa jurídica; ela ameaça o arranjo fundamental da regulação corporativa, que estabelece a lei societária como um sistema de habilitação, em vez de um sistema de regulação ou sanção.

2. *A prática moderna como uma segunda melhor abordagem para a responsabilidade criminal das empresas ou um modelo para a reforma*

Nada disso quer dizer que o nosso sistema de responsabilidade penal da pessoa jurídica é perfeito. Nesse particular, o cético tem razão (embora esteja longe de ser o único) ao criticar a adesão contínua do Ministério Público Federal [*federal government*] a uma imputação de *vicarious mens rea* no estilo civilista, que ficou famosa no *New York Central*. Esse modelo tem o efeito de evitar genuínas atitudes corporativas. Essa abordagem é excessivamente inclusiva porque implica em que as atitudes pessoais de qualquer membro possam ser atribuídas à

²⁰⁰ Vide, em termos gerais, Henry Hansmann & Reinier Kraakman. *The End of History for Corporate Law*, in GEO. L.J., N. 89, 2001, p. 439 (defendendo a ampla adoção interna do moderno modelo americano de direito societário).

corporação.²⁰¹ Voltando ao exemplo anterior, isso seria como dizer que os comentários de um único senador são sempre atribuíveis ao próprio Senado. Na verdade, confiar no *respondeat superior* também é pouco inclusivo, na medida em que exige que pelo menos um empregado tenha a atitude relevante para que ocorra a atribuição de atitude corporativa.²⁰² Todavia, como foi demonstrado, uma corporação pode ter uma atitude que não seja de nenhum dos seus integrantes. Ademais, não há razão para supor que as atitudes da corporação sejam manifestadas pelo mesmo integrante que realiza um ato corporativo.²⁰³ A esse respeito, nosso uso continuado da responsabilidade penal da pessoa jurídica estaria em uma base conceitual melhor se abandonássemos a doutrina baseada na *vicarious liability*, visto que ela nunca refletiu totalmente uma concepção pragmática de personalidade, tendo, ao longo do caminho, afastado o nascimento de inovações por parte dos tribunais estaduais.

Por outro lado, é um erro avaliar nossa prática moderna de imputação de responsabilidade penal da pessoa jurídica apenas com base na construção doutrinária da Suprema Corte. Procuradores e tribunais, operando *a latere* do *New York Central*, assumiram os aportes da inovação pragmática derivados de decisões como da Suprema Corte de Michigan. O resultado disso representa, no mínimo, uma melhor alternativa para um sistema de responsabilidade penal da pessoa jurídica que dependa de genuínas atitudes corporativas. De maneira mais promissora, ele fornece um modelo claro para fazer o que as cortes do século XIX incentivaram — ou seja, entregar a questão da determinação das atitudes corporativas para o júri.

a. A Divergência entre a Doutrina e a Prática Penal Corporativa

Embora a *doutrina federal* de responsabilidade penal da pessoa jurídica permaneça inalterada desde o *New York Central*, duas modernas revisões no sistema de justiça criminal

²⁰¹ Cf. Jennifer Arlen, *Removing Prosecutors from the Boardroom...*, cit.

²⁰² Os doutrinadores opinam que o caso *United States v. Bank of New England*, 821 F.2nd 844 (1st Cir., 1987), estabeleceu a capacidade de um tribunal de deixar que os jurados costumem o conhecimento parcial dos funcionários individuais para satisfazer os requisitos legais. No entanto, essa interpretação é inconsistente com a opinião em si, bem como com a jurisprudência subsequente dos próprios tribunais, cf. Thomas A. Hagemann & Joseph Grinstein, *The Mythology of Aggregate Corporate Knowledge: A Deconstruction*, in *GEO. WASH. L. REV.*, N. 65, 1997, p. 227. Talvez por essa razão, a menção à chamada “doutrina do conhecimento coletivo” seja extremamente rara por parte dos tribunais.

²⁰³ Vide David M. Uhlmann, *Crimes on the Gulf*, in *L. QUADRANGLE*, N. 53, 2010, p. 32.

alteraram drasticamente a *prática federal* — a ponto de, indiscutivelmente, “a administração da justiça não ser mais regida pelos tradicionais princípios decorrentes da *vicarious liability*”, no que tange à criminalidade corporativa.²⁰⁴

Em primeiro lugar, em que pese os procuradores federais exercerem um amplo poder discricionário para decidir quais casos atuar, em 1999 o Departamento de Justiça (DOJ) adotou políticas formais sobre quando processar uma corporação. O então Procurador-geral adjunto Eric Holder articulou, pela primeira vez, esses princípios para os processos contra as empresas. Ao fazer isso, o DOJ renunciou unilateralmente a grande parte de sua autoridade para deflagrar ações penais contras as corporações com base no modelo de imputação da teoria do *respondeat superior*.²⁰⁵ William Laufer descreve o Memorando Holder como sendo “uma renúncia explícita à *vicarious liability* pelo DOJ.”²⁰⁶

O DOJ continua a aprimorar sua atuação em relação aos processos contra as corporações, por intermédio de uma série de memorandos e revisões do Manual dos Procuradores dos Estados Unidos [*United States Attorneys’ Manual*].²⁰⁷ Dito isso, o teor geral da abordagem do DOJ relativamente aos crimes empresariais é o de deflagrar casos que reflitam um senso de “responsabilidade institucional.”²⁰⁸ Por exemplo, os procuradores são instruídos a considerar se a companhia tinha implantado em sua estrutura interna um eficaz programa de compliance, que poderia ter prevenido a suposta má conduta, ou se, ao contrário, o compliance corporativo era ineficaz ou inexistente.²⁰⁹ Os procuradores avaliam as infrações anteriores da companhia como provas circunstanciais de falhas institucionais.²¹⁰ Eles analisam a “abrangência das irregularidades dentro da corporação.”²¹¹ Por fim, eles ponderam se deflagrar o processo contra indivíduos seria mais adequado para tratar a má conduta corporativa.²¹²

²⁰⁴ William S. Laufer & Alan Strudler, *Corporate Crime and Making Amends*, in AM. CRIM. L. REV., N. 44, 2007, p. 1311.

