

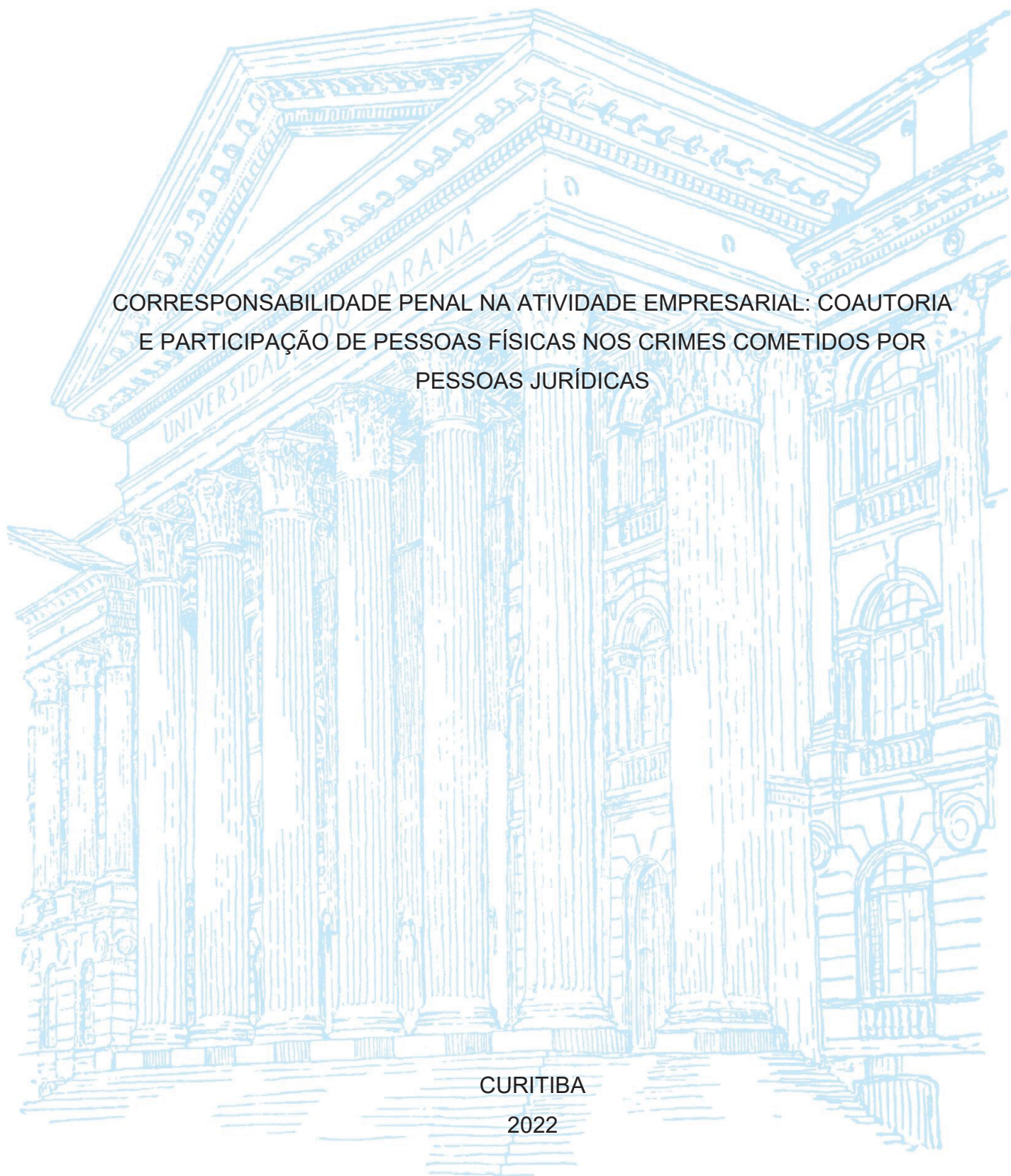
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

MARIANA CESTO

CORRESPONSABILIDADE PENAL NA ATIVIDADE EMPRESARIAL: COAUTORIA
E PARTICIPAÇÃO DE PESSOAS FÍSICAS NOS CRIMES COMETIDOS POR
PESSOAS JURÍDICAS

CURITIBA

2022



MARIANA CESTO

Corresponsabilidade penal na atividade empresarial: coautoria e participação de
pessoas físicas nos crimes cometidos por pessoas jurídicas

Dissertação apresentada ao curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Paulo César Busato

CURITIBA

2022

C422c

Cesto, Mariana

Corresponsabilidade penal na atividade empresarial: coautoria e participação de pessoas físicas nos crimes cometidos por pessoas jurídicas [meio eletrônico] / Mariana Cesto. - Curitiba, 2022.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito. Curitiba, 2022.

Orientador: Paulo César Busato.

1. Direito penal. 2. Responsabilidade penal das pessoas jurídicas. 3. Direito empresarial. I. Busato, Paulo César. II. Título. III. Universidade Federal do Paraná.

CDU 343.2

**Catálogo na publicação - Universidade Federal do Paraná
Sistema de Bibliotecas - Biblioteca de Ciências Jurídicas
Bibliotecária: Eglem Maria Veronese Fujimoto - CRB-9/1217**

ATA DE SESSÃO PÚBLICA DE DEFESA DE MESTRADO PARA A OBTENÇÃO DO GRAU DE MESTRA EM DIREITO

No dia tres de março de dois mil e vinte e dois às 08:00 horas, na sala Online, Online. Plataforma Zoom., foram instaladas as atividades pertinentes ao rito de defesa de dissertação da mestrand **MARIANA CESTO**, intitulada: **Corresponsabilidade penal na atividade empresarial: coautoria e participação de pessoas físicas nos crimes cometidos por pessoas jurídicas.**, sob orientação do Prof. Dr. PAULO CESAR BUSATO. A Banca Examinadora, designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação DIREITO da Universidade Federal do Paraná, foi constituída pelos seguintes Membros: PAULO CESAR BUSATO (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ), PRISCILLA PLACHA SÁ (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ), JOSÉ LUIS GONZÁLEZ CUSSAC (55001796). A presidência iniciou os ritos definidos pelo Colegiado do Programa e, após exarados os pareceres dos membros do comitê examinador e da respectiva contra argumentação, ocorreu a leitura do parecer final da banca examinadora, que decidiu pela APROVAÇÃO. Este resultado deverá ser homologado pelo Colegiado do programa, mediante o atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca dentro dos prazos regimentais definidos pelo programa. A outorga de título de mestra está condicionada ao atendimento de todos os requisitos e prazos determinados no regimento do Programa de Pós-Graduação. Nada mais havendo a tratar a presidência deu por encerrada a sessão, da qual eu, PAULO CESAR BUSATO, lavrei a presente ata, que vai assinada por mim e pelos demais membros da Comissão Examinadora.

Observações: Embora não haja atribuição de nota, o trabalho é considerado de MÁXIMA QUALIFICAÇÃO e é recomendada a publicação do mesmo.

CURITIBA, 03 de Março de 2022.

Assinatura Eletrônica

03/03/2022 09:46:55.0

PAULO CESAR BUSATO

Presidente da Banca Examinadora

Assinatura Eletrônica

03/03/2022 09:29:13.0

PRISCILLA PLACHA SÁ

Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

Assinatura Eletrônica

07/03/2022 08:50:42.0

JOSÉ LUIS GONZÁLEZ CUSSAC

Avaliador Externo (55001796)

TERMO DE APROVAÇÃO

Os membros da Banca Examinadora designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação DIREITO da Universidade Federal do Paraná foram convocados para realizar a arguição da dissertação de Mestrado de **MARIANA CESTO** intitulada: **Corresponsabilidade penal na atividade empresarial: coautoria e participação de pessoas físicas nos crimes cometidos por pessoas jurídicas.**, sob orientação do Prof. Dr. PAULO CESAR BUSATO, que após terem inquirido a aluna e realizada a avaliação do trabalho, são de parecer pela sua APROVAÇÃO no rito de defesa.

A outorga do título de mestra está sujeita à homologação pelo colegiado, ao atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca e ao pleno atendimento das demandas regimentais do Programa de Pós-Graduação.

CURITIBA, 03 de Março de 2022.

Assinatura Eletrônica

03/03/2022 09:46:55.0

PAULO CESAR BUSATO

Presidente da Banca Examinadora

Assinatura Eletrônica

03/03/2022 09:29:13.0

PRISCILLA PLACHA SÁ

Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

Assinatura Eletrônica

07/03/2022 08:50:42.0

JOSÉ LUIS GONZÁLEZ CUSSAC

Avaliador Externo (55001796)

A Lourival, meu amor.

AGRADECIMENTOS

Em dezembro de 2021, lendo um dos livros que meu orientador havia indicado, percebi a que deveria ser grata. O prólogo da *Metamorfose do Mundo*, de Beck, foi escrito por sua mulher, então já viúva. Nele, ela contou que depois de Beck ter escrito o livro e enviado para revisão, recebeu várias críticas. Depois de um tempo pensando sobre elas, foram caminhar numa manhã de inverno e ele foi lhe contando como havia se irritado com algumas opiniões, como havia percebido que outras eram importantes e como, juntos, foram pensando em novas ideias para acrescentar ao livro.

Pensei em como essa história era especial e como eu sou feliz e infinitamente grata por ter, comigo, uma companhia de reflexões peripatéticas pelo mundo, que ouve (e lê) todos os meus pensamentos, aguarda com paciência enquanto explico meus longos raciocínios, dá as melhores ideias e direciona minhas preocupações. Obrigada, Lourival.

Tenho que agradecer também a quem assistiu mais aulas do mestrado comigo. Minhas aulas foram *online* e, ao meu lado, estava uma garotinha de pijama com um olho na própria tarefa e outro nas minhas abas do navegador para garantir que eu não abrisse nenhuma que não fosse a da própria aula. Sempre aguardando que aparecesse um gato pela câmera de alguém e fazendo aparições sorrateiras na minha. Agradeço a Manu pela presença mais graciosa das minhas aulas do mestrado.

A minha irmã Melina agradeço por estar eternamente disposta quando eu mais preciso. Seja com uma entrega de doces, com uma organização de prateleiras, com revisão de traduções ou acompanhando *lives*, me ajudou a completar todas as tarefas que surgiram. Na pessoa dela, que reúne o melhor de cada um, agradeço a toda minha família.

Por fim, agradeço a meu orientador, professor Busato, por todas as razões que já lhe disse e já escrevi antes, mas, especialmente, por indicar livros que me fazem chorar em bibliotecas públicas.

RESUMO

O objetivo deste trabalho é compreender como se distribui responsabilidade penal entre pessoa jurídica e pessoas físicas em crimes que acontecem na atividade empresarial com base na ação significativa. Utilizando metodologia dedutiva e pesquisa bibliográfica, traçaram-se três objetivos específicos para alcançar a resposta do problema proposto: a) demonstrar como a atividade empresarial é, há muito tempo, violadora de bens jurídicos essenciais e merece atenção do Direito penal; b) demonstrar como a pessoa jurídica, protagonista dessa criminalidade, pode ser responsabilizada penalmente; c) analisar criticamente como se distribuiria a responsabilidade em cenários de concurso de pessoas na atividade empresarial, com base em uma teoria diferenciadora baseada na ação significativa. No primeiro capítulo, utilizando-se uma abordagem criminológica e exemplos históricos, demonstrou-se como, no conjunto de atuações na criminalidade empresarial, a pessoa jurídica é uma protagonista de violações de direitos há muito tempo. No segundo capítulo, ofereceu-se o subsídio teórico para se reconhecer a responsabilidade penal da pessoa jurídica, com base na concepção significativa da ação e afastou-se a ideia de que o *compliance* deva ser uma justificativa de isenção de responsabilidade. No terceiro capítulo, reconheceu-se que a doutrina reclama a utilização de uma teoria diferenciadora para o concurso de pessoas no sistema brasileiro e, por isso, analisou-se criticamente como se distribuiria a responsabilidade penal com base na teoria diferenciadora desenvolvida por Martínez-Buján Pérez, baseada na concepção significativa da ação. Valendo-se de casos hipotéticos para aplicação da teoria, reconheceu-se que, por vezes, ela afasta-se dos postulados básicos da ação significativa e, também, do princípio da legalidade. Constatou-se que, na verdade, as teorias diferenciadoras usam mecanismos diversos para alcançar um objetivo comum: atribuir para intervenções mais relevantes uma pena mais gravosa e para intervenções menos relevantes, uma pena mais branda. Com isso, concluiu-se que tendo a ação significativa como base, é viável adotar uma perspectiva unitária na identificação dos autores que realizaram o sentido do tipo de ação, desde que observada a importância de suas contribuições como um critério de pena, o que oferece soluções satisfatórias tanto em cenários de concurso de pessoas em atividades empresariais, como em qualquer outro cenário.

Palavras-chave: Autoria e participação; concurso de pessoas; ação significativa; responsabilidade penal da pessoa jurídica; sistema unitário e diferenciador.

ABSTRACT

This work aims to understand how to distribute criminal liability between the moral person and the natural person in crimes that occur in business activities, using the meaningful action conception to achieve this goal. Using deductive methodology and bibliographic research, three specific objectives were drawn: a) demonstrate that business activities have violated fundamental rights for a long time; b) demonstrate that the moral person, that is a main character of this criminality, can be held responsible criminally; c) critically analyze how liability would be distributed in scenarios where more than one person in business activity contributes to the crime using a theory that differs the perpetrator from the accomplice based on the meaningful action conception. In the first chapter, using a criminology approach and historical examples, it was shown that the moral person has been violating fundamental rights for a long time. In the second chapter, it was shown how criminal liability of a moral person is possible using the theory of meaningful action. Besides, the idea that compliance programs may be a way to exempt liability was dispelled. In the third chapter, it was recognized that the doctrine claims that a theory that differs the perpetrator from the accomplice would be necessary in the Brazilian legal system. Because of that, such a theory developed by Martínez-Buján Pérez, based on the meaningful action conception, was critically analyzed. Using hypothetical cases to apply the theory, it was recognized that, sometimes, it is driven away from the most basic premises of the meaningful action conception and from the principle of legality. Actually, it was perceived that these theories that differ the perpetrator from the accomplice use different methods to one essential goal: to apply a severer penalty to more important contributions and a lighter penalty to less important contributions. Therefore, the conclusion is that, using the meaningful action conception, it is possible to use a perspective that does not differ the perpetrator from the accomplice, if it respects the importance of the contribution as a penalty criterion, which can offer satisfactory solutions both in crimes committed in business activities and in other scenarios.

Keywords: Perpetrator and accomplice; multiple perpetrators; meaningful action; corporation criminal liability; unitary and differentiation systems.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 ABORDAGEM CRIMINOLÓGICA DA ATIVIDADE EMPRESARIAL	15
1.1 A CRIMINALIDADE NAS ATIVIDADES EMPRESARIAIS É UMA NOVIDADE? ..	16
1.2 O PODER DE DELINQUIR DAS CORPORAÇÕES MODERNAS E CONTEMPORÂNEAS: EXEMPLOS HISTÓRICOS	32
1.2.1 O caso Zong no contexto do tráfico de escravizados: liberdade e vidas jogadas ao mar por um grupo de empresários de Liverpool	36
1.2.2 Crianças empregadas na Revolução Industrial: a infância destruída nos teares e nas minas	41
1.2.3 Investindo na morte: as empresas que financiaram a eugenia e o nazismo	46
1.3 DOS EXEMPLOS HISTÓRICOS À CRIMINALIDADE NO SÉCULO XXI: A SOFISTICAÇÃO DA ATUAÇÃO EMPRESARIAL NA VIOLAÇÃO DE DIREITOS	54
2 A RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA NA CONCEPÇÃO SIGNIFICATIVA DA AÇÃO	60
2.1 A ABORDAGEM A PARTIR DA PERSPECTIVA DA AÇÃO SIGNIFICATIVA	61
2.2 AÇÃO	63
2.3 DOLO E IMPRUDÊNCIA.....	68
2.4 CULPABILIDADE	74
2.5 <i>CRIMINAL COMPLIANCE</i> COMO PONTO DE FUGA	79
3 ANÁLISE CRÍTICA DA DISTRIBUIÇÃO DE RESPONSABILIDADE NA ATIVIDADE EMPRESARIAL POR MEIO DE UMA PERSPECTIVA DIFERENCIADORA BASEADA NA AÇÃO SIGNIFICATIVA	89
3.1 CORRESPONSABILIDADE PENAL NO CRIME EMPRESARIAL	92
3.2 OS SISTEMAS DE ATRIBUIÇÃO DE RESPONSABILIDADE	93
3.2.1 Sistema unitário.....	94
3.2.2 Sistema diferenciador.....	95
3.2.3 Cenário brasileiro	96
3.3 COMO IDENTIFICAR O AUTOR	99
3.3.1 Teoria do domínio do fato.....	100
3.3.2 Teoria objetivo-formal e a perspectiva da autoria na ação significativa	107
3.3.3 Tomada de posição quanto ao marco teórico para exploração de concurso de pessoas na atividade empresarial	118

3.4 AUTORIA MEDIATA DA PESSOA JURÍDICA	122
3.5 A COAUTORIA ENTRE PESSOA JURÍDICA E PESSOAS FÍSICAS EM CRIMES DA EMPRESA.....	127
3.6 A PARTICIPAÇÃO ENTRE PESSOAS JURÍDICA E FÍSICAS	130
3.7 SOLUÇÃO DE CASOS HIPOTÉTICOS SEGUNDO MODELO DESENVOLVIDO POR MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ	132
3.7.1 Exemplo 1: apropriação indébita	134
3.7.2 Exemplo 2: construção de fábrica sem autorização da autoridade competente 136	
3.7.3 Exemplo 3: adulteração e venda de produto alimentício nocivo à saúde	139
3.7.4 Exemplo 4: corrupção ativa	142
3.8 ANÁLISE DOS RESULTADOS E CRÍTICA.....	144
CONCLUSÃO	157
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	166

INTRODUÇÃO

O estudo da responsabilidade penal da pessoa jurídica levanta inúmeras questões sobre os mais tradicionais institutos do Direito penal e, ao mesmo tempo, traz à discussão situações novas, como o *compliance*.