²⁰⁵ Vide o conteúdo do *Memorandum* do Procurador-geral adjunto Eric H. Holder, do Departamento de Justiça dos Estados Unidos, em *Bringing Criminal Charges Against Corporations to All Component Heads and United States Attorneys*, de 16 de junho de 1999.

²⁰⁶ William S. Laufer, *Corporate Bodies and Guilty Minds...*, cit., p. 37.

²⁰⁷ Quatro documentos adicionais modificaram a metodologia da condução dos processos contra as corporações: o Memorando McNulty, o Memorando Thompson, o Memorando Filip e o Memorando Yates.

²⁰⁸ Samuel W. Buell, *The Blaming Function of Entity Criminal Liability...*, cit., p. 485.

²⁰⁹ U.S. Dep’t of Justice, *United States Attorneys’ Manual*, 2015, § 9-28.800 [doravante *U.S. Attorneys’ Manual*].

²¹⁰ *Idem*, § 9-28.600.

²¹¹ *Idem*, § 9-28.500.

²¹² *Idem*, § 9-28.200.

Mesmo quando o DOJ decide processar uma corporação, a maneira como o faz pode evidenciar um esforço para estabelecer uma robusta falha institucional não capturada pela *vicarious liability*. Por exemplo, a infame e, em última análise, polêmica acusação da Procuradoria contra a *Arthur Andersen* deveria ter sido relativamente simples, considerando as vertentes dos elementos do caso e da flexibilidade proporcionada pela doutrina dos crimes empresariais, no sentido de atribuir a maioria dos atos e intenções de qualquer empregado à pessoa jurídica.²¹³ Contudo, ambas as vertentes despenderam esforços processuais consideráveis para sustentar a noção de que a má conduta da *Andersen* realmente refletia uma falha institucional, em oposição à tese de que teria havido má conduta de algumas “maças podres” individuais que trabalhavam naquela firma.²¹⁴

Em segundo lugar, o Congresso criou a *U.S. Sentencing Commission*, que forneceu aos tribunais federais uma estrutura a ser levada em consideração para quantificar a sentença de uma corporação considerada culpada.²¹⁵ As orientações para a elaboração de sentenças estão contidas no Capítulo Oitavo das *U.S. Sentencing Guidelines*. Muitas das orientações listadas no Capítulo Oitavo — especialmente aquelas relativas à magnitude da multa corporativa a ser imposta — refletem as diretrizes do Ministério Público sobre o indiciamento de uma corporação. Por exemplo, ambas as iniciativas buscam saber se a conduta criminosa ocorreu apesar de — ou na ausência de — um programa de compliance projetado para detectar más condutas individuais.²¹⁶ Ambas consideram os delitos anteriores da corporação como evidência circunstancial da falha institucional.²¹⁷ E ambas consideram a “abrangência” das atividades criminosas dentro da corporação.²¹⁸ No que concerne à elaboração da sentença, essas considerações fornecem os fundamentos para a majoração da pena que, de outra forma, seria imposta contra uma corporação.

Essas duas inovações — diretrizes para a acusação e orientações para a sentença — criaram “[uma] versão mais rica da responsabilidade penal empresarial (...) à sombra do

²¹³ Brandon L. Garrett, *Too Big to Jail. How Prosecutors Compromise with Corporations*, 2014, pp. 30-36. Tecnicamente, a *Arthur Andersen* era uma sociedade de participação [*partnership*]. De todo modo, a lição continua a mesma.

²¹⁴ Samuel W. Buell, *The Blaming Function of Entity Criminal Liability...*, cit., pp. 484-86.

²¹⁵ Apesar das *U.S. Sentencing Guidelines* terem se tornado meramente consultivas (cf. *United States v. Booker*, 543 U.S., 2005, p. 220), elas continuam a ter um peso significativo na elaboração das sentenças.

²¹⁶ *U.S. Sentencing Guideline Manual*, §§ 8D1.4(b), 8C2.5(f), cf. *U.S. Sentencing Comm’s*, 2014; *U.S. Attorney’s Manual...*, cit., § 9-28.800.

²¹⁷ *U.S. Sentencing Guideline Manual*, § 8C2.5(c); *U.S. Attorney’s Manual...*, cit., § 9-28.600.

²¹⁸ *U.S. Sentencing Guideline Manual*, § 8C2.5(b); *U.S. Attorney’s Manual...*, cit., § 9-28.500.

respondeat superior.”²¹⁹ Através dessas abordagens, o sistema de justiça criminal reconhece que a estrutura de uma instituição produz atitudes intencionais coletivas autônomas de seus integrantes. Tanto as diretrizes de acusação quanto as orientações da sentença procuram isolar as intenções corporativas, observando a estrutura corporativa para descartar supostas ilegalidades corporativas que seriam mais apropriadamente atribuídas apenas aos seus integrantes. Dessa maneira, a prática contemporânea da responsabilidade penal da pessoa jurídica adota um sentido significativo de genuínas atitudes corporativas, como a categoria da intenção, ao mesmo tempo em que reconhece que as intenções coletivas podem, às vezes, ser difíceis de serem identificadas, na medida em que se sobrepõem às atitudes dos membros individuais.

b. A prática federal como modelo para aprimorar a doutrina federal

Assim como argumentado pelos tribunais no século XIX, as mesmas orientações desenvolvidas pelos juízes sentenciadores e pelos procuradores podem e devem ser apresentadas ao júri. Ou seja, o júri deve ser instruído com a mesma metodologia de considerações para decidir se atribui ou não o requisito da *mens rea* a uma corporação. A ideia de atribuir atitudes a uma organização não seria uma exigência irracional para os jurados. Neste sentido, Sherman e Percy observam que, no que diz respeito a grupos com alto grau de interação, como são as corporações, “a inferência de intencionalidade em grupo e, portanto, de causalidade, deve ser semelhante às inferências para um ator individual.”²²⁰ Não há razão para suspeitar que essa atividade esteja além da capacidade do júri. Na verdade, o julgamento da *Andersen* sugere que os jurados podem estar sub-repticiamente considerando tais fatores por conta própria.²²¹ Os tipos de considerações atualmente analisadas pelos juízes sentenciadores e pelos procuradores — a má conduta atribuída aos indivíduos identificáveis, a má conduta anterior da empresa e os esforços da empresa para evitar a má conduta — devem também orientar as deliberações do júri.

²¹⁹ Samuel W. Buell, *The Blaming Function of Entity Criminal Liability...*, cit., p. 487.

²²⁰ Steven J. Sherman & Elise J. Percy, *The Psychology of Collective Responsibility...*, cit., p. 156. mesmo sentido, Thomas F. Denson *et al.*, *The Roles of Entitativity and Essentiality in Judgements of Collective Responsibility*, in *GROUP PROCESSES & INTERGROUP REL.*, N. 9, 2006, p. 43.

²²¹ Samuel W. Buell, *The Blaming Function of Entity Criminal Liability...*, cit., p. 488.

Para deixar claro, a atual abordagem alternativa da responsabilidade penal da pessoa jurídica, por si só, não redime toda a doutrina federal. Com relação à elaboração da sentença, os tribunais estão lidando com empresas que já estão condenadas; na melhor das hipóteses, as orientações judiciais mitigam eventuais excessos de uma abordagem da responsabilidade já tida como insatisfatória. Com relação à atuação discricionária do Ministério Público, a renúncia voluntária não substitui as genuínas atitudes corporativas. Por um lado, a discricionariedade de um procurador não altera o ônus da prova. Por outro lado, uma corporação prudente deve levar em conta que um procurador pode utilizar a vantagem doutrinária [do *respondeat superior*] em qualquer caso específico. Outrossim, cumpre lembrar que a abordagem da teoria do *respondeat superior* para a imputação da responsabilidade penal corporativa é tanto subinclusiva como superinclusiva.²²² As modernas inovações não podem expandir o escopo da responsabilidade para abarcar casos perdidos de genuínas atitudes corporativas; os procuradores têm o poder discricionário de reduzir, mas não de expandir o espaço de casos elegíveis para além do permitido pela doutrina.²²³ Dessa maneira, uma reforma completa [do sistema de justiça] exigiria não apenas dar aos júris o poder de determinar a *mens rea* corporativa, mas também substituir a atual doutrina do *respondeat superior* por aquelas [modernas] orientações.

Em suma, reformar a atual doutrina da responsabilidade penal da pessoa jurídica colocaria a prática forense em sólidos fundamentos. Em outras palavras, ela concentraria a responsabilidade penal empresarial nos casos em que existissem genuínas atitudes corporativas, capazes de satisfazer os requisitos de elegibilidade. Um parâmetro para essa reforma já existe na prática atual. As considerações que já estão sendo sopesadas pelos procuradores e juízes sentenciantes, que operam nas sombras [de forma alternada] da indefensável doutrina do *respondeat superior* devem ser transmitidas para os jurados. Isso daria maior fundamentação para a atividade de responsabilizar penalmente as empresas, o que é uma demanda exigida por nossas práticas de Direito Empresarial e de Direito Penal.

V. POR QUE AS EMPRESAS SE TORNARAM PESSOAS PARA FINS DE DIREITO PENAL

²²² Vide as notas de rodapé ns. 201-204, *supra*.

²²³ Cf. Stephanos Bibas, *The Need for Prosecutorial Discretion*, in TEMP. POL. & C.R. L. REV., N. 19, 2010, p. 371 (“A Polícia e o Ministério Público não devem ter liberdade irrestrita para decidir qual conduta criminalizar e quão severamente puni-la.”).

Até este ponto do Artigo, demonstrei como as corporações se tornaram elegíveis para a responsabilidade criminal na última parte do século XIX. A Parte V explica, agora, por que a responsabilidade se desenvolveu.