Os temas explorados fazem o intérprete sair da confortável zona da análise da dogmática “científica” antropocêntrica e demandam um ajuste (não uma troca, nem um abandono) das suas lentes. Ao olhar o Direito penal pelas lentes dos princípios que lhe são mais caros, de tudo aquilo que se considera mais valioso constitucionalmente, isso não muda quando se fala da responsabilidade penal da pessoa jurídica. O que se considera essencial, não pode deixar de sê-lo. Mas, é claro, é preciso acomodar a vista a algumas questões que são diferentes quando se fala de um crime cometido na atividade empresarial.

A insistente discussão acerca da possibilidade de responsabilidade penal da pessoa jurídica deve ser ultrapassada. Com a previsão constitucional no âmbito jurídico e a inegável criminalidade empresarial no âmbito fático, a renitência em se discutir se pode existir uma responsabilidade penal da pessoa jurídica deve ceder lugar a outras discussões dela decorrentes, a fim de auxiliar o intérprete na solução de casos práticos que, certamente, envolverão diversos aspectos dessa responsabilidade.

Levando isso em conta, o objetivo geral deste trabalho é, justamente, dar um passo adiante na discussão da possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica e pretende compreender como se distribuiria responsabilidade penal entre pessoa jurídica e pessoas físicas em crimes que acontecem na atividade empresarial, observando um sistema diferenciador que parte da ação significativa.

Na atividade empresarial, não se multiplicam somente os danos e os perigos, que são muito maiores que aqueles que decorrem de condutas de pessoas físicas, mas também as formas de atuação. Se mesmo as pessoas físicas já atuam muitas vezes em conjunto com outras, essa ideia de combinação de condutas se potencializa muito na atividade empresarial. Ao mesmo tempo em que a pessoa jurídica toma decisões, os seus dirigentes e sócios estão emitindo ordens, seus empregados estão executando tarefas e seus parceiros estão fechando negócios. A simples existência da atividade empresarial já pressupõe esse conjunto, esse amálgama de pessoas, de vontades, de atuações.

E aí se percebe o problema dessa pesquisa: nesse emaranhado de atuações, como identificar os responsáveis penais?

Para responder essa pergunta, percorreu-se o seguinte caminho.

O primeiro capítulo buscou demonstrar como, nesse conjunto de atuações, a pessoa jurídica é uma protagonista de violações de direitos há muito tempo. Fez-se uma abordagem criminológica para atingir diferentes finalidades. Primeiro, para afastar qualquer resquício de resistência à ideia de que a pessoa jurídica merece atenção do Direito penal. Segundo, para demonstrar que a criminalidade da pessoa jurídica não é novidade e nem está relacionada exclusivamente com tipos penais modernos que se referem a bens jurídicos etéreos, como o mercado ou a ordem tributária. Isso porque, mostrando a potencialidade lesiva da atuação das pessoas jurídicas e a sua atuação predatória desde que existem, não se pode qualificar a discussão sobre a sua responsabilidade uma questão moderna que ainda precisa de mais tempo para ser pensada. Terceiro, para indicar como, na atuação da pessoa jurídica existem diversas microcondutas que aparecem desde antes da tomada de decisão, até a execução final, tornando o cenário complexo, o que demanda um olhar muito mais cuidadoso do Direito penal. Não é preciso pensar apenas na responsabilidade penal da pessoa jurídica, mas na responsabilidade penal que recai sobre todos aqueles que compõem a atividade empresarial.

Para isso, no primeiro capítulo, foram apresentados três exemplos históricos que evidenciam a violação grave de direitos pelas pessoas jurídicas. Iniciou-se pela escravidão e por um ilustrativo caso em que escravizados foram deliberadamente mortos no transporte para depois serem trocados pela indenização do seguro de carga. Depois, passou-se pela exploração do trabalho infantil nas fábricas e minas da revolução industrial, de onde as crianças saíam deformadas, espancadas ou mortas. Por fim, examinou-se o forte financiamento da eugenia, com a política de esterilização norte-americana, seguida pela eliminação de associados no nazismo, inclusive pela utilização de trabalho forçado em fábricas e indústrias parceiras do regime. Ao fim, analisou-se como essa criminalidade, que se manifesta há tanto tempo, chegou ao século XXI.

Com a constatação de que as atividades empresariais são prolíficas na violação de bens jurídicos, percebeu-se que a protagonista é a pessoa jurídica. Como mencionado antes, não basta admitir a sua responsabilidade penal, é preciso ir além. Ao reconhecer esse protagonismo e, ao mesmo tempo, uma rede bem mais complexa

de combinação de condutas, para se chegar ao objetivo final, foi preciso estabelecer bases teóricas que fornecessem um subsídio para seguir adiante.

O segundo capítulo trata, então, de oferecer esse subsídio para a responsabilidade penal da pessoa jurídica, com base na concepção significativa da ação, por meio de uma exploração teórica. A exploração não é, contudo, abstrata ou descompromissada com os princípios constitucionais que devem nortear a aplicação do Direito penal. Ciente de que há previsão constitucional de responsabilização penal da pessoa jurídica e que devem ser sempre observados os princípios da legalidade e da culpabilidade, a exploração teórica seguiu dentro desse caminho. São aquelas lentes mencionadas nos primeiros parágrafos: elas são as mesmas, mas precisam de um ajuste de foco.

Analisou-se, assim, com base na concepção significativa da ação, como é possível compreender, primeiro, a capacidade de ação da pessoa jurídica. Apareceu como ponto central a ação como sentido, desvinculando-se da sua verificação como um substrato ontológico. Esse, que é o ponto central de toda a concepção significativa, foi lembrado e repetido na solução de todos os subproblemas que se seguiram no trabalho.

Para firmar todos os pontos de sua responsabilidade, examinou-se, também, a possibilidade de se constatar o dolo e a imprudência em crimes cometidos pela pessoa jurídica. Além disso, demonstrou-se as possíveis abordagens de sua culpabilidade. Por fim, tratou-se do *compliance* como ponto de fuga, e da pessoa física que aparece com ele e que não consegue fugir dos holofotes de muitos penalistas, o *compliance officer*.

Ao ter a responsabilidade penal da pessoa jurídica bem desenhada e a ideia de que sua atuação está sempre permeada de outras atuações de pessoas físicas, o terceiro capítulo abordou, por primeiro, a construção teórica acerca do concurso de pessoas. Analisou-se, então, o cenário legislativo brasileiro e as posições doutrinárias sobre o tema, em busca de se identificar qual sistema é nele previsto. Concluindo que não há propriamente um “sistema”, o objetivo de exploração teórica do trabalho convergiu com a necessidade que a doutrina aponta nesse cenário: uma teoria diferenciadora precisaria colmatar as lacunas e contradições da lei para possibilitar a atribuição de responsabilidade àqueles que intervêm no crime.

Assim, foi apresentada a teoria do domínio do fato, amplamente aceita, difundida e utilizada, bem como as críticas que se opõem a ela, especialmente sob a

perspectiva do marco teórico adotado neste trabalho. E, seguindo pela concepção significativa da ação, analisou-se a base teórica da autoria, e, então, as suas derivações no concurso de pessoas (a autoria mediata, a coautoria e a participação), de acordo com o desdobramento sobre a tema feito por Martínez-Buján Pérez.

Uma vez que a possibilidade de combinação de pessoas e de suas condutas na atividade empresarial é infinita e é virtualmente impossível delimitar todas previamente, fez-se um recorte para focar em casos em que a própria pessoa jurídica atua de forma relevante.

Então, foram estudados quatro exemplos de cenários com diferentes tipos de ação, utilizando a doutrina de Martínez-Buján Pérez, a fim de testar seu rendimento frente a casos concretos. Partindo da ideia da ação como sentido, a análise da autoria não poderia ser feita com o estabelecimento de parâmetros genéricos e abstratos, mas suas bases teóricas somente poderiam ser demonstradas com a efetiva análise de tipos concretos de ação. Assim, foram explorados quatro cenários diferentes com tipos de ação diversos e com diferentes combinações entre as condutas das pessoas jurídicas e das físicas a fim de verificar como, nesses casos, dar-se-ia a distribuição de responsabilidade entre os envolvidos.

Ao fim, foram analisados os resultados desse exercício, oferecendo-se uma crítica ao desdobramento da teoria do concurso de pessoas como desenvolvido por Martínez-Buján Pérez e, também, às teorias diferenciadoras em geral.

1 ABORDAGEM CRIMINOLÓGICA DA ATIVIDADE EMPRESARIAL

A pretensão deste capítulo é expor que as atividades empresariais há muito tempo provocam problemas graves no ambiente social que demandam intervenção penal¹, e, sobretudo, demonstrar que isso não é uma novidade relacionada a crimes criados recentemente.

Para tanto, percorre-se o seguinte itinerário: inicialmente, usando uma abordagem criminológica, demonstra-se que a delinquência empresarial é um fenômeno antigo e que deve atrair a atenção do direito penal, notadamente por suas múltiplas ramificações, consequências e seu potencial destruidor de bens jurídicos tuteláveis, que transcende aquele típico das pessoas naturais. Então, são apresentadas situações históricas emblemáticas da extensão da criminalidade corporativa, demonstrando o quanto ela é capaz de vulnerar a vida, a dignidade e a liberdade, irradiando esses efeitos também a outros bens jurídicos.

A premissa adotada é de que as pessoas jurídicas não se tornaram criminosas nas últimas décadas. Suas ações e o abrangente alcance que têm são algo ínsito à sua natureza e estão atrelados à sua gênese, que concentra poder e recursos econômicos em uma estrutura com uma capacidade de atuação muito mais significativa que a de uma pessoa natural isoladamente. Daí, decorrem a relevância e a necessidade de esquadrihar sua forma de atuação, inclusive para definir como se relaciona com a atuação das pessoas físicas.

Para se atingir a finalidade prevista nesta investigação, deve-se superar uma impressão disseminada que relaciona a criminalidade na atividade empresarial a tipos penais criados nos últimos anos e à sua exclusiva atuação na área econômica. A

¹ Assume-se aqui a posição de que a atuação do Direito penal tem como referência os bens jurídicos e a proteção almejada pela ordem jurídica. Nesse sentido, por todos, Vives Antón, ao defender uma noção procedimental do bem jurídico, como justificação racional da limitação da liberdade, com importância tanto para base de construção dogmática como para limite do poder punitivo do Estado. VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del sistema penal**: acción significativa y derechos constitucionales. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 827-828. Assim, analisa-se a criminalidade empresarial vista como violação de bens jurídicos. Consequentemente, não se adotam perspectivas que se afastem dessa ideia, a exemplo da que vincula a atuação do Direito penal com a manutenção da estabilidade da norma, defendida por Jakobs: “*el concepto de bien jurídico per se permanece sustancialmente vacío, sin presupuestos complementarios para la realización de um Derecho Penal legítimo. El daño a prevenir por medio del Derecho Penal no es el daño a los bienes de una persona, sino un daño social debido a la inminente erosión de la vigencia de la norma por un hecho punible*”. JAKOBS, Günther. **¿Protección de bienes jurídicos?** Sobre la legitimación del Derecho penal. Trad. Javier Fernando Quiñones. Buenos Aires: B de F, 2020, p. 103.

forma como o tema é frequentemente tratado faz parecer que a delinquência da pessoa jurídica nasceu junto com a ideia de sua responsabilização. Soma-se a isso a crença de que a própria responsabilização da pessoa jurídica é algo recente, o que, como afirma Busato², é um equívoco na doutrina sobre o tema.

1.1 A CRIMINALIDADE NAS ATIVIDADES EMPRESARIAIS É UMA NOVIDADE?

Muitas vezes, quando se fala sobre a criminalidade das pessoas jurídicas, parte-se de alguns exemplos e demonstrações atuais ou das últimas décadas, em regra relacionados à criminalidade econômica³. Esse foco que normalmente é dado às discussões – conquanto legítimo e metodologicamente adequado em alguns trabalhos que se propõem a realmente fazer este recorte – traça uma linha temporal e material ilusória, não só com relação à responsabilização das pessoas jurídicas, mas também com relação à sua própria delinquência. Ao parecer uma discussão

² BUSATO, Paulo César. **Tres tesis sobre la responsabilidad penal de personas jurídicas**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 20.

³ Por exemplo, Schmidt marca o início de sua análise do Direito penal econômico em situações do século XIX, como o *Sherman Act* e na diferente forma de relacionamento entre Estado e economia do início do século XX SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Direito penal econômico**. Parte geral. 2. ed. rev. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018, p. 19. Guaragni, ao trabalhar questões de desvios cognitivos e volitivos em empresas com programa de *compliance* limita sua análise na prevenção de delitos econômicos e parte de estudos da modernidade reflexiva de Beck em sua introdução. GUARAGNI, Fábio André. *Criminal compliance* e prevenção de delitos econômicos: o problema dos desvios cognitivos e volitivos na origem da prática criminosa. In: COUTINHO, Aldacy Rachid; BUSATO, Paulo César (org.). **Aspectos jurídicos do compliance**. Florianópolis: Empório do Direito, p. 210-243. Novamente Guaragni marca como ponto de inflexão da responsabilidade penal das pessoas jurídicas, a emergência da proteção de direitos supraindividuais no início do século XXI, em GUARAGNI, Fábio André. Responsabilidade penal do ente coletivo: pilastras político-criminais derivadas das noções de sociedade de risco e alteridade. In: CHOUKR, Fauzi Hassan; LOUREIRO, Maria Fernanda; VERVAELE, John (org.). **Aspectos contemporâneos da responsabilidade penal da pessoa jurídica**. v. II. São Paulo: Fecomércio, 2014, p. 33-49. Em obra específica sobre a responsabilidade penal das pessoas jurídicas no direito americano, Brickey vincula expressamente a responsabilidade penal ao *Sherman Act* e aos crimes corporativos e de colarinho branco. BRICKEY, Kathleen F. **Corporate and white collar crime: cases and materials**. 4. ed. New York: Aspen, 2006, p. 1.

moderna sobre algo inovador, traz consigo a renitência dos mais puristas⁴. Esse tom frequente faz, então, parecer que pessoas jurídicas começaram a delinquir há pouco tempo, que seus crimes são em regra relacionados a aspectos econômicos e que, por isso, só agora passou a se ver uma necessidade de atuação do Direito penal⁵.

Esse aparente aspecto mais recente da delinquência das pessoas jurídicas pode ser atribuído a algumas hipóteses que coexistem e cooperam na formação de uma falsa ideia de novidade.

A primeira delas pode estar relacionada com o fato de que a própria responsabilidade penal das pessoas jurídicas também é vista, equivocadamente, como um instituto recente⁶. Ao não se falar sobre a responsabilidade penal das pessoas jurídicas por anos, afastaram-se também as discussões sobre a criminalidade das empresas, dando a errada impressão de que ela não existia e de

⁴ V, p. ex., SANTOS, Juarez Cirino dos. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. *In*: PRADO, Luiz Régis; DOTTI, René Ariel (coord.). **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 265-282 e DOTTI, René Ariel. A incapacidade criminal da pessoa jurídica (uma perspectiva do direito brasileiro). *In*: PRADO, Luiz Régis; DOTTI, René Ariel (coord.). **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 157-194. Mais recentemente, Bitencourt manifestou-se expressamente sobre o assunto, frente às alterações legislativas dos crimes em licitações. Nesta lei, há dispositivo que indica claramente que o crime pode ser cometido por aquele que foi considerado inidôneo, conforme a lei de licitações (§ 2º, do artigo 337-M do Código Penal). Uma vez que aquele considerado inidôneo pode ser uma pessoa jurídica, não há conclusão outra que de que a previsão se refere a crime que pode ser cometido por pessoa jurídica. Não obstante, Bitencourt afirma que esta responsabilidade não é possível, uma vez que é dogmaticamente impossível reconhecer a capacidade de ação e a culpabilidade das pessoas jurídicas. Acrescenta, ainda, que os fins da pena não as alcançam. Sua análise dá-se, especialmente, com suporte em clássicos doutrinadores alemães, especialmente os de matriz finalista. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Direito penal das licitações**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 89-104.

⁵ BUSATO, Paulo César. **Tres tesis sobre la responsabilidad penal de personas jurídicas**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 20.

⁶ Busato afirma que a responsabilidade penal da pessoa jurídica sofreu um oportuno hiato decorrente da revolução burguesa, ao combinar os salutares princípios da liberdade individual com o rechaço do controle estatal sobre a atividade econômica. *Ibid.*, p. 42. Além disso, Busato afirma que a responsabilidade penal dos entes coletivos existiu no direito continental europeu durante os sete séculos precedentes ao século XIX. *Ibid.*, p. 20. Outros autores também identificam uma origem bem mais antiga da responsabilidade penal das pessoas jurídicas. Mestre afirma que o Direito antigo previa penas coletivas aos entes coletivos e que a “ordenanza de 1670 consagrava la existência tradicional de semejantes penalidades”. MESTRE, Aquiles. **Las personas morales y su responsabilidad penal**. Madrid: Gongora, 1930, p. 241. Também Franco explica que em vários momentos anteriores à revolução francesa, era possível a responsabilização penal da pessoa jurídica, o que cessou em 1790. FRANCO, Affonso Arinos de Mello. **Responsabilidade Criminal das pessoas jurídicas**. Rio de Janeiro: Ypiranga, 1930, p. 39-40. Da mesma maneira, Sandaña. SALDAÑA, Quintiliano. **Capacidad criminal de las personas sociales**. Madrid: Reus, 1927, p. 65. Shecaira inicia seu apanhado histórico na Babilônia, no século XXIII a.C., relatando que no Código de Hamurabi havia previsão de responsabilidade coletiva das cidades quando, por exemplo, o assaltante não era preso. Afirma, ainda, que “da Idade Antiga à Idade Média predominaram as sanções coletivas impostas às tribos, comunas, cidades, vilas, famílias etc.”. SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 2-3.

que as pessoas jurídicas somente começaram a delinquir quando se voltou a falar de sua responsabilidade penal.

Também podem ter contribuído para a ideia de que a criminalidade é recente as mudanças legislativas em alguns países⁷, a necessidade de melhor regulação da responsabilidade criminal em outros⁸, a exposição de crimes com grande cobertura midiática⁹ ou as regulações dos programas de *compliance*¹⁰, que fizeram (res)surgir a preocupação com os crimes praticados pelas pessoas jurídicas.

Além dessas hipóteses, também podem ser mencionados os onipresentes estudos sobre a modernidade reflexiva e a agonia planetária, que levam à percepção de que a atuação das empresas com riscos cada vez mais fluidos causa danos cada vez maiores e, ao mesmo tempo, menos mensuráveis¹¹, o que torna a necessidade de preocupação mais evidente. Tais estudos são imprescindíveis para a compreensão

⁷ Guaragni menciona, por exemplo, que, em 2000, na Itália, houve “a expedição de um decreto legislativo disciplinando a responsabilidade administrativa – decorrente dos crimes nela enumerados – atribuível ‘às pessoas jurídicas e sociedades, associações ou entes privados de personalidade jurídica que não desenvolvem funções de relevo constitucional” GUARAGNI, Fábio André. "Interesse ou benefício" como critérios de responsabilização da pessoa jurídica decorrente de crimes - a exegese italiana como contributo à interpretação do art. 3º da lei 9.605/98. *In*: BUSATO, Paulo César; GUARAGNI, Fábio André. **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica: fundamentos criminológicos, superação de obstáculos dogmáticos e requisitos legais do interesse e benefício do ente coletivo para a responsabilização criminal**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 96. Ainda, González Cussac afirma que o modelo espanhol, desde a reforma do Código penal em 2010, contempla três formas de responsabilização penal das pessoas jurídicas, com posteriores alterações na reforma de 2015. GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. **Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, p. 22.

⁸ Busato analisa as disposições sobre responsabilidade penal da pessoa jurídica no projeto do novo Código Penal, demonstrando a necessidade de uma regulação mais clara e técnica em diversos pontos, em BUSATO, Paulo César. *Razões Criminológicas, político-criminais e dogmáticas para a adoção da responsabilidade penal de pessoas jurídicas na reforma do Código Penal brasileiro*. *In*: BUSATO, Paulo César; GUARAGNI, Fábio André. **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica: fundamentos criminológicos, superação de obstáculos dogmáticos e requisitos legais do interesse e benefício do ente coletivo para a responsabilização criminal**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 53-85.

⁹ Exemplo claro disso foi a revelação e divulgação intensa do grande esquema de corrupção envolvendo a empresa Odebrecht, como relata Gaspar. GASPARG, Malu. **A organização**. A Odebrecht e o esquema de corrupção que chocou o mundo. São Paulo: Companhia das Letras, 2020, p. 363-364.

¹⁰ Assim, por exemplo, Scandelari, ao tratar do *compliance*, inicia seu apanhado histórico com o caso *Watergate*, que deu origem ao *Foreign Corrupt Practices Act*, de 1977. SCANDELARI, Gustavo Britta. **Compliance e law enforcement: propostas para o aperfeiçoamento da prevenção corporativa de ilícitos no Brasil**. 2021. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2021, p. 10.

¹¹ Assim, as conhecidas lições de Beck sobre os riscos decorrentes do desenvolvimento das forças produtivas BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**. Rumo a uma outra modernidade. Trad. Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 27. Mais recentemente: BECK, Ulrich. **La metamorfosis del mundo**. Trad. Fernando Borrajo Castanedo. Barcelona: Paidós, 2017. No mesmo sentido, Morin e Kern que falam sobre como a tecnociência é o motor da agonia planetária, que representa uma crise social e ecológica, em MORIN, Edgar; KERN, Anne Brigitte. **Terra-pátria**. Trad. Paulo Neves. 6. ed. Porto Alegre: Sulina, 2011, p. 88-98.

dos cambiantes riscos trazidos por novas tecnologias¹², mas não significam, como pode parecer, que a atuação das grandes corporações só passou a ser perigosa nos últimos anos.

Outro elemento que pauta discursos criminológicos e que pode vincular a ideia de criminalidade empresarial aos crimes econômicos e financeiros pode estar relacionado aos argumentos da chamada esquerda punitiva. Ao chamar a atenção a uma criminalidade da camada social privilegiada e a crimes econômicos¹³, pode dar a impressão de que somente crimes relacionados a esta posição financeira diferente seriam cometidos pelas empresas. Como explica Karam, há uma percepção superficial de alguns setores da esquerda de que a máquina punitiva deveria ser voltada à “criminalidade dourada, mais especialmente aos abusos do poder político e do poder econômico”¹⁴. Isso acaba por gerar uma ideia de que a atuação desses setores nunca impacta diretamente nas pessoas, mas apenas nessas entidades etéreas como o mercado ou em bens jurídicos menos palpáveis como a ordem econômica.

Outra possível fonte da ideia de que a delinquência da pessoa jurídica é algo que somente passou a acontecer com relação a tipos penais recentemente criados pode estar relacionada ao sentimento comum da população sobre o que é crime.

¹² Nesse sentido, Brandariz García, que pontua a importância dos estudos de Beck e evidencia as suas consequências na delimitação da atuação penal baseada nessa ideia de risco. O autor ressalta, entretanto, que apesar da sua relevância, os estudos limitam a compreensão de uma sociedade de risco tanto temporalmente quanto com relação às suas consequências, vez que são narrativos e descritivos e não oferecem soluções adequadas à situação atual desses riscos. BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. **El modelo gerencial-actuarial de penalidad: eficiencia, riesgo y sistema penal**. Madrid: Dykinson, 2016, p. 17-25.

¹³ Nesse sentido, Cirino dos Santos, por exemplo, defende que deve haver ampliação do sistema punitivo com “a penalização da criminalidade econômica e política das classes dominantes”, vinculando, com isso, à espécie da criminalidade econômica a das classes dominantes, ou seja, financeiramente privilegiadas. Ressalve-se que, por outro lado, o autor é expressamente contra a responsabilização penal das pessoas jurídicas. SANTOS, Juarez Cirino dos. **Criminologia radical**. 4.ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2018, p. 73 e SANTOS, Juarez Cirino dos. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: PRADO, Luiz Régis; DOTTI, René Ariel (coord.). **Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 265-282.

¹⁴ KARAM, Maria Lúcia. A esquerda punitiva. **Revista Discursos Sediciosos**, v. 1, n. 1, p. 79–92, jan./jun. 1996, p. 80.

Sendo juristas ou não, as primeiras ideias de crime de uma pessoa vêm sempre de uma experiência anterior, prévias aos estudos jurídicos¹⁵.

As ideias mais arraigadas sobre os crimes e que estão disseminadas entre a população estão normalmente ligadas àqueles crimes mais prosaicos e violentos¹⁶. São os crimes que despertam curiosidades mórbidas; que movem noticiários e jornais;

¹⁵ Assim é a maneira que Wittgenstein explica que, na verdade, não há um “conhecimento”, mas um “reconhecimento”, que é baseado justamente nas experiências anteriores das pessoas. São ilustrativos dessa ideia, o aforismo “El saber se fundamenta, en último término, en el reconocimiento”, e alguns otros, como estes: “Cuando Moore disse *sabe* eso y lo otro, se limita, de hecho, a enumerar proposiciones empíricas que aceptamos sin ninguna comprobación especial; es decir, proposiciones que en el sistema de nuestras proposiciones empíricas juegan un papel lógico bien particular” e “Enseñamos a un niño ‘ésta es tu mano’, (...) Es así como un niño aprende los innumerables juegos de lenguaje en los que su mano está implicada. Nunca se plantea una investigación, o una pregunta, acerca de ‘si ésta es realmente una mano’. Por otra parte, tampoco aprende que *sabe* que ésta es una mano”. WITTGENSTEIN, Ludwig. **Sobre la certeza**. Trad. Josep Lluís Prades e Vicent Raga. Barcelona: Gedisa, 2000, p. 20c, 48c e 49c.

¹⁶ V., por exemplo, que em pesquisa realizada sobre o sentimento de insegurança da população, as perguntas são referidas a crimes contra a pessoa e o patrimônio e as respostas demonstram a especial preocupação com furto, roubo e “agressão”, bem como a locais perigosos na região onde o entrevistado vive, ou seja, a referência é clara a crimes cometidos por pessoas naturais. Tanto a escolha das perguntas como as respostas decorrentes voltam-se aos crimes mais clássicos cometidos pelas pessoas naturais. Além disso, Borges menciona que “essas crenças são uma ligação entre a realidade e a imaginação, que conecta o conhecimento do indivíduo e suas experiências reais de vida, a partir das trocas com os outros indivíduos. Este modelo se refere à construção de crenças de que alguma coisa ou alguém é perigoso. Essas crenças podem ser estímulos à geração de respostas de alerta para a pessoa. Em outras palavras, o indivíduo passa a sentir medo do crime, insegurança e uma percepção de risco ao entrar em contato com alguma experiência que acredite poder gerar riscos, ainda que esta crença não seja verdadeira”. BORGES, Doriam. Vitimização e sentimento de insegurança no Brasil em 2010: teoria, análise e contexto. **Mediações**, Londrina, v. 18, n. 1, p. 141-163, jan./jul. 2013.

que servem de tema para livros e filmes¹⁷. Vargas Llosa resume elucidativamente essa ideia ao afirmar que “*no existe forma más eficaz de entretener y divertir que alimentando las bajas pasiones del común de los mortales*”¹⁸. São esses crimes, afinal, que fazem borbulhar sentimentos¹⁹ – a raiva do ladrão, o medo do assassino, o nojo do estuprador. É com base nessa ideia sobre os crimes que acabamos

¹⁷ Vargas Llosa traz exemplo da preferência por notícias “sangrentas”, quando conta que, em meio à crise financeira, fotógrafos esperavam embaixo dos prédios para conseguir fotos de investidores suicidas. Evidentemente, uma notícia que mostrasse o momento exato de um suicídio seria mais sedutora que uma explicando o mecanismo financeiro que levou à crise. O autor convida a imaginar este momento: “una muchedumbre de fotógrafos, de *paparazzi*, avizorando las alturas, con las cámaras listas, para captar al primer suicida que dé encarnación gráfica, dramática y espectacular a la hecatombe financiera que ha volatilizado billones de dólares y hundido en la ruina a grandes empresas e innumerables ciudadanos. No creo que haya una imagen que resuma mejor la civilización de la que formamos parte”. VARGAS LLOSA, Mario. **La civilización del espectáculo**. Madrid: Alfaguara, 2012, p. 33. Uma rápida pesquisa no *site* de vendas da Amazon evidencia mais ainda quão apelativos são os casos que envolvem mortes e crimes como o estupro. Há mais de mil resultados de livros, filmes e outros produtos relacionados a um dos homicidas mais célebres até hoje, Jack the Ripper. (AMAZON. **1-16 of over 1,000 results for "jack the ripper"**. Disponível em: https://www.amazon.com/s?k=jack+the+ripper&language=en_US&ref=nb_sb_noss_1. Acesso em: 7 dez. 2021). O *site* especializado em cinema, IMDb, registra 106 títulos de filmes relacionados à expressão “jack the ripper” (IMDb. **Displaying 10 results for "jack the ripper"**. Disponível em: https://www.imdb.com/find?s=kw&q=jack+the+ripper&ref_=nv_sr_sm. Acesso em: 7 dez. 2021). A mesma quantidade de resultados na Amazon aparece também para o conhecido *serial killer* americano Charles Manson, que inspirou além de livros, filmes e séries, também discos de música (AMAZON. **1-16 of over 1,000 results for "charles manson"**. Disponível em: https://www.amazon.com/s?k=charles+manson&ref=nb_sb_noss. Acesso em: 7 dez. 2021). Além disso, a busca por filmes relacionados a seu nome indica 29 obras inspiradas no homicida (IMDb. **Displaying 5 results for "charles manson"**. Disponível em: https://www.imdb.com/find?s=kw&q=charles+manson&ref_=nv_sr_sm. Acesso em: 7 dez. 2021). No Brasil, a série de crimes cometidos pelo Bandido da Luz Vermelha, como homicídios, roubos e estupros, gerou também vários livros (AMAZON. **1-48 de 58 resultados para "o bandido da luz vermelha"**. Disponível em: https://www.amazon.com.br/s?k=o+bandido+da+luz+vermelha&__mk_pt_BR=%C3%85M%C3%85%C5%BD%C3%95%C3%91&ref=nb_sb_noss. Acesso em: 7 dez. 2021), filme (IMDb. **O bandido da luz vermelha**. Disponível em: https://www.imdb.com/title/tt0144782/?ref_=nm_knf_i1. Acesso em: 7 dez. 2021). Também o homicídio dos pais de Suzane von Richthoffen teve grande repercussão na produção literária brasileira, com cerca de cinco livros sobre o caso (AMAZON. **34 resultados para "suzane richthofen"**. Disponível em: https://www.amazon.com.br/s?k=suzane+richthofen&__mk_pt_BR=%C3%85M%C3%85%C5%BD%C3%95%C3%91&ref=nb_sb_noss_1. Acesso em: 7 dez. 2021.) e dois filmes (IMDb. **A menina que matou os pais**. Disponível em: https://www.imdb.com/title/tt10605812/?ref_=nm_fimg_act_2. Acesso em: 7 dez. 2021 e IMDb. **O menino que matou meus pais**. Disponível em: https://www.imdb.com/title/tt10975604/?ref_=nm_fimg_act_3. Acesso em: 7 dez. 2021).

¹⁸ VARGAS LLOSA, Mario. **La civilización del espectáculo**. Madrid: Alfaguara, 2012, p. 56.

¹⁹ Hassemer e Muñoz Conde afirmam que a criminologia clássica segue voltada aos crimes contra os interesses individuais, como os delitos contra a vida, a integridade física, a liberdade, a liberdade sexual, a propriedade, “que son ciertamente los que producen mayor alarma social y el sentimiento más extendido de inseguridad ciudadana, pero que obviamente no son los únicos y a veces ni siquiera los más importantes”. HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción a la criminología y a la política criminal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, p. 25-26. Também nesse sentido, García-Pablos de Molina afirma que a realidade do crime e a sua percepção costumam ser diferentes, em razão dos estereótipos, do medo da vitimização e de como este medo é manipulado, o que traz distorções da realidade. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Criminología: una introducción a sus fundamentos teóricos**. 8. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, p. 47.

desenvolvendo uma figura principal – e, por vezes, única – de qual é o sujeito com quem se preocupa o Direito penal.

E mesmo para quem passa a estudar Direito, essa percepção pode não mudar. Os estudos basilares de Direito penal levam a essa mesma conclusão. Os exemplos que pululam na dogmática penal – seja porque de mais fácil apreensão, seja porque os próprios autores estão vinculados a uma ideia prévia – envolvem sempre pessoas físicas, em regra, atirando em alguém ou subtraindo algo²⁰.

²⁰ Assim, por exemplo, Bitencourt ao explicar o dolo direto de primeiro grau: “(...) quando o agente, querendo matar alguém, desfere-lhe um tiro para atingir o fim pretendido”, em BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito penal**: parte geral. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 176; e a autoria colateral: “Quando, por exemplo, dois indivíduos, sem saber um do outro, colocam-se de tocaia e quando a vítima passa desferem tiros, ao mesmo tempo, matando-a (...)”, em *Ibid.*, p. 276. Também Brandão, ao dar exemplo sobre a tentativa: “(...) no furto, como o núcleo-tipo é subtrair, o ato de execução começaria quando o agente tem o contato físico com a coisa, entretanto, é inegável a tentativa de furto quando, v.g., o agente é surpreendido num apartamento à noite, sem ainda ter pego a coisa” BRANDÃO, Claudio. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 2. ed. São Paulo: Grupo GEN, 2010, p. 292. Da mesma forma, Hungria, ao explicar a tentativa inidônea e o crime impossível: “Tício, supondo seu inimigo a dormir, quando na realidade está morto, desfecha-lhe punhaladas; Mévio, na penumbra da alcova, desfecha tiros sobre o leito em que supõe achar-se deitado o seu inimigo, quando o certo é que este ainda não se recolhera à casa” HUNGRIA, Néelson. **Comentários ao Código penal**: volume V – arts. 121 a 136. 5. ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2018, p. 47-48. Díez Ripollés exemplifica sobre o erro: “En carnaval, se planea broma de simular fusilamiento de um amigo, y se le suministra a uno de los bromistas un fusil cargado, sin éste saberlo, muriendo el sometido al ‘fusilamiento’ como consecuencia del disparo; se le pide a botones de hotel que recoja cartera olvidada en habitación, dándole número distinto al suyo de habitación abierta en la que, al pasar, se ha visto que había una cartera en la mesilla de noche”. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. **Derecho penal español**: parte general en esquemas. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, p. 323. Portilla Contreras, ao falar de omissão imprópria: “um supuesto de omisión impropria es el de un funcionario de prisiones que, al contemplar el inicio de linchamiento de um preso por otros reclusos, se marcha de aquel lugar sin impedirlo ni solicitar ayuda, regresando una vez que se ha producido la muerte”. PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. Tema 21: el concepto jurídico de delito. *In*: ZUGALDÍA ESPINAR, José M. (dir.). **Derecho penal**: parte general. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p. 384. Ou, ainda, Antolisei, ao falar do excesso das causas de justificação: “Tício surpreende a um ladrão na sua horta e, ainda que seja possível afugentá-lo com um pedaço de pau, faz uso de uma arma e o fere” (tradução livre de “Tizio sorprende um ladruncolo nel suo orto e, mentre potrebbe scacciarlo com um bastone, fa uso del fucile e lo ferisce”. ANTOLISEI, Francesco. **Manuale di diritto penale**: parte generale. 15. ed. Milano: Dott. A. Giuffrè, 2000, p. 379.

O que se considera como a clássica noção da criminologia e do Direito penal que coloca a pessoa natural como única capaz de cometer crimes²¹ nubla as evidências de que importantes violações a bens jurídicos essenciais são também – e, frequentemente, – cometidas por pessoas jurídicas²².

Forma-se, assim, um ideário muito claro do que é um crime: é aquela conduta praticada por uma pessoa. E essa pessoa, segundo todos os exemplos que se veem, se estudam e ouvem, é uma pessoa natural.