A. A INSUFICIÊNCIA DA DISSUAÇÃO COMO EXPLICAÇÃO

A dissuasão pode parecer um alvo final estranho de se atingir. Como observei na Parte II, alguns tribunais apelaram para a lógica da dissuasão ao expandir a responsabilidade penal da pessoa jurídica. Mais notavelmente, a Suprema Corte abençoou a prática com a justificativa de que a combinação de ações civis de particulares contra uma corporação e de ações penais contra os empregados desta corporação não preveniria adequadamente a má conduta empresarial.²²⁴ Além disso, a Parte III do Artigo demonstrou que a mudança para o Direito Penal coincidiu com o abandono do Direito Empresarial como estratégia regulatória. Ao fazer isso, deixei explicitado que o Direito Penal poderia melhor servir como ferramenta regulatória do que o Direito Empresarial. Então, por que estou criticando a história padrão de que a responsabilidade penal corporativa foi desenvolvida para impedir a má conduta corporativa?

Os apelos à dissuasão, por si só, não podem explicar o desenvolvimento da responsabilidade penal da pessoa jurídica. Dois problemas aparecem. Para começar, o uso do Direito Penal como meio de controlar a atividade corporativa não era nenhuma novidade. Como demonstrado na Parte III, uma espécie de *strict criminal liability* existia, para as corporações, desde, pelo menos, o início do século XIX.²²⁵ Além disso, os primeiros tribunais que julgaram aqueles casos apresentaram uma fundamentação idêntica àquela utilizada pela Suprema Corte em 1909 — a saber, que “uma acusação e uma informação são os únicos meios aos quais o público pode recorrer para reparar suas queixas.”²²⁶ Assim, é preciso dizer mais para explicar por que a responsabilidade penal das empresas se expandiu não apenas para incluir crimes, mas também para incluir crimes que envolvem atitudes intencionais.

Separadamente, mesmo que a necessidade de impedir a má conduta corporativa explique o desenvolvimento de *algum* método para que os Estados responsabilizem as

²²⁴ New York Central & Hudson River R.R. Co. v. United States, 212 U.S., 1909, p. 495.

²²⁵ Vide as notas de rodapé ns. 110-11, *supra*, e os textos que as acompanham.

²²⁶ People v. Corp. of Albany, 11 Wend. (N.Y. Sup. Ct., 1834), p. 543 (grifos omitidos).

corporações, esse fato isolado não é suficiente para explicar o desenvolvimento da responsabilidade penal corporativa. Por exemplo, por que os Estados não confiaram em ações civis ou regulatórias, em vez das leis penais, para minimizar as más condutas empresariais? Em resposta, Brickey e Khanna sugerem que, naquela época, não era possível para os Estados moverem ações civis.²²⁷ Todavia, dadas as circunstâncias, o argumento de que a responsabilidade penal da pessoa jurídica surgiu porque outros instrumentos regulatórios não estavam disponíveis soa vazio. Para que isso não seja esquecido, séculos de precedentes judiciais afirmaram e reafirmaram a impossibilidade de considerar uma corporação culpada de um crime de intenção geral. O que levou os Estados a abandonar uma impossibilidade em vez da outra? Em resumo, embora a dissuasão possa ajudar a explicar o desenvolvimento da responsabilidade penal das empresas, ela é, na melhor das hipóteses, uma explicação parcial que precisa ser ampliada.

B. JUSTIÇA PARA OS INDIVÍDUOS COMO A JUSTIFICATIVA ORIGINAL QUE MOTIVOU OS TRIBUNAIS A DESENVOLVER A RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA

Os tribunais desenvolveram a responsabilidade penal das pessoas jurídicas em face de obstáculos legais e conceituais de longa data. Parte integrante desse desenvolvimento foi o compromisso com um conjunto de normas de justiça. As cortes, ao expandirem a responsabilidade penal das empresas, não estavam preocupadas apenas, ou mesmo predominantemente, em dissuadir as corporações. Neste particular, os tribunais reiteraram a posição de que a lei não deve discriminar pessoas físicas em favor de pessoas jurídicas. Implícita, e às vezes explícita, nessa lógica está a visão de que a personalidade jurídica existe para atender aos interesses dos indivíduos na sociedade. Deixar de legalmente responsabilizar as empresas, de maneira semelhante à forma como legalmente responsabilizamos as pessoas físicas, seria injusto [*unfair*] para os indivíduos.

1 Justiça como adequação

²²⁷ Vide Seção II.A, *supra*.

A Parte IV aprofundou a explicação para o desenvolvimento da responsabilidade penal da pessoa jurídica ao estabelecer que as empresas se tornaram elegíveis para a responsabilidade penal. É um pré-requisito para estender a responsabilidade penal a um ente que seja capaz de satisfazer os requisitos da lei penal. Entretanto, embora a elegibilidade seja necessária, ela não é suficiente. Precisamos de algum fator adicional para considerar por que a prática da responsabilidade penal deve ser estendida às corporações. Agora, vou desviar a atenção da elegibilidade de uma corporação para a responsabilidade penal, considerando a conveniência de se fazer isso. Os tribunais que desenvolveram a responsabilidade penal da pessoa jurídica reconheceram que as corporações haviam se tornado alvos adequados para responder criminalmente,

Considero que a adequação é sutil, mas importantemente diferente da mera elegibilidade. Ao discutir a elegibilidade, o foco é se uma ação ou atitude pode ser atribuída a uma corporação. A adequação diz respeito a se uma ação ou atitude *deve* ser atribuída a uma corporação. Particularmente relevante, no contexto corporativo, é se seria melhor atribuir uma ação ou atitude a uma corporação ou se, em vez disso, ela deveria ser atribuída ao indivíduo dentro da corporação.²²⁸ Em outras palavras, a adequação diz respeito a encontrar a interpretação correta. Essa prática interpretativa não é exclusiva do contexto criminal. Por exemplo, há muito tempo as cortes entendem que “[q]uando uma corporação faz um contrato, ele é o contrato da pessoa jurídica (...) e não o contrato dos membros individuais,” não obstante o fato de que a execução do contrato pode exigir um comportamento físico a ser realizado por um dos membros individuais.²²⁹