Além das dificuldades técnicas que esse tipo de raciocínio causa, que serão objeto de estudo no segundo capítulo, essa formação leva a uma resposta rápida e irrefletida quando se pergunta quem delinque. Partindo-se de tais ideias, a resposta intuitiva é de que só poderiam ser as pessoas naturais. E, quando se fala de uma pessoa jurídica delinquente, a ideia parece inusitada e inovadora, pois nunca antes explorada nos livros e nas aulas.

Porém uma análise mais cuidadosa das grandes violações de bens jurídicos revela um potencial destruidor muito maior das condutas que partem de atividades empresariais, ainda que elas não sejam noticiadas ou vistas como um crime da mesma forma que seria o assassinato de um inimigo, um roubo ou um estupro.

²¹ Segundo Carlen, os “conceitos literais e naturalizados do crime (...) sempre fundamentam estereótipos de transgressores como sendo as pessoas (principalmente as mais pobres) no sistema de justiça criminal que estão lá somente porque cometeram um crime muito grave e/ou representam uma grave ameaça à sociedade” e que os teóricos críticos pós-1980 passaram a insistir que a criminologia deveria voltar seus olhos também a outros criminosos, os mais perigosos, como os criminosos corporativos e políticos. CARLEN, Pat. *Criminologias alternativas*. Trad. Leandro Ayres França. In: CARLEN, Pat; FRANÇA, Leandro Ayres (org.). **Criminologias alternativas**. Porto Alegre: Canal Ciências Criminais, 2017, p. 19-34. Como um exemplo de autor que se fixa nesta noção mais clássica de autor de delito como pessoa física – ainda que se considere crítico da criminologia tradicional -, Cirino dos Santos afirma textualmente que “o conceito de crime, representado pelas categorias de *tipo de injusto* e de *culpabilidade*” foi “desenvolvido exclusivamente para o ser humano”. SANTOS, Juarez Cirino dos. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. In: PRADO, Luiz Régis; DOTTI, René Ariel (coord.). **Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 281. Tal afirmação, como aponta a crítica de Busato, é o resultado da adoção das teorias do delito baseadas no método analítico, com fortes bases ontológicas e pretensão de cientificidade. BUSATO, Paulo César. **Tres tesis sobre la responsabilidad penal de personas jurídicas**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 90-91.

²² Hassemer e Muñoz Conde destacam como a criminologia clássica não consegue lidar com a questão de que há crimes em que as vítimas não são específicas, como aqueles contra o meio ambiente ou a ordem econômica, e que, curiosamente, tampouco se preocupa com quem são os autores de tais crimes. HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción a la criminología y a la política criminal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, p. 25-26/149.

Por exemplo, Nolan²³ narra que, em dezembro de 1984, na Índia, um enorme vazamento de gases tóxicos de um tanque numa planta química resultou nas mortes de três mil pessoas imediatamente e feriu e matou outros milhares posteriormente. Outras centenas de pessoas morreram quando as águas de barragens rompidas carregaram corpos e seus bens²⁴. Além disso, houve esquemas gigantescos de pagamento de vantagens a agentes públicos²⁵. São inúmeros exemplos que envolvem a violação de bens jurídicos de toda espécie, mas, sem dúvida, também aqueles mais caros ao desenvolvimento em sociedade.

É evidente que não é qualquer irregularidade praticada ou qualquer violação de algum bem jurídico alheio por uma pessoa jurídica que clamará a atenção do Direito penal. Para a maior parte dos problemas advindos da atuação irregular e ilícita nas atividades empresariais, existem outros âmbitos de regulação possíveis e bastantes. Porém existem algumas situações – e são estas a que se quer dar destaque – em que sua atuação extrapola os limites toleráveis, com violação grave de importantes bens jurídicos²⁶.

E, quando se verifica a categoria das violações gravíssimas perpetradas pelas pessoas jurídicas, percebe-se que a atuação do Direito penal em casos dessa

²³ NOLAN, Justine. Refining the rules of the game: the corporate responsibility to respect human rights. **Utrecht Journal of International and European Law**, v. 30, n. 78, p. 7-23, fev. 2014, p. 10. Da mesma forma, Beck também menciona desastres como o de Chernobil, em que uma “nuvem atômica” aterrorizou toda a Europa e obrigou as pessoas a mudarem de forma sensível suas rotinas de vida, inclusive privada. BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo global**. Trad. Jesús Alborés Rey. Madrid: Siglo XXI de España, 2002, p. 36.

²⁴ BUSATO, Paulo César. O Leviatã de Brumadinho. **Boletim Ibccrim**, ano 27, n. 316, p. 7-8, mar. 2019.

²⁵ GASPAR, Malu. **A organização**. A Odebrecht e o esquema de corrupção que chocou o mundo. São Paulo: Companhia das Letras, 2020.

²⁶ Como mencionado no início do capítulo, aqui se toma a posição de que o Direito penal deve ter como referência de sua atuação a necessidade de proteção de bens jurídicos. Isso não significa que seja o Direito penal que os proteja, uma vez que só atua quando já foram atacados, mas que toma como referência a necessidade de proteção jurídica com relação aos ataques graves aos bens jurídicos mais importantes para o desenvolvimento das pessoas (BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Grupo GEN, 2020, p. 12-13; no mesmo sentido, MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal**. 2. ed. Buenos Aires: B de F, 2002, p. 123). Esse entendimento está relacionado também com o princípio da intervenção mínima, que considera que o Direito penal só deve intervir quando as sanções dos demais ramos do Direito não forem suficientes (caráter subsidiário) e que só deve atuar com relação aos ataques mais graves a bens jurídicos muito importantes (caráter fragmentário) (MUÑOZ CONDE, Francisco. **Derecho penal y control social**. 2. ed. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1999, p. 43; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al Derecho penal**. Barcelona: Bosch, 1975, p. 59).

natureza não é uma expansão indevida²⁷, mas sim um recorte mais adequado ao seu âmbito de atuação²⁸.

Nota-se, portanto, que, ao reconhecer que as atividades empresariais violam bens jurídicos essenciais, mantêm-se dentro de um limite de atuação do Direito penal que é considerado necessário²⁹. E, além disso, como se mencionou antes e se demonstrará adiante, a atuação ilícita das pessoas jurídicas não é limitada a delitos no âmbito econômico, ou seja, não atinge somente bens jurídicos cuja referência pelo Direito penal é discutida como uma expansão questionável³⁰, mas tem a capacidade de violar de forma grave os bens jurídicos que indiscutivelmente estão no centro clássico de atenção do Direito penal, como a vida e a liberdade. Insistir em olhar apenas para os delitos econômicos é ignorar a real capacidade de atuação das pessoas jurídicas.

²⁷ A ideia de expansão é desenvolvida inicialmente por Silva Sánchez que, observando fenômenos como o surgimento de novos riscos, a sensação de insegurança, o descrédito de outras instâncias de proteção jurídica, a globalização da delinquência, dentre outros, identifica a maior utilização do Direito penal simbólico para a pretensa solução de problemas, bem como sua administrativização. Ao constatar que é impossível frear parte desta expansão, propõe, então, um sistema penal que se biparte: parte dele, aquela em que as consequências jurídicas seriam menos graves, exigiria, também, menos garantias e uma flexibilização da rigidez dos princípios tradicionalmente vigentes de Direito penal, ou seja, teria uma menor intensidade; outra parte, a das consequências mais graves, guardaria proporcionais garantias. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **La expansión del Derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales**. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001. Já Martínez-Buján Pérez analisa a expansão do Direito penal de outra perspectiva, identificando que esta se dá de diferentes formas e em diferentes direções e, nem toda a expansão seria necessariamente negativa, pois poderia estar voltada à real necessidade de atuação do Direito penal e não apenas a seu uso simbólico (MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del “big crunch” en la selección de bienes jurídicos-penales (especial referencia al ámbito económico). **Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña**, n. 7, p. 953-985, 2003). Além disso, destaca que mesmo nos delitos socioeconômicos, há situações de gravidade relevante, que justificam sua inserção no âmbito de atuação do Direito penal (MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. La expansión, la reducción y la legitimidad del Derecho penal económico. *In*: PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando (ed.); GARCÍA ALFARAZ, Isabel (coord.), DÍAZ CORTÉS, Lina Mariola (coord.). **Serta**: in memoriam Louk Hulsman. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2016. p. 465-483).

²⁸ BUSATO, Paulo César. **Tres tesis sobre la responsabilidad penal de personas jurídicas**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 57.

²⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco. **Derecho penal y control social**. 2. ed. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1999, p. 43; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al Derecho penal**. Barcelona: Bosch, 1975, p. 59.

³⁰ Importante ressaltar que, como destaca Martínez-Buján, os delitos econômicos não estão necessariamente fora do que deve ser considerado o âmbito de atuação do Direito penal. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del “big crunch” en la selección de bienes jurídicos-penales (especial referencia al ámbito económico). **Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña**, n. 7, 2003, p. 965-983. O que se pretende destacar aqui é que se alguma dúvida ou crítica de atuação vem deste ponto, pode-se superar a crítica com este fundamento, pois as pessoas jurídicas são capazes de violar de forma massiva aqueles bens jurídicos que são, perante a maioria, foco penal.

Justamente por terem uma estrutura voltada ao alcance da eficiência (pelo menos, o que a si parece eficiente); por deterem meios de produção; por terem todo um grupo de pessoas atuando a sua disposição; por atuarem em regiões que alcançam, tantas vezes, muitos países; tudo isso as coloca numa posição eminente de poder e sua atuação é, ao mesmo tempo, abrangente e intensa, assim como são as consequências – boas e ruins – de sua atuação.

São essas consequências transbordantes dos atos que partem das pessoas jurídicas que são objeto de preocupação. Com efeito, enquanto pessoas naturais praticam crimes com vítimas pontuais, com um dano limitado subjetivamente quanto ao bem jurídico, as pessoas jurídicas, com suas ações, são capazes de danos tão graves ou mais, muito mais amplos, contra um número muito maior de vítimas, que, por vezes, sequer é passível de identificação.

Frisa-se, mais uma vez, que não se esquece da necessidade de intervenção mínima do Direito penal³¹. A intervenção, que é mínima, deve ser voltada ao ponto mais delimitado possível, mas a um ponto correto. Aqui está a se tratar exatamente disso: se as violações graves a bens jurídicos essenciais à vida em sociedade devem ser o ponto central de atuação do Direito penal mínimo, então, com mais razão, quando essas violações se mostrarem ainda mais intensas e pungentes é que se justificará a intervenção do ramo mais gravoso do Direito. E, como se demonstrará adiante, as pessoas jurídicas cometem crimes tão ou mais graves que as pessoas físicas.

Essa demonstração não partirá do direito posto, mas de uma perspectiva criminológica, ou seja, que não considerará crime o que necessariamente está, ou melhor, estava positivado (já que a ideia é mostrar como isso ocorre há muito tempo),

³¹ MUÑOZ CONDE, Francisco. **Derecho penal y control social**. 2. ed. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1999, p. 43; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al Derecho penal**. Barcelona: Bosch, 1975, p. 59.

mas que observará o que se considera uma violação grave a bens jurídicos que se reputam importantes e essenciais ao desenvolvimento humano³².

Por vezes, as violações a bens jurídicos cometidas não são, à época, consideradas crimes. Com efeito, determinados comportamentos claramente violadores de direitos não eram considerados crimes quando perpetrados, seja porque uma determinada conjuntura histórica os considerava lícitos, seja porque não tipificados na amplitude própria dos danos causados pelas pessoas jurídicas, seja porque uma determinada conjuntura cultural os considerou toleráveis. Veja-se, por exemplo, a violência contra as mulheres, que não foi vista como crime por séculos³³. Assim também várias condutas mais comumente relacionadas a pessoas jurídicas. A escravidão, atroz violação dos direitos mais essenciais de um ser humano, não foi considerada crime por muito tempo³⁴. Da mesma forma, a poluição grave do meio ambiente, que não era tipificada há décadas.

³² Isto toca diretamente na teoria do bem jurídico e à questão relativa à existência de *mala in se* ou *mala in prohibita*. Silva Dias traz um apanhado histórico que evidencia que há tantos posicionamentos sobre isso quanto são os autores que trataram do tema, mostrando que, por vezes, se buscava compreender quais delitos já existiriam antes da norma e, por outras, fiava-se nesta para a definição dos delitos. O autor identifica, então, alguns pontos comuns na distinção. Primeiro, aponta que a diferença entre *delicta in se* e *delicta mere prohibita* tem um fim metodológico de “busca de um conceito material de crime e do [seu] fundamento de validade jurídico-penal”. Segundo, conclui que a noção de *delicta in se* exprime o que seriam “condutas genuinamente criminosas”, identificadas como “aquelas lesivas de valores ou bens (...) através dos quais a comunidade constrói sua identidade normativa”; já o *delicta mere prohibita* designaria um âmbito de infrações criadas pelo governo porque disfuncionais. Por terceiro, o autor identifica que apenas o *delicta in se* está realmente coberto pela validade jurídico-penal e que “incide sobre ele uma pressão para a facticidade, caso ainda não tenha conhecido a tipificação legal, e a pena se afigure como um meio de reacção socialmente útil ou necessário”. DIAS, Augusto Silva. “**Delicta in se**” e “**delicta mere prohibita**”: uma análise das discontinuidades do ilícito penal moderno à luz da reconstrução de uma distinção clássica. Coimbra: Coimbra, 2008, p. 51-211 e, especialmente, 210-211. Nesse sentido, Busato traz uma interessante síntese do problema do *delicta in se* ou *delicta mere prohibita*, ao concluir que a questão é, na verdade, uma aporia e que há certos bens jurídicos que são aqueles essenciais, cuja existência e valor social são indubitáveis e independem de norma que os “crie”. Na verdade, esses bens jurídicos essenciais, como são a vida e a liberdade, demandam a criação de normas que os garantam e os protejam. Já outros bens jurídicos, como o meio ambiente, são caracterizados dessa forma pelo ordenamento em razão de escolhas de política-criminal e, por isso, devem ser interpretados quanto à necessidade de atuação do Direito penal, segundo o filtro dos primeiros. BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Grupo GEN, 2020, p. 362-363.

³³ Pateman trata longamente da sujeição das mulheres pelos homens em O Contrato Sexual e relata como, por muito tempo, na Grã-Bretanha “era comum a crença de que um marido tinha o direito de castigar fisicamente sua mulher, desde que ele utilizasse uma vara que não fosse maior que o polegar de um homem”. PATEMAN, Carole. **O contrato sexual**. Trad. Marta Avancini. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993, p. 184.

³⁴ A questão da escravidão será analisada com mais vagar em tópico adiante.

E, então, vem a inquietação: mas se não eram crimes à época, como interpretar essas condutas? Servem como exemplos de condutas das pessoas jurídicas que deveriam chamar a atenção do Direito penal?

Não há dúvida de que a violência contra as mulheres, a escravização de outros seres humanos ou os danos massivos ao meio ambiente são violações graves de bens jurídicos que nos são caros e, portanto, devem reclamar a atenção do Direito penal.

Essa resposta está conectada com a abordagem utilizada neste capítulo: uma análise criminológica de exemplos históricos.

Salo de Carvalho explica que a criminologia fornece “elementos de sustentação e legitimação”³⁵. É exatamente este o objetivo neste primeiro momento: o de oferecer sustentação para a discussão dogmática que se seguirá nos demais capítulos e a legitimação para a escolha política-criminal feita de responsabilização penal das pessoas jurídicas, por meio da apresentação de evidências históricas.

A abordagem é criminológica porque parte da análise de situações da realidade. Ou seja, não se parte de um enfoque normativo³⁶ de crimes que tenham sido cometidos por pessoas jurídicas no seu sentido formal, mas de condutas que evidenciam seu comportamento tendente a causar o vilipêndio massivo de bens jurídicos importantes à vida humana.

Como explica García-Pablos de Molina³⁷, o Direito penal é um ponto de partida e também uma referência última, mas seu formalismo é incompatível com uma análise criminológica, de forma que, evidentemente, o conceito de delito do Direito penal, premido pelo princípio da legalidade, não coincide com o da criminologia, que pode se preocupar com fatos em tese irrelevantes ou que transcendem a competência do Direito penal. Para este autor, à Criminologia não interessa tanto a qualificação formal “correta” do delito, mas a imagem global do fato e de seu autor.

Percebe-se, então, que o olhar criminológico é o ideal para compreender como as condutas das pessoas jurídicas há tempo violam importantes bens jurídicos e clamam a atenção criminal. Não que isso signifique que devem ser punidas por

³⁵ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 39.

³⁶ Como explica García-Pablos de Molina, a criminologia não tem enfoque normativo, mas sim foco na realidade, no que é mensurável; pretende conhecer a realidade para explicá-la, sem estar presa a critérios normativos. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Criminología**: una introducción a sus fundamentos teóricos. 8. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, p. 23.

³⁷ *Ibid.*, p. 90.

condutas passadas fora dos limites da legalidade, mas, sim, que sua forma de atuação sempre implicou consequências graves e massivas e, por isso, sua criminalidade não pode ser vista como fenômeno recente ligado a tipos penais especificamente relacionados à atividade corporativa.

De forma ainda mais perspicaz, Figueiredo Dias e Costa Andrade³⁸ identificam que tem significado criminológico qualquer conduta suscetível a constituir um problema de política criminal, e é justamente neste ponto que reside a importância do estudo feito no capítulo, em que serão analisadas condutas claramente danosas decorrentes de atividades empresariais, mas não necessariamente tipificadas à época. Os autores ainda afirmam ser evidente que o aspecto social do crime que deve ser levado em conta pela criminologia é aquele lesivo de valores comunitários e “capaz, por isso, de despertar reações sociais emotivas. E isto independentemente de persistir em aberto a controversa doutrina sobre o modo como deve aferir-se a danosidade social”³⁹.

No caso, parte-se de uma perspectiva do que seria considerado danosidade. É aquela que melhor se acomoda à missão de controle do intolerável⁴⁰, tomando por referência ataques graves a bens jurídicos que são considerados essenciais à vida em sociedade⁴¹.

Tal abordagem é a ideal para o problema que se busca solucionar. Como a pretensão não é a aferição de quantos/quais crimes têm sido cometidos pelas pessoas jurídicas baseada em tipos penais existentes, mas é expor o quanto elas violam gravemente bens jurídicos importantes há muito tempo, não sendo esse comportamento uma novidade, é preciso recorrer a uma visão global dos fatos e de seus autores, desvinculada das amarras normativas que são salutares para pretensões diversas.

³⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia**: o homem delinquente e a sociedade criminógena. Coimbra: Coimbra, 2013, p. 87.

³⁹ Ibid., p. 87.

⁴⁰ O que define o âmbito de preocupação do Direito penal é o que se entende como sendo sua missão. Levando em conta a violência da intervenção do Direito penal e os princípios que devem reger e limitar sua atuação num Estado Democrático de Direito, “é possível afirmar que a missão do Direito penal é a realização do controle social do intolerável”. BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Grupo GEN, 2020, p. 13.

⁴¹ MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Derecho penal**: parte general. 10 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 65.

Além disso, Hassemer e Muñoz Conde⁴² alertam que se se limita a criminologia ao Direito penal posto de cada país e de cada momento histórico, acaba-se atribuindo a ela uma importância secundária, carente de autonomia e se perde um de seus papéis mais importantes: o de crítica. É necessário que a regulação jurídico-penal seja confrontada com a realidade, bem como é preciso analisar o que reclama a intervenção penal em cada momento, independente da norma penal, justamente para poder subsidiar decisões sobre esta regulamentação. Exatamente neste sentido também concluem Figueiredo Dias e Costa Andrade: o conceito de crime do ponto de vista da criminologia, que é plural e depende da abordagem, deve sempre estar “intrinsecamente animado de uma *intencionalidade crítica* em relação ao direito penal vigente”⁴³.

Assim, se a análise se limitasse ao momento atual e aos tipos penais que mais se adequam às condutas imaginadas para as pessoas jurídicas, como os já mencionados delitos econômicos, manter-se-ia a mesma impressão prévia equivocada de que, antes disso, pessoas jurídicas não violavam bens jurídicos de forma a chamar a atenção político-criminal.

Há, portanto, duas premissas de abordagem para análise das evidências históricas sobre a forma de atuação das pessoas jurídicas. Primeiro, a abordagem da criminologia, no sentido de que a observação dos comportamentos delituosos não precisa coincidir necessariamente com o Direito penal posto, pois esta observação, para ser crítica, deve estar relacionada aos danos causados por determinadas condutas e prescinde, assim, das amarras normativas necessárias à punição. E, segundo, de que o que deve ser considerado dentro dos limites de preocupação do Direito penal são os ataques mais graves aos bens jurídicos mais caros à existência humana, independente de se compreender que isto é considerado de forma inata e prévia um crime.

A fim de alcançar esse intento, serão apresentados exemplos, desde o passado, em que as pessoas jurídicas atuaram em violações graves de bens jurídicos que se consideram caros e essenciais, afastando, assim, a injustificada resistência, ou quiçá desconfiança, que se calca na ideia da novidade da delinquência.

⁴² HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción a la criminología y a la política criminal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, p. 15.

⁴³ DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena**. Coimbra: Coimbra, 2013, p. 90.

Este exercício de busca por evidências das violações de direitos pelas pessoas jurídicas desde o passado até sua potencialização nos dias atuais evidencia que a preocupação em considerar a pessoa jurídica delinquente não é um problema com o qual de repente se deparou.

Deve-se carregar, assim, as perguntas do presente – se as pessoas jurídicas são capazes de violações graves a bens jurídicos essenciais reclamando a atenção penal – e as levar ao passado, para voltar ao presente levando em conta aquilo que outros períodos da história ensinaram⁴⁴. Isso permite que não se interprete nem o passado nem o presente de forma asséptica, e é especialmente útil levando em conta o quadro descrito anteriormente, de que as condutas violadoras de bens jurídicos essenciais nem sempre foram consideradas crimes em determinados momentos, mas, em algum ponto, houve uma dobra, uma inflexão que mudou isso. Um estudo que não carregue consigo as noções de quais foram as consequências que decorreram das ações tomadas no passado de nada serviria neste caso, pois a observação acrítica de como atuavam as pessoas jurídicas num passado que não considerava crimes as graves violações de direitos seria inútil e falsamente confortável. E é este o ponto nodal da questão: se também no presente não se levar em conta aquilo que já se conhece como resultado de ações pretéritas, pode-se pensar que se está lidando com um problema novo e, ingenuamente, que se pode esperar mais para avaliar a necessidade de atuação do Direito penal.

É nesse sentido, que Harari afirma que “hoje, algumas pessoas alertam que as corporações do século XXI estão acumulando muito poder. A história do início da era moderna nos mostra a que ponto isso pode chegar se permitirmos que os negócios persigam seus próprios interesses sem controle algum”⁴⁵.

Os exemplos a seguir demonstram, indubitavelmente, a capacidade de violações graves de bens jurídicos essenciais em atividades empresariais, que ilustram que a necessidade de se voltar os olhos a tais problemas não é uma inovação

⁴⁴ Para fazer este apanhado histórico, sem descurar do que hoje se considera violação de bens jurídicos graves, é deveras útil a metodologia da historiadora Loraux. Ao refletir sobre o anacronismo e sobre o medo do historiador de interpretar erroneamente os quadros temporais de onde fala e do que estuda, a autora sugere que se deve ir ao passado com as perguntas do presente e voltar ao presente, tendo em conta aquilo que se conhece do passado. LORAUX, Nicole. Éloge de l’anachronisme en histoire. **Espaces Temps**, n. 87-88, p. 127-139, 2005, p. 131.

⁴⁵ HARARI, Yuval Noah. **Sapiens**: uma breve história da humanidade. 38. ed. Porto Alegre: L&PM, 2018, p. 332.

caprichosa, mas uma necessidade que, se ignorada, fará repetir a perversidade de graves violações de direitos.

Outrossim, se o que se pretende demonstrar é que as pessoas jurídicas são grandes violadoras de bens jurídicos caros às pessoas, então, os exemplos mais emblemáticos são aqueles que melhor demonstrarão essa proposição. Dessa forma, a proposta não é traçar uma linha de todas as violações cometidas pelas pessoas jurídicas daqueles tempos até hoje, mas efetivamente identificar exemplos dentro de um segmento temporal que sirvam para ilustrar que é um equívoco pensar apenas em criminalidade corporativa recente.

1.2 O PODER DE DELINQUIR DAS CORPORAÇÕES MODERNAS E CONTEMPORÂNEAS: EXEMPLOS HISTÓRICOS

... as empresas não morrem como os homens. São corpos místicos que não perecem jamais. (...) Uma empresa é uma pessoa cujo sangue todo sobe à cabeça. São as chamadas pessoas jurídicas. A vida delas dura muito mais que a nossa.

Eric Vuillard⁴⁶

Hansmann, Kraakman e Squire⁴⁷ marcam quatro períodos distintos na história das sociedades: Roma antiga, Itália renascentista, Inglaterra moderna e Estados Unidos. Identificam que havia institutos de proteção patrimonial entre as sociedades e seus sócios desde Roma, porém a quantidade de capital a ser investido e as necessidades da época da colonização demandaram um modelo diferente de sociedade com possibilidades de negócios desvinculadas da vontade dos sócios. Os autores afirmam que, enquanto Portugal e Espanha organizavam o comércio intercontinental pelo próprio Estado, os holandeses e ingleses combinaram investimento privado e privilégios de comércio em determinadas partes do mundo. Porém, a partir de 1623, houve uma inovação: não mais se dividiam os resultados ao fim de cada viagem, ou seja, com a liquidação total da companhia a cada vez. A partir

⁴⁶ VUILLARD, Éric. **A ordem do dia**. Trad. Sandra M. Stroparo. São Paulo: Planeta, 2019, p. 14.

⁴⁷ HANSMANN, Henry; KRAAKMAN, Reinier; SQUIRE, Richard. Law and the rise of the firm. **Harvard law review**, v. 119, n. 5, mar. 2006, p. 1376-1378. Sobre a evolução do comércio nesse período histórico, CAMERON, Rondo; NEAL, Larry. **A concise economic history of the world: from paleolithic times to the present**. 4. ed. New York: Oxford University Press, 2003, p. 153-154.

daí, a ineficiência da frequente liquidação foi substituída pela garantia de existência contínua e permanente da Companhia das Índias Orientais Holandesas, tirando dos portadores de ação a possibilidade de retirada a qualquer momento, mas lhes garantindo a possibilidade de venda da ação sem consentimento dos demais, o que conciliou a necessidade de manutenção de capital à companhia ao mesmo tempo que garantiu liquidez aos acionistas.

Assim, o que distingue as corporações modernas de todos aqueles entes coletivos que já existiam historicamente é o padrão de limitação da responsabilidade patrimonial⁴⁸, quando, inclusive, segundo González Cussac⁴⁹, começou a se cristalizar o capitalismo moderno. Nesse momento, havia uma necessidade cada vez maior de investimentos e a concomitante preocupação de blindagem patrimonial⁵⁰, o que levou à criação de modelos de sociedades em que se denotava a separação entre a pessoa jurídica e as físicas e, especialmente, a distinção de vontade de umas e outras.

Essas pessoas jurídicas tomaram tamanha proporção que, por vezes, seu poderio era comparável aos dos próprios Estados⁵¹.

A Companhia das Índias Orientais é um interessantíssimo exemplo de poder econômico e de atuação transnacional. Esta foi a maior empresa constituída com capital aberto, até então, no mundo⁵². Decorrente da fusão de seis empresas

⁴⁸ PARGENDLER, Mariana. Cinco mitos sobre a história das sociedades anônimas no Brasil. *In*: KUYVEN, Luiz Fernando Martins (Org.). **Temas essenciais de Direito empresarial**: estudos em homenagem a Modesto Carvalhosa. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 865-883.

⁴⁹ GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. **Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, p. 80.

⁵⁰ Sobre a blindagem patrimonial tanto das pessoas físicas com relação às jurídicas, como das jurídicas com relação às físicas e, ainda, sobre como a crescente necessidade de investimentos na época da colonização incentivou a criação de modelos para isso, HANSMANN, Henry; KRAAKMAN, Reinier; SQUIRE, Richard. Law and the rise of the firm. **Harvard law review**, v. 119, n. 5, p. 1333-1403, mar. 2006.

⁵¹ Empresas participaram da criação e expansão de impérios assumindo posições e posturas típicas de Estados Nacionais. Com efeito, segundo relata Winston Churchill a Companhia da Índia Oriental possuía exército próprio e foi a responsável por implantar o domínio britânico na Índia. CHURCHILL, Winston S. **Uma história dos povos de língua inglesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira: Univercidade, 2009, fl. 339/341. Situação semelhante ocorreu no sul da África, onde regiões foram incorporadas ao império britânico graças à atuação da Companhia Britânica da África do Sul e da De Beers, que visavam a exploração de ouro e diamante, como relata Ferguson. FERGUSON, Niall. **Império**. São Paulo: Editora Planeta do Brasil, 2010, p. 244. Ainda sobre a importância política, relevância econômica, poder militar e conquistas ultramarinas da Companhia das Índias Orientais (VOC) e Companhia das Índias Ocidentais (WIC), v. MELLO, Evaldo Cabral de. **O negócio do Brasil**: Portugal, os Países Baixos e o Nordeste 1641-1669. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 20-50.

⁵² FERGUSON, Niall. **A ascensão do dinheiro**: a história financeira do mundo. 2. ed. São Paulo: Planeta, 2017, p. 123.

anteriores e visando vencer os interesses portugueses e espanhóis na Ásia, os Estados Gerais Holandeses e as Províncias Unidas propuseram a criação desse enorme empreendimento comercial chamado Companhia das Índias Orientais – a Vereenigde Nederlandsche Geocroyeerde Oostindische Compagnie – que tinha o “monopólio de todo o comércio a leste do cabo da Boa Esperança e a oeste do estreito de Magalhães”⁵³.

Como mencionado anteriormente, por vezes, os estudos sobre a modernidade reflexiva dão a impressão de que esta ultraterritorialidade seria algo novo. O que é diferente, sem dúvida, é a fluidez e até o desconhecimento de que alguns riscos atingem diversos locais ao mesmo tempo. No entanto, a primeira sociedade por ações, neste modelo que se conhece hoje, já tinha um alcance global, com atividades que atingiam diversos países. “Atingiam”, aliás, no seu sentido mais violento, pois adotava práticas agressivas em diversas frentes, no trato com outros comerciantes, com outros estados, com seus empregados, praticando diversas atividades que são reconhecidamente violadoras de direitos.

Como relata Ferguson, o poder da companhia era tão significativo que conseguiu expandir “sistematicamente o poder holandês (...), expulsando os britânicos das ilhas Banda, os espanhóis de Ternate e Tidore, e os portugueses de Malaca”. O autor complementa: “o poder de fogo e o comércio navegavam lado a lado”⁵⁴. Nesse mesmo sentido, Harari afirma que a companhia tinha navios armados com canhões, recrutou mercenários dos mais variados países, construiu fortes e lutou batalhas. Destaca que, no início da era moderna, empresas poderiam ter soldados, exércitos e até mesmo colônias, como foi a Indonésia da Companhia das Índias Orientais holandesas⁵⁵. Também Caldeira relata que uma esquadra da Companhia das Índias Ocidentais holandesas “investiu contra a cidade de Salvador, que foi tomada e devidamente saqueada – os armazéns repletos e as alfaias de prata das igrejas

⁵³ FERGUSON, Niall. **A ascensão do dinheiro**: a história financeira do mundo. 2. ed. São Paulo: Planeta, 2017, p. 123.

⁵⁴ Ibid., p. 129.

⁵⁵ HARARI, Yuval Noah. **Sapiens**: uma breve história da humanidade. 38 ed. Porto Alegre: L&PM, 2018, p. 332.

acabaram pagando com lucros (...) o plano”⁵⁶. Percebe-se que crimes tão prosaicos como o roubo já eram praticados no âmbito da atividade empresarial desde essa época.

E, como qualquer grande companhia atual, a Companhia das Índias Orientais holandesas, e todas as outras companhias posteriormente criadas nesse mesmo modelo, como as das Índias Ocidentais e as equivalentes inglesas, tinham problemas estruturais de corrupção interna. Segundo Ferguson, havia uma tendência entre os supostos homens de confiança que atuavam em nome da empresa “nessas cabeças de ponte (...) de fazer negócios em benefício próprio, de estragar negociações ou simplesmente de fraudar a companhia”.⁵⁷ Aparecem, aqui, problemas de crimes praticados pelas pessoas físicas envolvidas na atividade empresarial. Nesses casos, são aqueles crimes que não são *da* pessoa jurídica, mas que são praticados *na* pessoa jurídica ou até mesmo, utilizando-se de sua estrutura, *contra* ela mesma, evidenciando uma quantidade enorme de combinações de condutas possíveis.

Na Companhia da Índia Oriental britânica, segundo Churchill, “os mal remunerados empregados (...) eram forçados e encorajados a aceitar da população subornos, presentes, e todo tipo de vantagens. Histórias de corrupção e do ganho de enormes e ilícitas fortunas privadas chegavam de volta a Inglaterra”.⁵⁸ Este é outro ilustrativo exemplo de como as relações corruptas entre corporações e Estados não são novidade e de como a atividade empresarial pode condicionar o comportamento das pessoas físicas na sua estrutura propiciando o crime.

Harari conta que tanto a Companhia das Índias Orientais, como comerciantes britânicos no século XIX, fizeram fortuna exportando drogas, principalmente ópio, para a China⁵⁹.

⁵⁶ CALDEIRA, Jorge. **História da riqueza no Brasil**. Rio de Janeiro: Estação Brasil, 2017, p. 88. No mesmo sentido, Navarrete afirma que “a atitude da companhia era guerreirista e depredadora, os navios atacavam nos mares as embarcações inimigas ou aproveitavam conjunturas entre nações adversárias. Foi o período de grande expansão dos estados holandeses no mundo Atlântico e no oriente”. NAVARRETE PELEZ, Mara Cristina. Los años inciertos del comercio esclavista a los reinos de Indias: 1640-1680. **Historia y espacio**, n. 45, p. 11-37, ago. dez. 2015, p. 17.

⁵⁷ FERGUSON, Niall. **A ascensão do dinheiro**: a história financeira do mundo. 2. ed. São Paulo: Planeta, 2017, p. 129-130.

⁵⁸ CHURCHILL, Winston S. **Uma história dos povos de língua inglesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira: Universidade, 2009, fl. 339/341.

⁵⁹ HARARI, Yuval Noah. **Sapiens**: uma breve história da humanidade. 38. ed. Porto Alegre: L&PM, 2018, p. 341.

Nota-se, assim, que desde os crimes mais ordinários como o roubo, passando por uma concorrência nada leal levada a cabo com uso de armas e exércitos próprios, e chegando até os problemas de corrupção interna e tráfico de drogas (que têm esse tom tão contemporâneo) já estavam presentes desde o nascimento dessas corporações.

Os empresários, as empresas das mais variadas espécies jurídicas e os seus conglomerados já tinham uma capacidade de atuação nociva muito relevante. Essas empresas atuavam por mais de um continente, conquistavam territórios, roubavam inimigos, transportavam pessoas como cargas e matavam pessoas deliberadamente. E, além disso, tinham problemas internos decorrentes da superestrutura mantida para executar essas inúmeras e variadas atividades.

1.2.1 O caso Zong no contexto do tráfico de escravizados: liberdade, dignidade e vidas jogadas ao mar por um grupo de empresários de Liverpool

(...) they either consider them as their own property, that they may do with as they please, in life or death; or that the taking away of the life of a black man is no more account than taking away the life of a beast.

Ottobah Cugoano, former slave⁶⁰

Não há exemplo mais emblemático para demonstrar como as atividades empresariais são capazes de violar bens jurídicos importantíssimos e de forma massiva que a escravidão, especialmente aquela dos negros nas colônias europeias na América.

A cadeia comercial escravagista tinha um nível de sofisticação e capilarização que gerou uma rede de comércio que envolvia desde aqueles que capturavam os escravizados, passando pelos diversos trechos de sua movimentação, até que chegassem ao destino⁶¹.