O mesmo desafio interpretativo aparece com relação à responsabilidade penal. Tornou-se difícil manter uma proibição com relação à responsabilidade corporativa quando isso significava negar a possibilidade de atribuir às corporações atitudes que os tribunais já estavam atribuindo às corporações na esfera contratual. Considere, por exemplo, a resposta da Suprema Corte da Geórgia à sugestão de que os empregados que operavam o trem de uma empresa, e não a própria empresa, mereciam ser alvo de responsabilidade penal:

É bem sabido que os trens de carga frequentemente circulam no dia de *Sabbath*; a operação física fica a cargo do condutor, do maquinista e de seus assistentes, mas a

²²⁸ Vide Christian List & Philip Pettit, *Group Agency...*, cit., pp. 160-72.

²²⁹ *Bank of Augusta v. Earle*, 38 U.S. (13 Pet.), 1839, p. 587.

operação real do trem é comandada e dirigida por aqueles que têm a maior autoridade e que são diretamente responsáveis pelos negócios da companhia. Os empregados que operam o trem talvez preferissem observar o *Sabbath* como um dia de descanso, mas para manter o seu emprego e contar com a boa vontade de seus empregadores, eles não têm outra opção a não ser obedecer às suas ordens.²³⁰

Novamente, o momento dessas observações coincide com a história apresentada na Parte III. Quando as corporações eram pequenas organizações semelhantes às sociedades em nome coletivo [*general partnerships*], a ideia de que a própria entidade poderia ser mais adequada do que qualquer conjunto de indivíduos teve menos influência. Todavia, à medida que as corporações cresceram e se tornaram mais sofisticadas, tornou-se menos plausível reduzir um ato de má conduta às contribuições de um indivíduo ou conjunto de indivíduos. Enquanto isso, os indivíduos envolvidos causalmente na má conduta ficaram mais distantes do processo de tomada de decisão, o que os tornou alvos menos aptos para sofrerem os efeitos da lei.

Dizer que as empresas podem ser enquadradas no Direito Penal não é desconsiderar o indivíduo; os tribunais mostraram-se dispostos a responsabilizar criminalmente membros individuais juntamente com as corporações.²³¹ O que o enquadramento procura excluir é uma proibição categórica de atribuir responsabilidades a uma corporação. Entre outras coisas, uma corte observou que restringir a responsabilidade penal às contribuições individuais seria expor injustamente os indivíduos às consequências dos comandos corporativos:

O indivíduo hoje, como pessoa natural (...) é simplesmente o oficial, agente, empregado ou servo da corporação; e se a corporação não for passível de responsabilização e punição pelo Estado e pela Nação pela prática de um dano, o indivíduo, além disso, se tornará o mero escravo de tal corporação.²³²

Melodrama a parte, um sistema *sem* responsabilidade penal corporativa forçava os indivíduos a escolher entre a punição criminal e o desemprego, ao mesmo tempo em que

²³⁰ S. Express Co. v. State, 58 S.E. (Ga., 1907), p. 69 (crime de fornecer bebida alcoólica para menores). Vide tb. Christian List & Philip Pettit, *Group Agency...*, cit., pp. 161-63 (discutindo as condições sob as quais um grupo é capaz de ser responsabilizado pelas ações de um membro individual).

²³¹ E.g., State v. Belle Springs Creamery Co., 111 (Kan., 1910), p. 477 (registrando que tanto uma empresa como um indivíduo podem ser responsabilizados criminalmente).

²³² State v. Gen. Fire Extinguisher Co., 9 Ohio N.P. (Ct. Com. Pl., 1910), pp. 443-44.

imunizava a corporação de responder por seu papel na criação dessa situação. Uma proibição categórica da responsabilidade penal da pessoa jurídica poderia muito bem ter resultado na punição de indivíduos por comportamentos que deveriam ser corretamente entendidas como sendo da própria corporação.

2. *Justiça como reciprocidade*

A segunda dimensão da justiça [*fairness*] respondeu aos crescentes poderes e oportunidades disponíveis para as empresas. Os tribunais explicaram que a exposição de uma corporação à responsabilidade legal serviu para contrabalançar a expansão dos seus direitos e poderes legais.

A reciprocidade é demonstrada no reconhecimento inicial da Suprema Corte de que uma corporação poderia cometer difamação, que tem como componente essencial uma atitude intencional. Em resposta à observação de que as empresas já haviam sido imunes à responsabilidade, a Suprema Corte observou que “um correlativo necessário ao princípio do exercício dos poderes e faculdades corporativos por representantes legais (...), é o reconhecimento de uma responsabilidade corporativa pelos atos desses representantes.”²³³ Décadas mais tarde, a Suprema Corte do Missouri aplicaria a mesma lição quando reconheceu que uma corporação poderia cometer um ilícito civil de acusação maliciosa:

Uma corporação, em todos os casos, dentro do escopo de suas funções legítimas, pode agir como uma pessoa física pode agir, e a regra da responsabilidade corporativa acompanhou o crescimento de seus poderes e a ampliação de suas esferas de ação, não apenas no que diz respeito à execução de contratos, mas também ao torná-las passíveis de ações pessoais por seus atos ilícitos, e mantendo-as na mesma medida de responsabilidade nesses aspectos que as pessoas físicas têm.²³⁴

A relação recíproca entre poderes legais e responsabilidades legais é uma característica do Direito societário há muito tempo. Vimos isso ser articulado, por exemplo, durante a era das licenças especiais, nas quais a autoridade corporativa, para desempenhar funções quase estatais,

²³³ Phila., Wilmington, & Balt. R.R. Co. v. Quingley, 62 U.S., 1858, p. 210.

²³⁴ Boogher v. Life Ass'n of Am., 75 Mo., 1882, pp. 324-25 (citando Fenton v. Wilton Sewing Mach. Co. 9 Phila. (Pa. D. 1874), p. 189. Vide tb. Bushel v. Commonwealth Ins. Co., 15 Serg. & Rawle (Pa. 1827), p. 176.

implicava um dever implícito de bem desempenhar essas funções.²³⁵ É certo que o compromisso com a reciprocidade não prevê exclusivamente a responsabilidade penal corporativa; não há um poder legal cuja contrapartida recíproca seja a responsabilidade penal. Contudo, a constante expansão da responsabilidade corporativa, incluindo o desenvolvimento da responsabilidade penal corporativa, refletiu o constante aumento dos poderes legais da corporação.

3. *Justiça como paridade*

Se a reciprocidade motivou a expansão da responsabilidade corporativa, então a paridade deu conteúdo a essa expansão. Ao longo do século XIX, os tribunais declararam repetidamente que o tratamento das pessoas jurídicas deveria se assemelhar, o mais próximo possível, ao tratamento das pessoas físicas. No que diz respeito à responsabilidade corporativa, isso significava expor as empresas, sempre que possível, às mesmas responsabilidades civis e criminais que as pessoas físicas enfrentavam. De fato, bem antes de a Suprema Corte estender, ostensivamente, a Cláusula de Proteção Iguatária da Décima Quarta Emenda, às pessoas jurídicas, vimos várias cortes supremas estaduais articulando uma norma de paridade como razão para expandir a responsabilidade civil intencional às empresas.²³⁶ O sentimento remonta ao início da história dos casos de incômodo criminal [*criminal nuisance*].²³⁷ Os tribunais ofereceram a mesma retórica jurídica ao desenvolver a responsabilidade penal corporativa.²³⁸

As cortes que impuseram o tratamento igualitário entre pessoas físicas e jurídicas — em particular, expandindo a responsabilidade corporativa para que ela fosse proporcional à responsabilidade individual — apelaram explicitamente para os interesses das pessoas físicas.

²³⁵ *E.g.*, *People v. Corp. of Albany*, 11 Wend. (N.Y. Sup. Ct., 1834), pp. 542-43.

²³⁶ *E.g.*, *S. & N. Ala. R.R. Co. v. Chappell*, 61 Ala., 1878, p. 527 (negligência), *Owsley v. Montgomery & W. Point R.R. Co.*, 37 Ala., 1861, pp. 562-63 (cárcere privado); *Goodspeed v. E. Haddam Bank*, 22 Conn. (1853), p. 538 (acusação maliciosa); *Jeffersonville R.R. Co. v. Rogers*, 28 Ind., 1867, p. 7 (danos exemplares); *Pa. R.R. Co. v. Vandiver*, 42 Pa., 1862, p. 370 (agressão física); *Wheless v. Second Nat'l Bank*, 60 Tenn., 1872, p. 473 (acusação maliciosa); *Murfreesboro & Woodbury Turnpike Co. v. Barrett*, 42 Tenn. (2 Cold.), 1865, p. 510 (negligência). A Suprema Corte sugeriu, pela primeira vez, que as corporações são pessoas para efeitos da Décima Quarta Emenda, em 1886. Vide *Cty. Of. Santa Clara v. S. Pac. R.R. Co.*, 118 U.S., 1886, p. 394.

²³⁷ *E.g.*, *Commonwealth v. Proprietors of New Bedford Bridge*, 68 Mass. (2 Gray), 1854, p. 345 (infração de incômodo público) (“[A] tendência dos casos mais recentes nas mais altas instâncias judiciais tem sido a de estender a aplicação de todos os remédios legais às corporações, assimilando-as, na medida do possível, em seus deveres e responsabilidades legais, aos indivíduos.”).

²³⁸ *E.g.*, *State v. Belle Springs Creamery Co.*, 111 (Kan., 1910), p. 477 (adulteração de embalagem de manteiga); *State v. Rowland Lumber Co.*, 69 S.E. (N.C. 1910), pp. 58-59 (identificando uma série de crimes de intenção específica).