⁶⁰ CUGOANO, Ottobah. **Thoughts and sentiments on the evil and wicked traffic of the slavery and commerce of the human species**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, p. 111.

⁶¹ NEWSON, Linda A.; MINCHIN, Susie. **From capture to sale: the Portuguese slave trade to Spanish South America in the early seventeenth century**. Leiden: Koninklijke Brill NV, 2007, p. 32-71. Especialmente sobre as longas distâncias percorridas desde o interior da África e as péssimas condições da captura até a venda na costa, antes da viagem pelo Atlântico, KRIKLER, Jeremy. A chain of murder in the slave trade: a wider context of the Zong massacre. **International review of social history**, v. 57, n. 3, p. 393-415, set. 2012, p. 404-405.

Além disso, o comércio intenso de escravizados acabava movimentando outros tipos de negócios vinculados; a extração de madeira para produção dos navios⁶², as próprias companhias que faziam o transporte, e as seguradoras que faziam seguro da “mercadoria” (os escravizados transportados)⁶³. Pessoas jurídicas com os mais variados objetos e funções foram beneficiadas com o tráfico dos escravizados.

Gomes relata que,

Até o início do século XIX, o tráfico negreiro era o maior e o mais internacional de todos os negócios do mundo. A rede de interesses envolvia milhares de pessoas, incluindo agentes comerciais e controles contábeis das transações, uma estrutura de fornecimento de água e comida, e até instituições religiosas para batizar e catequizar os cativos. Abrangia ainda seguradoras, estaleiros e armadores, bancos de crédito, empresas de transporte que forneciam navios, tripulações e apoio logístico às viagens, além de uma complicada estrutura burocrática para supervisionar as transações e cobrar impostos e tarifas.⁶⁴

Entretanto, enquanto esse comércio efervescente se desenvolvia, havia algo muito mais candente e sensível acontecendo nos porões dos navios que cruzavam o Atlântico: eram pessoas despidas de todos os seus bens jurídicos mais essenciais que estavam ali. É sob essa perspectiva que se evidencia a atividade empresarial criminosa, em que pessoas jurídicas tratavam pessoas como mercadoria. Para lucrar com seu transporte, submetiam-nas a violações que tornavam ainda mais grave a escravidão. A cadeia de violações era tão grande, que inclui até mesmo um bem jurídico que normalmente se considera longe da criminalidade das pessoas jurídicas: a dignidade sexual. É claro que estupros eram perpetrados pelas pessoas físicas, mas quem facilitava que isso acontecesse ao comprar mulheres negras como escravas sexuais para o pessoal do navio⁶⁵ eram as pessoas jurídicas que compravam os demais escravizados.

⁶² Walvin conta que os navios ingleses passaram a ser fornecidos por construtores de navios da América do Norte, cuja madeira era mais barata. WALVIN, James. **The Zong**: a massacre, the law and the end of slavery. New Haven: Yale University Press, 2011, p. 32.

⁶³ Ibid.; WEBSTER, Jane. The Zong in the context of the eighteenth-century slave trade. **Journal of legal history**, v. 28, n. 3, p. 285-298, dez. 2007; KRIKLER, Jeremy. A chain of murder in the slave trade: a wider context of the Zong massacre. **International review of social history**, v. 57, n. 3, p. 393-415, set. 2012.

⁶⁴ GOMES, Laurentino. **Escravidão**: do primeiro leilão de cativos em Portugal até a morte de Zumbi dos Palmares, volume 1. Rio de Janeiro: Globo Livros, 2019, p. 224.

⁶⁵ WALVIN, James. Op. cit., p. 38.

Para materializar essa perspectiva de violações graves de bens jurídicos por uma atividade empresarial, apresenta-se um caso específico, o do navio Zong, considerado pelos estudiosos do tema um dos casos mais centrais do comércio de escravizados⁶⁶.

A história do Zong representa de forma ilustrativa como a atividade empresarial, com as decisões da pessoa jurídica e as diversas condutas individuais das pessoas naturais envolvidas, pode ter um potencial destruidor de bens jurídicos ímpar. Isso porque além das dezenas de mortes “naturais” que aconteciam nos navios normalmente, neste caso, foram jogadas mais algumas dezenas de escravos ao mar de forma deliberada pela tripulação do navio. E, não bastasse, os proprietários do navio e dos escravos ainda buscaram indenização do seguro, na justiça, pela “perda” da “carga”⁶⁷.

⁶⁶ O navio Zong foi comprado por um conglomerado de comerciantes ingleses depois de ter sido interceptado quando já havia mais de duzentos escravos embarcados. Pela sua tonelagem, já neste momento da interceptação, havia mais escravos embarcados que o recomendado pelos frouxos critérios da época. Após a interceptação inglesa, ele foi direcionado para Gana, onde foi comprado pelo grupo de comerciantes ingleses, que optaram por comprar ainda mais escravos na costa africana antes de partir para a América. Quando o navio partiu meses depois, havia mais de quatrocentos escravos embarcados em seus porões, sendo que os primeiros estiveram o tempo todo aguardando dentro do navio. Foi designado como capitão um médico, que nunca havia atuado nessa função. No último porto de escala, o responsável pelo abastecimento e pelas checagens de provisão de água não acompanhou o trabalho. A viagem pelo Atlântico até a Jamaica demorou mais tempo que o previsto e, perto da chegada no Caribe, percebeu-se que havia um vazamento de água, que havia reduzido a provisão. Com a baixa provisão de água e o atraso para chegar ao destino, a tripulação (não se sabe de quem partiu a ordem) jogou mais de cem escravizados no mar. Já haviam morrido outras dezenas de escravizados de causas “naturais”, comuns na viagem. Neste ponto, há várias teorias que sugerem que, na verdade, não houve erro algum e que o problema de provisionamento de água logo foi solucionado por uma chuva e que todo o atraso estava mais relacionado à busca de indenização do seguro do que a problemas reais. Depois de todos os problemas da viagem, apenas metade dos escravizados embarcados estavam vivos quando chegaram ao destino em Black River, na Jamaica. Em virtude da perda de “carga” (os escravizados jogados ao mar), o grupo de empresários ingleses pediu indenização ao seguro, que se recusou a pagar, gerando um processo judicial, que trouxe à tona toda a discussão sobre os fatos ocorridos e, inclusive, deflagrou o movimento antiescravista na Inglaterra. WALVIN, James. Op. cit..

⁶⁷ Dentre os inúmeros historiadores que tratam do tema, Walvin traz detalhes tanto dos acontecimentos no navio como do julgamento que se seguiu. Também aborda como este caso acabou sendo uma importante ignição para o movimento antiescravista inglês. Ibid., 2011.

O navio em questão foi comprado por um conglomerado de comerciantes de Liverpool⁶⁸ chamado The William Gregson Syndicate⁶⁹.

O *syndicate* foi responsável por várias decisões que tornaram essa viagem especialmente trágica: primeiro, superlotou o navio⁷⁰; segundo, designou uma equipe inapta para a tarefa de conduzi-lo⁷¹; terceiro, e mais importante, levou ao grau mais elevado a ideia de que os escravizados eram mercadoria, quando considerou normal e legítima a prática de jogá-los ao mar para conseguir a indenização do seguro por perda de carga⁷².

Nota-se que, neste caso, além das decisões macro do *syndicate*, há, ainda, várias condutas que a elas se somam dos tripulantes do navio. O estudo do caso mostra que a falta de cuidado do tripulante responsável em checar os suprimentos de água do navio acabou gerando vários problemas no decorrer da viagem⁷³. Além disso, a tripulação jogou os escravos ao mar, sem que seja possível identificar de onde exatamente partiu a decisão (se do *syndicate*, se dos tripulantes ou se do capitão)⁷⁴.

Toda essa combinação de atitudes dentro de uma atividade eminentemente empresarial serviu para a violação gravíssima de bens jurídicos. O que para o Gregson Syndicate era uma operação comercial de compra, transporte e venda de

⁶⁸ WALVIN, James. Op. cit., p. 69.

⁶⁹ WEBSTER, Jane. Op. cit., p. 287. *Syndicate* designa uma reunião de empresários para a prática de determinados negócios. Siegel o define como “*cooperation between corporations with a general aim to accomplish a specific business objective, where the profits are divided among the participants*”, lembrando que em alguns contextos a palavra tem conotação negativa, em razão de ter sido atribuída a grupos como a máfia. SIEGEL, Dina. From Marco Polo to the syndicate: the history of a multilevel organization. In: SIEGEL, Dina. The mazzel ritual: culture, customs and crime in the diamond trade. New York: Springer, 2009, p. 33. No mesmo sentido é a definição de WILSON, Robert. The theory of the syndicates. *Econometrica*, v. 36, n. 1, p. 119-132, jan. 1968, p. 119 e de PICHLER, Pegaret; WILHELM, William. A Theory of the syndicate: form follows function. *The journal of finance*, v. LVI, n. 6, p. 2237-3364, dez. 2001, p. 2238. Por fim, é interessante a definição trazida num texto escrito em 1881 pelo jornalista Nordhoff, que tinha pretensão informativa e não científica, onde ele afirma que *syndicate* não é nada mais que uma maneira pomposa de se dizer *company*. NORDHOFF, Charles. **The Syndicate! What is it?** Ottawa: Woodburn, 1881. Neste trabalho, optou-se por não traduzir a palavra, usando o original em inglês *syndicate* para as associações de empresários envolvidas (notadamente a de William Gregson e a seguradora), uma vez que a tradução livre para “associação” não indicaria claramente o relacionamento entre os comerciantes e a tradução literal e imediata para “sindicato”, consagrada para o sentido negativo da palavra (ao se referir a “sindicato do crime”, por exemplo), poderia causar confusão com as associações de trabalhadores atuais, que se chamam sindicatos (e que, na verdade, correspondem ao termo em inglês *union*).

⁷⁰ WALVIN, James. Op. cit., p. 69/71; WEBSTER, Jane. Op. cit., p. 289; KRIKLER, Jeremy. Op. cit..

⁷¹ KRIKLER, Jeremy. Op. cit., p. 402-411; WALVIN, James. Op. cit., p. 70.

⁷² WEBSTER, Jane. Op. cit., p. 293; WALVIN, James. Op. cit., p. 111/151.

⁷³ WALVIN, James. Op. cit., p. 72-73.

⁷⁴ Ibid., p. 98.

“mercadorias” seguradas, era, na verdade, uma destruição brutal de liberdade, dignidade e da vida de pessoas.

Há outro ponto interessante que também permeia a discussão da criminalidade nas atividades empresariais que sobressaem no caso da escravidão e, notadamente, no exemplo escolhido, do navio Zong. O tráfico de escravizados era internacional e o nível de capilarização das atividades era enorme. O negócio se estendia do interior da África, movimentando riquezas na Europa e levando uma enorme população de escravizados às Américas.

Como já foi dito antes, é evidente que existe hoje uma tendência a se pensar em como certos tipos de condutas das pessoas jurídicas se espraiam de forma única, especialmente quando se pensam em crimes ambientais⁷⁵ ou financeiros, em razão da ausência de barreiras clássicas entre os países aonde chegam suas consequências. A preocupação que se crê “moderna” é, na verdade, uma preocupação da “Idade Moderna”. Já nessa época, consegue-se visualizar uma quantidade massiva de pessoas prejudicadas de forma absurda por atos advindos de pessoas jurídicas que tinham como negócio esse comércio de gente e que tinham braços por todo o mundo, espalhando mortes por vários continentes e pelo oceano⁷⁶.

O caso Zong, como os historiadores apontam, não é, na verdade, um caso isolado com uma quantidade de mortes muito maior que a decorrente de outras viagens desastrosas da época⁷⁷. O que ele conseguiu foi expor a tragédia de uma

⁷⁵ Mesmo crimes dessa espécie já eram cometidos nessa época, tanto pelos Estados como pelas pessoas jurídicas particulares que atuavam na colonização e que foram responsáveis pela destruição do meio ambiente nativo. ELLIOTT, John H. **Imperios del mundo atlántico: España y Gran Bretaña en América (1492-1830)**. Trad. Marta Balcells. Madrid: Santillana, 2006, p. 150. A descrição dos crimes, da exploração e da exploração predatória dos recursos naturais e humanos realizados pelas empresas também reverbera na literatura. Sobre as barbaridades cometidas pelos belgas na “busca do progresso” pela então recém-criada Société Anonyme Belge pour le Commerce du Haut-Congo, v. CONRAD, Joseph. **Coração das trevas**. Trad. Sergio Flaksman, São Paulo: Companhia das Letras, 2008, p. 158. Ainda sobre mutilações, flagelos e atrocidades cometidas pelos belgas no Congo, v. VARGAS LLOSA, Mario. **O sonho celta**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2011. Na mesma obra, Llosa relata a atuação criminoso da Peruvian Amazon Company na exploração de borracha na Amazônia peruana.

⁷⁶ Ilustrativo exemplo de como este comércio envolvia estados e particulares dos mais diversos países é trazido por Navarrete, ao falar sobre o comércio de escravos espanhol para as colônias: ela explica que a coroa espanhola, preocupada com o comércio ilegal de escravos, restabeleceu, em 1662, os *asientos* e firmou contrato com os genoveses que, contudo, não conseguiram cumprir o contrato no que se referia à quantidade de escravos. Tiveram, então, que recorrer à Companhia Real Inglesa e à Companhia Holandesa das Índias Ocidentais. Terminaram sujeitos a esta última. E, na verdade, quem administrava o *asiento* era o banqueiro Baltasar Coymans que tinha uma sucursal em Sevilha. NAVARRETE PELEZ, Mara Cristina. Los años inciertos del comercio esclavista a los reinos de Indias: 1640-1680. **Historia y espacio**, n. 45, p. 11-37, ago. dez. 2015, p. 28.

⁷⁷ WALVIN, James. Op. cit.; WEBSTER, Jane. Op. cit.

forma inédita. Enquanto até mesmo os seguros já contabilizavam o possível descarte de escravizados durante a viagem⁷⁸, o fato de que, neste caso, a morte deles foi deliberada e existia a suspeita de que havia sido causada justamente para receber a indenização do seguro posteriormente, levou à negativa do pagamento pela seguradora e, conseqüentemente, à necessidade do *syndicate* de Gregson a levar o caso para o judiciário. Foi por isso que o caso ganhou os holofotes e trouxe à luz as crueldades das viagens pelo Atlântico.

O caso do navio Zong ilustra, portanto, pelo menos, três pontos importantes para este trabalho: primeiro, que as decisões tomadas no âmbito de pessoas jurídicas são capazes de violar bens jurídicos de forma grave; segundo, que essas violações podem não ser consideradas crimes na época em que cometidas, mas isso não significa que elas não causem uma comoção sensível que pode disparar mudanças político-criminais; terceiro, que a atividade empresarial é complexa, com decisões que partem da pessoa jurídica, com outras que partem das pessoas físicas na cadeia de comando e que podem ser executadas ou a que podem aderir ainda outras pessoas físicas, não sendo possível atribuir apenas a uma a responsabilidade por determinadas conseqüências.

Os exemplos, porém, continuam e, não é preciso ir muito longe nem muito adiante. Ali mesmo, na Grã-Bretanha, onde a onda antiescravista encontrou guarida em 1807, havia uma outra movimentação em curso – a revolução industrial – e outras pessoas jurídicas elegeram outro grupo de pessoas como alvo de um deplorável tratamento.

1.2.2 Crianças empregadas na Revolução Industrial: a infância destruída nos teares e nas minas

They come to it at seven and eight, and younger. (...) I saw a boy crushed by a coupling, that runs close to the floor. The boy got his foot caught under it, and it carried him in up to his thigh. It was an hour and a half before we got him out. He went to the infirmary, and died in five days.

⁷⁸ WALVIN, James. Op. cit., p. 113.

*John Sunderland, foreman in Camproad Mill*⁷⁹

A revolução industrial representa a grandiosidade das transformações; do modo de produzir, da forma de acumular capital e da maneira de trabalhar. Com as inovações tecnológicas da época, passou-se a produzir mais, o dinheiro passou a circular e a se acumular de uma forma que não acontecia antes⁸⁰ e os trabalhadores, que pela primeira vez foram identificados como uma classe⁸¹, passaram a trabalhar num regime nunca antes visto para dar conta de toda a demanda.

Broadberry⁸² destaca que, no início, o crescimento dos recursos na indústria se deu mais pelo trabalho do que pelo capital investido. O autor explica que isso aconteceu em razão do rápido crescimento da população à época, bem como do efetivo aumento do tempo de labor; e pontua que os resultados advindos do incremento dos recursos também se referem muito mais à quantidade deles do que ao seu uso de maneira eficiente⁸³.

Essa análise econômica evidencia dois pontos: primeiro, que, apesar das grandes inovações tecnológicas da época, o que impulsionou o início da revolução industrial foi a força de trabalho humana; segundo, que essa força de trabalho era usada sem racionalidade. As pessoas jurídicas, notadamente nas fábricas têxteis e nas minas, aproveitavam o excesso de pessoas disponíveis, independentemente de sua capacidade técnica ou de eventual treinamento para tanto como se fossem recursos descartáveis. Esse ponto, inclusive, pode encontrar um paralelo com a política de excesso e descarte da escravidão. Lá, como a quantidade de pessoas “disponíveis” era tão grande, nenhuma companhia ou empresário se esforçou em oferecer condições melhores de viagem. A racionalidade era de desperdício do que

⁷⁹ DRINKWATER, John Elliot. Evidence taken by Mr. Drinkwater. *In: FACTORIES INQUIRY COMMISSION. First report of the central board of his Majesty's Commissioners appointed to collect information in the manufacturing districts, as to employment of children in factories, and as to the propriety and means of curtailing the hours of their labour: with minutes of evidence, and reports by the district commissioners, 28 june 1833.* New York: Augustus M. Kelley Publishers, 1968, p. 95.

⁸⁰ FELIU, Gaspar; SUDRIÁ, Carles. *Introducción a la historia económica mundial.* Valencia: Universidad de Valencia, 2013, p. 113/115.

⁸¹ Fukuyama relata que a revolução industrial “alterou drasticamente a natureza das sociedades, mobilizando novas classes de pessoas – a burguesia, ou a classe média, e a nova classe trabalhadora industrial”. FUKUYAMA, Francis. *Ordem e decadência política: da revolução industrial à globalização da democracia.* Rio de Janeiro: Rocco, 2018, p. 40.