Por exemplo, a Suprema Corte de Indiana recusou-se a isentar as empresas de indenizações exemplares com base no fato de que “qualquer regra de indenização que se aplique em um processo contra uma pessoa natural deve ser aplicada em um processo contra uma pessoa jurídica. *Qualquer discriminação a esse respeito chocaria o senso público de justiça imparcial.*”²³⁹ Da mesma forma, a Suprema Corte do Tennessee especificou que responsabilizar criminalmente as pessoas jurídicas da mesma forma que as pessoas naturais era necessário para garantir os interesses individuais:

Pelo nosso Código, pessoas naturais e pessoas jurídicas fazem jus a benefícios semelhantes ao recorrerem aos procedimentos ordinário e extraordinário previstos para assegurar os seus direitos. (...) O resultado [da isenção de responsabilidades às corporações] é que a lei garante às pessoas jurídicas direitos e isenções que são negados às pessoas físicas. Isso é totalmente inconsistente com a inteligência e o espírito de nossa Constituição Estadual, que foi concebida para garantir a paridade de justiça para todos.²⁴⁰

Novamente, o momento da expansão da responsabilidade penal da pessoa jurídica refletiu a proliferação e a crescente sofisticação das corporações comerciais. Como bem explicado pela Suprema Corte de Nova Jersey:

Nos primórdios, quando as corporações eram poucas, era uma discussão comparativamente menor saber se tal ação poderia prosperar. Nos dias de hoje, entretanto, quando os grandes negócios são realizados principalmente por meio dessas pessoas artificiais, seria muito opressivo sustentar que elas não são passíveis de responder pelos mesmos erros que sujeitam as pessoas físicas à perseguição penal.²⁴¹

²³⁹ Jeffersonville R.R. Co., 28 Ind., p. 7 (grifou-se).

²⁴⁰ Wheless, 60 Tenn., p. 473; Murfreesboro & Woodbury Turnpike Co., 42 Tenn. (2 Cold.), p. 510 (As corporações estão se tornando tão numerosas, que é dever do Estado atribuir para elas as mesmas responsabilidades às quais as pessoas naturais estão sujeitas e são responsabilizadas. Este princípio deve ser observado; *os direitos do cidadão exigem isso.*) (grifou-se). Vide tb. Belle Springs Creamery C., 111, p. 477 (adulteração de embalagem de manteiga) (“Que um indivíduo, após a vigência da lei (...) seja considerado culpado de um crime nela previsto, e que uma corporação possa realizar a mesma conduta com impunidade, parece algo revoltante para todo o ideal de justiça.”)

²⁴¹ State v. Passaic Cty. Agric. Soc’y, 23 A. (N.J., 1892), p. 681 (crime de incômodo privado); cf. Hussey v. King, 3 S.E. (N.C., 1887), p. 926 (acusação maliciosa) (Os direitos, os poderes e os deveres das pessoas jurídicas foram tão ampliados nos tempos modernos, e essas ‘pessoas artificiais’ se tornaram tão numerosas e penetraram tão profundamente nas transações da vida cotidiana, que se tornou uma política criminal sujeitá-las, na medida do possível, às mesmas responsabilidades por atos ilícitos atribuídas às pessoas naturais.”).

Evidentemente, seria um equívoco concluir que os tribunais trataram as pessoas jurídicas como idênticas às pessoas físicas para todos os fins do Direito Penal. Por um lado, as pessoas jurídicas não receberam as mesmas proteções processuais penais. Por exemplo, no caso *Hale v. Henkel*, a Suprema Corte estendeu as garantias da Quarta Emenda, mas não as da Quinta Emenda, às pessoas jurídicas.²⁴² Por outro lado, as pessoas jurídicas não estavam sujeitas a todas as modalidades de crimes.²⁴³ Da mesma forma, as pessoas jurídicas não estavam sujeitas às mesmas punições que eram cominadas para as pessoas físicas — em particular, as pessoas jurídicas não eram presas —, muito embora a impossibilidade da pena de prisão não fosse um obstáculo para a responsabilidade penal da pessoa jurídica.²⁴⁴

C. SITUANDO A JUSTIÇA EM NOSSA PRÁTICA MODERNA

Quais são as conclusões dessa análise histórica? Em primeiro lugar, a dissuasão não é a única razão — talvez nem mesmo a razão principal — que motivou a expansão da responsabilidade penal das pessoa jurídica. Dessa maneira, mesmo que admitíssemos que, na atualidade, existem outras instâncias que poderiam melhor impedir, do que o Direito Penal, a má conduta corporativa, ainda assim pode ser que exista um fundamento racional para manter a nossa prática punitiva.

Especificamente, o conjunto de normas de justiça fornece uma base sólida e independente para justificar a manutenção da responsabilização penal das corporações. Isso não equivale a dizer que as empresas são agentes morais de pleno direito, capazes de se envergonhar e passíveis de retribuição. Meu relato não apela para fundamentos retributivos no sentido de defender a responsabilidade penal da pessoa jurídica. Contudo, a manutenção dessa prática

²⁴² 201 U.S., 1906, p. 43. A Corte Suprema abandonou, desde então, para todas as pessoas, a doutrina da Quarta Emenda, que inicialmente havia se recusado a estender às corporações. Vide *Warden v. Hayden*, 387 U.S., 1967, pp. 304-06 (renunciando a regra da mera evidência).

²⁴³ *New York Central & Hudson River R.R. Co. v. United States*, 212 U.S., 1909, p. 494 (observando, mas não indicando, “que há crimes que, pela sua própria natureza, não podem ser cometidos pelas corporações”). Vide *United States v. John Kelso Co.*, 86 F. (N.D. Cal., 1898), p. 306 (indicando os crimes de bigamia, estupro e homicídio qualificado [*murder*]); *People v. Rochester Ry. & Light Co.*, 88 N.E. (N.Y., 1909), p. 23 (reconhecendo que uma corporação pode cometer um crime envolvendo intenção, mas sugerindo que “há muitos crimes que envolvem intenção pessoal e maliciosa e atos tão *ultra vires* que uma corporação manifestamente não poderia cometê-los”).