⁸² BROADBERRY, Stephen. Britain, the industrial Revolution, and modern economic growth. *In: BROADBERRY, Stephen; FUKAO, Kyoji (ed.). The Cambridge economic history of the modern world, v. I, 1700-1870.* Cambridge: Cambridge University Press, 2021, p. 28.

⁸³ BROADBERRY, Stephen. *Op. cit.*, p. 29.

para eles eram mercadorias, mas que eram, na verdade, vidas. Aqui, como a quantidade de trabalhadores ávidos por um posto de trabalho era também grande, as fábricas não se preocupavam em treiná-los, em oferecer garantias mínimas ou condições respeitadas de trabalho, pois, ainda que adoecessem, se acidentassem ou mesmo morressem, havia muitos outros trabalhadores disponíveis⁸⁴. Da mesma forma, a política era de descarte e desperdício de mão de obra, uma vez que a substituição era fácil e rápida. Novamente, a atividade empresarial se mostrou completamente infensa a considerações éticas com relação às vidas envolvidas em seus negócios.

Nesse cenário, a violação dos direitos dos trabalhadores começava pela exigência de horas extraordinárias muito além do que se considera como um excedente hoje⁸⁵. Estavam, ademais, sujeitos a uma disciplina rígida e a condições de labor insalubres em muitos locais de trabalho⁸⁶. E, o mais grave: essas péssimas condições não se aplicavam somente aos adultos, mas também às crianças⁸⁷, que eram admitidas desde seus cinco anos de idade⁸⁸, o que mostra, de forma mais clara, a violação de direitos que se consideram essenciais. A utilização das crianças no trabalho estava diretamente conectada com as péssimas condições: as pessoas adoeciam no trabalho e os mais velhos iam ficando inservíveis ao labor⁸⁹.

⁸⁴ O modo de exploração do trabalho era tão predatório que é comparável à forma de exploração do trabalho forçado das (ainda mais) antigas prisões holandesas, as Rasphuis. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito penal**: parte geral. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 282. No tópico a seguir, essa analogia serve também para os trabalhadores forçados das fábricas e indústrias nazistas.

⁸⁵ Por exemplo, deixou-se de observar o costume de não trabalhar nas segundas-feiras, que eram considerados dias santos. O autor também afirma que há estudos que indicam que um trabalhador laborava, em média, 2.576 horas por ano em 1760, o que aumentou para 3.328 em 1800 e, ainda, 3.356 em 1830. Para se colocarem esses dados em perspectiva, Mokyr relata que, em 1998, nas economias ocidentais industrializadas, a média de horas trabalhadas era de 1.500 por trabalhador. BROADBERRY, Stephen. Op. cit., p. 30; ENGELS, Friedrich. **A situação da classe trabalhadora na Inglaterra**. Trad. B. A. Schumann. São Paulo: Boitempo, 2010, p. 70-71; MOKYR, Joel; VICKERS, Chris; ZIEBARTH, Nicolas L. The History of Technological Anxiety and the Future of Economic Growth: Is This Time Different?" **The Journal of Economic Perspectives**, vol. 29, n.3, 2015, p. 43.

⁸⁶ Sobre as condições dos trabalhadores na revolução industrial, confira: LANDES, David S. **A riqueza e a pobreza das nações**: por que algumas são tão ricas e outras tão pobres. Rio de Janeiro: Campus, 1998, p. 428-429; MOKYR, Joel; VICKERS, Chris; ZIEBARTH, Nicolas L. Op. cit., p. 31-50. Na literatura exemplo clássico e emblemático: ZOLA, Émile. **Germinal**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

⁸⁷ TOOKE, Thomas; CHADWICK, Edwin; SMITH, Thomas Southwood. Report. *In*: FACTORIES INQUIRY COMMISSION. **First report of the central board of his Majesty's Commissioners appointed to collect information in the manufacturing districts, as to employment of children in factories, and as to the propriety and means of curtailing the hours of their labour**: with minutes of evidence, and reports by the district commissioners, 28 June 1833. New York: Augustus M. Kelley Publishers, 1968, p. 31.

⁸⁸ TOOKE, Thomas; CHADWICK, Edwin; SMITH, Thomas Southwood. Op. cit., p. 15.

⁸⁹ ENGELS, Friedrich. Op. cit., p. 196; Hobsbawm, Eric. **La era de la revolución**: 1789-1848. 6. ed., Buenos Aires: Crítica, 2009, p. 212.

Há duas situações que mostram como a atividade empresarial era responsável pela violação desses direitos.

A primeira delas está relacionada com o ambiente de trabalho e suas consequências na saúde física e mental das crianças. O tempo de trabalho e as condições eram tão absurdos, que as crianças acabavam ficando extremamente cansadas⁹⁰, doentes⁹¹ e deformadas⁹², incapazes intelectualmente⁹³, e, outras vezes, se acidentavam e morriam⁹⁴.

A exigência de trabalho nessas condições é, evidentemente, decorrente de decisões tomadas pela pessoa jurídica numa perspectiva macro. Mas os casos dos acidentes são interessantes situações que fazem questionar: quem eram seus garantidores? E como saber quem era responsável por acidentes que aconteciam, por exemplo, dentro das minas, em que, por vezes, não havia sequer um adulto⁹⁵? Vê-se aí mais um exemplo de como a atividade empresarial apresenta cenários complexos sobre a corresponsabilidade.

A segunda delas está relacionada com a bem mais palpável violência contra as crianças: o xingamento e espancamento constante pelos encarregados, de cintadas a socos e pontapés⁹⁶.

É evidente que o ato violento em si – o soco, o chute, o golpe de cinta – era desferido por uma pessoa física, como um outro empregado mais velho, um responsável pelo setor de trabalho ou um gerente. Mas esse comportamento era parte

⁹⁰ TOOKE, Thomas; CHADWICK, Edwin; SMITH, Thomas Southwood. Op. cit., p. 26-28.

⁹¹ CHILDREN'S EMPLOYMENT COMMISSION. **Report by Anthony Austin, Esq., on the Employment of Children and Young Persons in the Mines and Quarries in the North of Lancashire, and on the State, Condition and Treatment of such Children and Young Persons.** Disponível em: https://www.cmhrc.co.uk/cms/document/1842_N_Lancs.pdf. Acesso em: 9 dez. 2021.

⁹² ENGELS, Friedrich. Op. cit., p. 227.

⁹³ TOOKE, Thomas; CHADWICK, Edwin; SMITH, Thomas Southwood. Op. cit., p. 25/29.

⁹⁴ ENGELS, Friedrich. Op. cit., p. 181.

⁹⁵ CHILDREN'S EMPLOYMENT COMMISSION. **Report by Elijah Waring, Esq., on the Employment of Children and Young Persons in the Collieries of South Gloucestershire and on the State, Condition, and Treatment of such Children and Young Persons.** Disponível em: https://www.cmhrc.co.uk/cms/document/1842_Gloucester.pdf. Acesso em: 9 dez. 2021.

⁹⁶ TOOKE, Thomas; CHADWICK, Edwin; SMITH, Thomas Southwood. Report. *In*: FACTORIES INQUIRY COMMISSION. **First report of the central board of his Majesty's Commissioners appointed to collect information in the manufacturing districts, as to employment of children in factories, and as to the propriety and means of curtailing the hours of their labour:** with minutes of evidence, and reports by the district commissioners, 28 June 1833. New York: Augustus M. Kelley Publishers, 1968, p. 19; CHILDREN'S EMPLOYMENT COMMISSION. **Report by Jelinger c. Symons Esq., on the Employment of Children and Young Persons in the Mines and Collieries of the West Riding of Yorkshire, and on the State, Condition and Treatment of such Children and Young Persons.** Disponível em: https://www.cmhrc.co.uk/cms/document/1842_Yorkshir__1.pdf. Acesso em: 9 dez. 2021.

da política da companhia? E quem, afinal, havia contratado crianças tão pequenas para operar maquinário pesado durante horas seguidas? A prática era, portanto, disseminada internamente, havendo, por vezes, incentivo, por vezes, anuência, ou, ainda, ausência de fiscalização desde os encarregados diretos até os responsáveis mais altos da fábrica.

Assim, as empresas não só usavam mão de obra infantil, o que já seria suficientemente grave, como as submetiam a jornadas enormes, suprimiam seus intervalos de refeição e descanso para que limpassem suas máquinas e ainda davam condições tão insuportáveis de trabalho que elas frequentemente morriam ou ficavam permanentemente doentes ou deformadas. Não bastasse tudo isso, ainda havia a atuação de encarregados que maltratavam os pequenos trabalhadores. Atentavam contra sua liberdade, seu desenvolvimento intelectual e psicológico, sua integridade física, sua saúde e suas vidas.

Percebe-se que muitos dos problemas que se pensam atuais já estavam presentes há muito tempo. O mais óbvio é o foco na produção em detrimento dos direitos das crianças, o que evidencia a inegável violação grave de bens jurídicos que se reputam essenciais. Há, ademais, outros problemas intimamente ligados com o poderio das atividades empresariais; dentre eles, a busca por trabalhadores extremamente necessitados, por vezes de outras regiões ou países⁹⁷, que aceitam com menos restrições as péssimas condições de trabalho e, inclusive, a submissão de seus filhos ao labor.

E, especialmente com relação ao que toca o centro de preocupação deste trabalho, destaca-se a existência de estruturas físicas e hierárquicas empresariais que dificultam o reconhecimento imediato dos responsáveis pelas condutas violadoras de direitos. Ao mesmo tempo em que se reconhecem decisões ou falta de fiscalização das pessoas jurídicas, divisam-se condutas específicas de pessoas físicas que nem sempre são facilmente identificáveis.

Com isso, mais um exemplo demonstrou tanto a capacidade das atividades empresariais, desde o seu princípio, de violar direitos e de que, dentro delas, há vários envolvidos – a própria empresa e pessoas físicas de altos e baixos cargos.

⁹⁷ Como eram os trabalhadores irlandeses na Inglaterra. ENGELS, Friedrich. Op. cit., p. 71.

1.2.3 Investindo na morte: as empresas que financiaram a eugenia⁹⁸ e o nazismo

Até aqui já se formou uma ideia de como as atividades empresariais são capazes das violações mais atrozes aos bens jurídicos que consideramos essenciais e de que isso não é novidade alguma. Desde o princípio, a capacidade de vulneração daquilo que se considera valioso e importante para um ser humano está presente na forma de atuação das pessoas jurídicas e de quem está inserido em seus negócios.

E, ainda antes de se chegar aos crimes mais atuais comumente relacionados às empresas, há outro exemplo de como elas podem ser responsáveis por fomentar políticas com consequências muito nefastas. A participação das empresas no movimento da eugenia é uma faceta sombria de como as atividades empresariais levaram à destruição de vidas em todo o mundo.

A eugenia partiu do trabalho do cientista inglês Galton, que havia estudado, ainda no século XIX, questões relativas à antropométrica humana⁹⁹. Lombardo¹⁰⁰ conta que, partindo desses estudos, a ideia da eugenia foi se propagando pelo mundo, tendo estudos desenvolvidos especialmente nos Estados Unidos. O autor também explica que esses estudos foram adaptados a uma ideia prévia que já existia de que era necessário “casar bem” para “procriar bem”, o que ganhou um aspecto de política pública, saindo do âmbito estritamente privado de planejamento familiar¹⁰¹.

Ao se transformar numa política pública, passou a ser regulamentada por estados americanos e, por anos, muitos deles não só incentivaram a ideia de que algumas pessoas não deveriam procriar e existir, como tomaram providências efetivas de caçá-las e esterilizá-las à força em colônias destinadas àqueles que, de alguma

⁹⁸ Tratou-se anteriormente do tema da eugenia em duas oportunidades. Com Busato, ao pontuar as consequências da eutanásia de pacientes em estado vegetativo persistente, quando não há manifestação de vontade prévia pela cessação de cuidados paliativos pelos próprios pacientes, em BUSATO, Paulo César; CESTO, Mariana. **A eutanásia, a eugenia e o bem jurídico vida frente à cessação de cuidados paliativos**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021, p. 34-43 e 99-103. E, ainda, ao apontar o autoritarismo presente nos discursos pretensamente científicos que se infiltram no Direito penal como foi a eugenia e é hoje a neurociência, em CESTO, Mariana. Resíduos autoritários em Direito penal. In: BUSATO, Paulo César; SÁ, Priscilla Placha (coord.). **Autoritarismo e controle social punitivo**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021, p. 29-52.

⁹⁹ Inicialmente, a ideia foi desenvolvida por Galton que, inclusive, cunhou o termo *eugenics*, ao estudar “*various topics more or less connected with that of the cultivation of race*”. GALTON, Francis. **Inquiries into human faculty and its development**. 2. ed. London: J.M. Dent and Co., 1907, p. 17.

¹⁰⁰ LOMBARDO, Paul A. The power of heredity and the relevance of eugenic history. **Genetics in medicine**, v. 20, n. 11, p. 1305-1311, nov. 2018, p. 1306.

¹⁰¹ Ibid., p. 1306.

forma, eram reputados incapazes por processos altamente questionáveis de avaliação¹⁰².

E, ao calcar-se em escolhas políticas de uma elite que se escorava em supostas certezas científicas sobre quem seria ou não apto, o leque daqueles elimináveis começou a se abrir especialmente quando alcançava outros países com outras intenções. Lombardo afirma que, no início dos anos 1930,

*(...) laws involving racial/ethnic restrictions on marriage, immigration restriction, and sterilization of 'defectives' provided models for Germany that Hitler's regime applauded, copied, and embellished upon. The goal was to eliminate people with disabilities, or ethnic or religious groups like Jews or the Roma/Sinti, homosexuals, or political dissidents.*¹⁰³

Mas se se tratava de uma política pública, o que as empresas teriam a ver com isso? A resposta está refletida no amargo sarcasmo de Black: “a eugenia poderia ter sido apenas conversa bizarra de bar se não fosse o grande financiamento da filantropia corporativa”¹⁰⁴.

Como aponta Lombardo, os estudos sobre eugenia tomaram uma proporção enorme nos Estados Unidos¹⁰⁵. Essas pesquisas, obviamente, necessitavam de financiamento e, sendo políticas públicas, de propaganda. O dinheiro para tanto veio

¹⁰² O historiador do Direito Lombardo traz interessantes relatos sobre as colônias destinadas aos *feebleminded* nos Estados Unidos e sobre a enorme quantidade de esterilizações forçadas que foram feitas em milhares de americanos considerados, por testes de QI e outras avaliações, como pessoas com inteligência abaixo da média. Como nos Estados Unidos a política central era a de esterilização, muitas dessas pessoas sobreviveram e puderam ser entrevistadas posteriormente. Muitas delas relataram que sequer sabiam o que havia acontecido consigo quando foram esterilizadas e, obviamente, ao descobrirem depois tiveram inúmeros problemas pessoais e familiares decorrentes. LOMBARDO, Paul A. **Three generations no imbeciles: eugenics, the Supreme Court and Buck vs. Bell**. Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 2008. Ainda, LOMBARDO, Paul A. The power of heredity and the relevance of eugenic history. **Genetics in medicine**, v. 20, n. 11, p. 1305-1311, nov. 2018, p. 1306. Também Black narra que “apenas no ano de 1933, ao menos 1278 esterilizações coercitivas foram realizadas na Califórnia, das quais 700 foram em mulheres. Os dois maiores centros de esterilização da Califórnia foram o Sonoma State Home, com 388 operações, e o Patton State Hospital, com 363 operações”. BLACK, Edwin. **Conexão nazista: a história revelada da colaboração de grandes corporações americanas com o holocausto e a Alemanha de Hitler**. Trad. Fernanda Oliveira. Bauru: Idea, 2018, p. 45.

¹⁰³ LOMBARDO, Paul A. The power of heredity and the relevance of eugenic history. **Genetics in medicine**, v. 20, n. 11, p. 1305-1311, nov. 2018, p. 1306. Nesse mesmo sentido, Muñoz Conde explica que essas ideias que já estavam desenvolvidas em vários países serviram de base para as construções nazistas de eliminação de pessoas. MUÑOZ CONDE, Francisco. **Edmund Mezger e o Direito penal do seu tempo**. Trad. de Paulo César Busato. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 169.

¹⁰⁴ BLACK, Edwin. **Conexão nazista: a história revelada da colaboração de grandes corporações americanas com o holocausto e a Alemanha de Hitler**. Trad. Fernanda Oliveira. Bauru: Idea, 2018, p. 48.

¹⁰⁵ LOMBARDO, Paul A. The power of heredity and the relevance of eugenic history. **Genetics in medicine**, v. 20, n. 11, p. 1305-1311, nov. 2018, p. 1306.

de corporações de grande poder financeiro, como o Instituto Carnegie (indústria do aço) e a fundação Rockefeller (monopólio de petróleo), bem como de fortunas como a do barão Harriman (ligado a construção de estradas de ferro)¹⁰⁶.

O Instituto Carnegie, especificamente, financiou “aproximadamente dezoito soluções para a poluição genética mundial”¹⁰⁷. Um dos métodos criados para solucionar a dita poluição genética era a “‘câmara letal’, isto é, uma rede de câmaras de gás localizadas e operadas publicamente”¹⁰⁸. Na Califórnia, dentre os eugenistas que contribuíam para as pesquisas e com as “soluções”, estavam o “magnata de citrinos e benfeitor politécnico Paul Gosney, e o banqueiro de Sacramento Charles M. Goethe”¹⁰⁹.

Assim, participavam e incentivavam a política eugênica grandes empresas e grandes empresários, demonstrando um envolvimento efetivo da atividade empresarial no que veio a ser uma das maiores violações de direitos do século.

Isso porque, além das já terríveis esterilizações forçadas levadas a cabo nos Estados Unidos, a ideia ganhou corpo na Alemanha¹¹⁰. A pretensão de cientificidade do discurso da eugenia é evidente no trabalho publicado por Binding e Hoche, um jurista e um médico alemães, que defendiam explicitamente a possibilidade de eliminação de determinadas pessoas porque elas, simplesmente, não teriam o mesmo valor de vida que outras¹¹¹, partindo de uma “certeza absoluta” sobre a diferenciação de quem é ou não enfermo mental¹¹². Com esta certeza, Binding listou grupos de

¹⁰⁶ BLACK, Edwin. **Conexão nazista**: a história revelada da colaboração de grandes corporações americanas com o holocausto e a Alemanha de Hitler. Trad. Fernanda Oliveira. Bauru: Idea, 2018, p. 48.