²⁴⁴ *E.g.*, *State v. Ice & Fuel Co.*, 81 S.E. (N.C., 1914), p. 738 (“A corporação não deve ser totalmente isenta de punição somente porque não pode ser presa.”). No mesmo sentido, *United States v. MacAndrews & Forbes Co.*, 149 F. (C.C.S.D.N.Y., 1906), p. 836 (discutindo a prisão para as corporações). *State v. Gen. Fire Extinguisher Co.*, 9 Ohio N.P. (Ct. Com. Pl., 1910), p. 447 (mesma discussão).

tampouco é por mero capricho ou sem fundamentação normativa. Identifiquei as razões para que os Estados considerassem as empresas penalmente responsáveis, consoante os limites e as restrições existentes sobre este modelo de punição. Em particular, as empresas, como qualquer outro réu no processo penal, devem ser responsabilizadas quando houver genuínas atitudes corporativas, que sejam suficientes para satisfazer os requisitos específicos da *mens rea* de uma lei penal.

O que isso significa para nossa prática atual? Para começar, devemos alterar nossa prática de modo que a responsabilidade penal corporativa somente se aplique quando for adequado atribuir o requisito da *mens rea* a uma corporação. Em particular, isso significa abandonar a prática dos tribunais federais no sentido de empregar o *respondeat superior* no contexto criminal. Em vez disso, o ideal seria adotar uma abordagem interpretativa semelhante àquela articulada pela Suprema Corte de Michigan, bem como na Seção IV.C, *supra*.

Ao contrário da sabedoria convencional, a motivação dos Estados para responsabilizar penalmente as empresas está mais forte hoje do que esteve no passado. Todas as três considerações de justiça — adequação, reciprocidade e paridade — se sustentam na atualidade. No que diz respeito à adequação, a probabilidade de investigar uma ação ou atitude corporativa até se chegar na contribuição causal de seus participantes individuais, tornou-se cada vez menor.²⁴⁵ Em nosso ambiente econômico multinacional, as corporações desenvolveram estruturas internas exponencialmente mais sofisticadas. Por exemplo, na atualidade, um sistema interno de compliance destinado a detectar e a prevenir a má conduta criminal, é uma característica essencial de qualquer grande corporação.²⁴⁶ No que diz respeito à reciprocidade, as prerrogativas das empresas só se expandiram, desde o início do século XX — de forma mais proeminente, nos últimos anos, considerando a garantia da participação de uma corporação também nas esferas não empresariais.²⁴⁷ Por fim, métodos aprimorados de investigação e punição melhoraram a viabilidade de responsabilizar penalmente as corporações, de uma

²⁴⁵ Christian List & Philip Pettit, *Group Agency...*, cit., pp. 76-78 (identificado as razões pelas quais uma “redução fácil”, apesar de se possível em teoria, não poderia ocorrer na prática).

²⁴⁶ *U.S. Sentencing Guideline Manual*, §§ 8B2.1, 8D1.4(b) (*U.S. Sentencing Comm’n* 2014) (estabelecendo como requisito da *probation* a existência de um efetivo programa de compliance). A presença (ou ausência) de um programa de compliance válido e eficaz também gera efeitos na quantificação da multa criminal a ser imposta à corporação condenada. Neste sentido, vide *U.S. Sentencing Guideline Manual*, §§ 8C2.5(f).

²⁴⁷ *E.g.*, *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*, 134 S. Ct., 2014, p. 2756 (“Qualquer sugestão no sentido de que uma corporação com fins lucrativos seria incapaz de exercer a religião, porque seu propósito seria simplesmente o de ganhar dinheiro, vai contra o moderno Direito Empresarial”). Vide *Citizens United v. FEC*, 558 U.S., 2010, p. 365, derrubando as restrições sobre limites de gastos eleitorais pelas corporações).

maneira que evidencia a paridade com os indivíduos. Em resumo, não há razão para pensar que o mesmo compromisso primordial com a justiça, que está no centro do desenvolvimento da responsabilidade penal da pessoa jurídica, tenha perdido sua aplicabilidade nos dias atuais. Na verdade, desmascarar o mito do desenvolvimento da responsabilidade penal das corporações abriu as portas para novas razões — ou, pelo menos, ressuscitou velhas razões — pelas quais os Estados devem manter as corporações penalmente responsáveis.

VI. CONCLUSÃO

Há uma história que prevalece sobre o como e o por que as empresas passaram a ser responsabilizadas penalmente. Essa história é, em sua maior parte, errada ou, pelo menos, seriamente incompleta. O objetivo de reverter essa história não deriva da precisão histórica por si só. Na verdade, ao reconsiderar como e por que a responsabilidade penal da pessoa jurídica se desenvolveu, podemos melhorar os fundamentos conceituais e normativos de nossa prática moderna de responsabilizar criminalmente as corporações.

As cortes de justiça que expandiram a responsabilidade penal das pessoas jurídicas o fizeram com base em princípios e em um compromisso com uma constelação de normas de justiça — uma delas que se recusa a favorecer pessoas jurídicas em detrimento de pessoas físicas. Muito embora as estratégias regulatórias da atualidade possam desafiar a utilidade da responsabilidade penal das empresas como prevenção de irregularidades, o compromisso com aquelas normas de justiça é tão relevante, em nossa experiência moderna com as corporações, como era na virada do século XX. No limite, deveríamos resistir ao impulso cético contrário ao desenvolvimento da responsabilidade penal da pessoa jurídica, valorizando tanto a coerência teórica como a conveniência prática do nosso modelo de responsabilidade penal das corporações.