¹⁰⁷ Ibid., p. 43.

¹⁰⁸ Ibid., p. 43.

¹⁰⁹ Ibid., p. 45.

¹¹⁰ Segundo Black, no início, os estudos nos Estados Unidos muniram os alemães com a base necessária para que fossem desenvolvendo suas ideias. Porém, com a ascensão nazista, não mais havia amarras democráticas como as americanas, e os objetivos eugênicos passaram a ter um cenário ideal para serem alcançados. Ibid., p. 52.

¹¹¹ BINDING, Karl; HOCHÉ, Alfred. **La licencia para la aniquilación de la vida sin valor de vida**. Trad. Bautista Serigós. Buenos Aires: Ediar, 2009.

¹¹² Sobre a (in)certeza dos diagnósticos médicos, especialmente psiquiátricos, Parker afirma que “diagnostic categories in psychological medicine, like those in physical medicine, are provisional, probabilistic, and often uncertain”. PARKER, Malcolm. Diagnosis, power and certainty: response to Davis. **Bioethical inquiry**, v. 7, n. 3, 2010.

peças cuja vida entendia não ter mais valor que justificasse sua manutenção¹¹³ e defendeu a possibilidade de sua eliminação¹¹⁴.

De fato, em 1939, iniciaram-se as eliminações de enfermos mentais e terminais, conforme decreto de Hitler, e, durante a guerra, elaborou-se projeto de lei para extermínio físico e esterilização dos chamados associados¹¹⁵. Nesse grupo, foram incluídos os judeus. Se a sua inclusão no grupo dos associados já é uma derivação esdrúxula dos critérios discriminatórios iniciais da eugenia, até a própria “verificação” de quem era ou não judeu levou em conta parâmetros ainda menos compreensíveis. Black¹¹⁶ explica que a resposta à pergunta de quem era considerado judeu e que definiu a vida de milhões era tomada pela genética científica nazista e aplicada com a sua brutal eficiência, baseada em estudos que previam a famigerada porcentagem de linhagem sanguínea¹¹⁷. Ou seja, não havia um parâmetro, já que a questão estava muito mais sujeita ao arbítrio e à álea do que a qualquer critério verificável e repetível. E, mais uma vez, quem promoveu as pesquisas que criaram os parâmetros necessários para identificar os judeus? Exatamente aquelas mesmas corporações que estavam, desde o início, envolvidas nos Estados Unidos com os estudos eugênicos: Carnegie, Rockefeller e Harriman¹¹⁸.

¹¹³ No primeiro grupo fez referências àqueles doentes sem salvação, como os com câncer incurável ou feridos de morte; no segundo, aqueles com deficiência mental incurável, quem considerou um pesado fardo para a família e a sociedade; no terceiro, aqueles que por algum infortúnio perderam a consciência e teriam sequelas se se recuperassem. V. BINDING, Karl; HOCHÉ, Alfred. **La licencia para la aniquilación de la vida sin valor de vida**. Trad. Bautista Serigós. Buenos Aires: Ediar, 2009, p. 71-75. Tais ideias também eram defendidas em instituições norte-americanas. Black narra o crescimento dos estudos sobre eugenia nos Estados Unidos e cita que a obra *The Passing of the Great Race*, do então presidente da Associação de Pesquisas sobre Eugenia, Madison Grant, defendia a eliminação de crianças e a esterilização de adultos defeituosos, os quais não teriam valor para a comunidade, acrescentando que tal livro foi expressamente referido por Hitler como sendo uma “bíblia” para si. BLACK, Edwin. **War against the weak: eugenics and America’s campaign to create a master race**. New York: Thunder Mouth Press, 2004, p. 251-252. No Brasil, a eugenia movimentou adeptos que criaram meios de propaganda da prática, como o boletim de eugenia. ROSA, Alessandra. **Quando a eugenia se distancia do saneamento: as ideias de Renato Kehl e Octávio Domingues no Boletim de Eugenia (1929-1933)**. 2005. Dissertação. (Mestrado em História das ciências da Saúde). Casa de Oswaldo Cruz – FIOCRUZ, Rio de Janeiro, 2005, p. 59.

¹¹⁴ BINDING, Karl; HOCHÉ, Alfred. **La licencia para la aniquilación de la vida sin valor de vida**. Trad. Bautista Serigós. Buenos Aires: Ediar, 2009. p. 92-93 e 96.

¹¹⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco. **Edmund Mezger e o Direito penal do seu tempo**. Trad. de Paulo César Busato. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 172.

¹¹⁶ BLACK, Edwin. **Conexão nazista: a história revelada da colaboração de grandes corporações americanas com o holocausto e a Alemanha de Hitler**. Trad. Fernanda Oliveira. Bauru: Idea, 2018, p. 38.

¹¹⁷ Ibid., p. 41.

¹¹⁸ BLACK, Edwin. **Conexão nazista: a história revelada da colaboração de grandes corporações americanas com o holocausto e a Alemanha de Hitler**. Trad. Fernanda Oliveira. Bauru: Idea, 2018, p. 41.

Os cientistas do Carnegie Institute “cultivaram relações pessoais e profissionais profundas com os eugenistas fascistas da Alemanha” e muitos deles se tornaram “os médicos assassinos do Terceiro Reich”¹¹⁹. Novamente, constata-se que há muito tempo as relações promíscuas do mundo empresarial envolvem desde a importante força financeira que as grandes corporações são capazes de aportar até a participação individual de pessoas que praticam microcondutas que vão formando esse fractal de violações de direitos.

Já um dos principais cientistas da Rockefeller Foundation¹²⁰, o psiquiatra Ernst Rüdin, se tornou homem de confiança de Hitler e o arquiteto da sua repressão médica sistemática¹²¹.

Essa necessária ligação e sua imprescindibilidade para que os estudos fossem levados a cabo é preocupação até hoje de cientistas. O fantasma da eugenia persegue, inclusive, os altos estudos sobre genética. Pyeritz¹²², ao elencar os desafios que os estudos genéticos atuais enfrentam, menciona expressamente o perigo ligado à manipulação genética e à eugenia, e alerta que é preciso estar atento ao fato de que interesses econômicos irão potencialmente dirigir a aplicação de informação genética e de tecnologias.

Além disso, as grandes empresas alemãs participaram do financiamento da campanha nazista desde o seu princípio. No ensaio construído sobre os principais fatos que envolveram a ascensão nazista, Vuillard descreve como, já no início, os empresários de renome da Alemanha¹²³ estiveram dispostos a bancar os objetivos propostos por Hitler e esclarece quais empresas eles representavam:

Eles se chamam BASF, Bayer, Agfa, Opel, IG Farben, Siemens, Allianz, Telefunken. É por esses nomes que nós os conhecemos. Nós os conhecemos muito bem. Eles estão lá, no meio de nós, entre nós. São os

¹¹⁹ Ibid., p. 52.

¹²⁰ Segundo Black, já em 1926, a Rockefeller havia “doado US\$ 410 mil – aproximadamente US\$ 4 milhões na cotação atual – a centenas de pesquisadores alemães”. Ibid., p. 58.

¹²¹ Ibid., p. 58.

¹²² PYERITZ, Reed E. Medical genetics: ending of the beginning or beginning of the end? **Genetics in medicine**, v. 1, p. 56-60, nov. 1998, p. 59.

¹²³ “Em volta da mesa, estão reunidos Gustav Krupp, Albert Vögler, Günter Quandt, Friederich Flick, Ernst Tengelmann, Fritz Springorum, August Rosterg, Ernst Brandi, Karl Büren, Günther Heubel, Georg von Schnitzler, Hugo Stinnes Jr., Eduard Schulte, Ludwig von Winterfeld, Wolf-Dietrich von Witzleben, Wolfgang Reuter, August Diehn, Erich Fichler, Hans von Loewenstein zu Loewenstein, Ludwig Grauert, Kurt Schmitt, August von Finck e o doutor Stein. Estamos no nirvana da indústria e das finanças. (...) Nesse instante, Hjalmar Schacht se levantou, sorriu para a assembleia e proferiu: - E agora, senhores, ao caixa!” VUILLARD, Éric. **A ordem do dia**. Trad. Sandra M. Stroparo. São Paulo: Planeta, 2019, p. 22-23.

nossos carros, nossas máquinas de lavar, nossos produtos de entretenimento, nossos rádios-relógios, o seguro da nossa casa, a bateria de nosso relógio de pulso. (...) E os vinte e quatro homens presentes no palácio do presidente do Reichstag, neste 20 de fevereiro, não passam de mandatários, o clero da grande indústria (...) ¹²⁴

Vuillard¹²⁵ segue com a óbvia, mas por vezes esquecida (ou talvez escondida), constatação de que, para esses grandes homens de negócio, o “molhamãos” era algo usual e corriqueiro, e que a corrupção é um item já contemplado no orçamento das grandes empresas¹²⁶. Além disso, há um outro ponto a que o autor chama a atenção e que retoma o argumento do exemplo inicial trazido, acerca do poderio das empresas. Aquelas empresas que financiaram o partido nazista a ele sobreviveram e continuam operando e até mesmo promovendo outros ideais políticos¹²⁷: as empresas têm um poder e uma capacidade de sobrevivência maior que qualquer outra pessoa natural ou mesmo que países¹²⁸.

A participação das grandes empresas no nazismo vai além do mero financiamento de estudos, da propaganda e da execução da política de extermínio. Inclui também a participação efetiva nas tarefas decorrentes, especialmente com o início da guerra, com o fornecimento dos bens e serviços necessários que produziam ao regime.

A IBM teve papel importantíssimo na identificação e na catalogação dos judeus para o governo e teve papel central nisso, o seu presidente, Thomas J. Watson. Os seus engenheiros desenvolveram um sistema especial de cartões perfurados para reunir informações coletadas de toda a população e identificar a localização dos judeus¹²⁹. Posteriormente, vários dos campos de concentração passaram a contar com um departamento especial, o Hollerith, onde eram armazenados, tabulados ou preparados para posterior análise cartões perfurados com as informações relativas aos presos¹³⁰.

¹²⁴ VUILLARD, Éric. Op. cit., p. 24-25.

¹²⁵ Ibid., p. 22-23.

¹²⁶ Impossível não traçar o paralelo com o esquema de corrupção da Odebrecht, no Brasil. GASPAR, Malu. Op. cit.

¹²⁷ Interessante exemplo disso é apresentado no tópico a seguir, a respeito da Siemens.

¹²⁸ VUILLARD, Éric. Op. cit., p. 22-23.

¹²⁹ BLACK, Edwin. **Conexão nazista**: a história revelada da colaboração de grandes corporações americanas com o holocausto e a Alemanha de Hitler. Trad. Fernanda Oliveira. Bauru: Idea, 2018, p. 182.

¹³⁰ Ibid., p. 196.

Já a Ford, por exemplo, era conhecida como o “arsenal do nazismo”, uma vez que seus caminhões eram usados por Hitler para atravessar os países invadidos e recolher as vítimas. Mais que isso, a Ford utilizou mão de obra de jovens civis que eram sequestrados e levados à sua fábrica em Colônia para trabalhos forçados, em condições análogas àquelas vividas em campos de concentração¹³¹.

Outra produtora de veículos, a Opel, tinha dentre seus empresários membros do partido nazista e cultuava abertamente o *Führer*¹³². Apesar disso e de sua origem alemã, em 1929, a empresa já havia sido adquirida pela americana GM. Os responsáveis americanos, todavia, ocultaram ao máximo a propriedade da empresa, de forma que as tropas de assalto alemãs admitiam os carros e caminhões da “empresa puramente ariana” que visava aos objetivos nazistas¹³³.

Além disso, essas grandes corporações usavam mão de obra de trabalhadores deportados e que estavam em campos de concentração em suas atividades, reproduzindo, nas fábricas, as péssimas condições dos campos. Segundo Kershaw¹³⁴, existiam seis milhões de trabalhadores estrangeiros e prisioneiros de guerra submetidos a trabalhos forçados dentro da Alemanha. De acordo com Davies¹³⁵, o trabalho forçado ocorria prioritariamente na “agricultura, mineração, metalurgia, indústria química, construção e transportes”.

A Krupp, a Bayer, a BMW, a Daimler, a Agfa, a Shell, a Schneider, a Telefunken, a Siemens utilizavam essa mão de obra barata¹³⁶. A IG Farben

¹³¹ BLACK, Edwin. **Conexão nazista**: a história revelada da colaboração de grandes corporações americanas com o holocausto e a Alemanha de Hitler. Trad. Fernanda Oliveira. Bauru: Idea, 2018, p. 34-35.

¹³² Ibid., p. 58.

¹³³ Ibid., p. 58.

¹³⁴ KERSHAW, Ian. **Hitler**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 785-786.

¹³⁵ DAVIES, Norman. **Europa na guerra**. Rio de Janeiro: Record, 2009, p. 355.

¹³⁶ VUILLARD, Éric. Op. cit., p. 135-138. No mesmo sentido, Mazower afirma que, “no início de 1942, havia cerca de 25 mil prisioneiros de campos de concentração trabalhando para a economia de guerra; no fim de 1944, o número subira para algo entre 400 mil e 420 mil, e a SS e a indústria alemã colaboravam em sua exploração. Alojados principalmente em antigos campos de trabalho escravo judeu (os ocupantes originais agora estavam mortos), alguns internos ajudavam a construir a indústria química baseada no carvão na Silésia que viria a ser o estio da economia polonesa regional depois da guerra. O campo de Oranienburg alimentava a planta de Heinkel, Sachsenhausen fornecia para a Daimler-Benz, e Dachau estava ligado à BMW. Os negócios da Krupp apelaram aos campos quando se viram sem mão de obra, e seus gerentes buscavam trabalhadores qualificados em Buchewald”. MAZOWER, Mark. **O império de Hitler**: a Europa sob o domínio nazista. São Paulo: Companhia das Letras, 2013, p. 377.

(conglomerado da indústria química) chegou a explorar uma fábrica no campo de Auschwitz: a IG Auchwitz¹³⁷.

Obviamente, as condições de trabalho eram desoladoras. As empresas, imbuídas do mesmo espírito de desumanização propagado pela política que financiavam, submetiam as pessoas à fome, a condições de higiene que levavam à propagação de doenças, a torturas e a nenhuma segurança (ao contrário, a absoluta insegurança, medo e abuso). Davies¹³⁸ afirma que somente na construção dessa fábrica da IG Farben em Auschwitz morreram aproximadamente vinte e cinco mil trabalhadores. Vuillard, por sua vez, conta que, de “uma chegada de seiscentos deportados, em 1943, nas fábricas de Krupp, um ano mais tarde não restavam mais que vinte”¹³⁹.

As atividades empresariais de diversos países estavam envolvidas e embebidas da política de extermínio que começou com a eugenia americana e a esterilização forçada dos considerados *feeble-minded* e chegou à efetiva eliminação de milhões de pessoas elencadas nas mais variadas categorias pelo regime nazista nos campos de concentração. Mais que isso, a eliminação de pessoas acontecia no chão de suas próprias fábricas.

Nesse contexto, a atividade empresarial mergulha e se espraia em tudo que envolvia a eliminação de um número de pessoas inimaginável. Começaram com o financiamento de estudos e manutenção de colônias de esterilização forçada, participando ativamente de uma política pública que elegeu e avaliou erroneamente milhares de pessoas como inaptas à vida em sociedade, impedindo-as de se reproduzirem. Com isso, fomentaram uma ingerência desmedida na vida privada de pessoas, atuando em conjunto com órgãos governamentais e formando cientistas, médicos e outros profissionais que efetivamente performaram cirurgias à revelia dos pacientes.

Não bastasse, seguiram financiando e incentivando tais políticas mesmo quando seus já questionáveis parâmetros foram se alargando e sendo substituídos por escolhas políticas que ainda se diziam baseadas na cientificidade daqueles estudos.

¹³⁷ VUILLARD, Éric. Op. cit., p. 135-138.

¹³⁸ DAVIES, Norman. **Europa na guerra**. Rio de Janeiro: Record, 2009, p. 355.

¹³⁹ VUILLARD, Éric. Op. cit., p. 135-138.

Seus representantes estavam intensa e pessoalmente envolvidos, sendo por vezes difícil compreender onde acabava a política empresarial e começava o envolvimento pessoal.

Além disso, ao participarem especialmente da execução da política de extermínio, fornecendo bens, criando métodos, contratando trabalhadores que tratavam como insumo descartável (mais uma vez, depois da escravidão e da revolução industrial, essa racionalidade aparece), envolveram-se nas mortes deles. Nesse cenário, desde o aproveitamento da mão de obra pela empresa que lucrou com isso, passando pelos administradores que organizavam esse recrutamento e gerenciavam o serviço, até aqueles últimos e baixos gerentes que torturavam e maltratavam os empregados, consegue-se vislumbrar uma rede de envolvidos, pessoas jurídicas e físicas cometendo um sem número de violações de direitos.

1.3 DOS EXEMPLOS HISTÓRICOS À CRIMINALIDADE NO SÉCULO XXI: A SOFISTICAÇÃO DA ATUAÇÃO EMPRESARIAL NA VIOLAÇÃO DE DIREITOS

As primeiras companhias criadas no século XVII vendiam humanos como mercadorias, descartando todos aqueles que não servissem mais. As indústrias têxteis e de extração de carvão do século XIX submetiam um sem número de crianças a um trabalho desumano que as deformava, adoentava e matava, rapidamente as substituindo por outras sadias. No século XX, empresas financiaram os estudos de políticas eugênicas e contribuíram materialmente para a eliminação de milhares de pessoas que, inclusive, eram forçadas a trabalhar até morrer no chão de suas fábricas.

Em comum, estão políticas de desumanização e de violação massiva de direitos incentivadas, fomentadas e executadas por atividades empresariais de maneira ostensiva com um poder que, como visto, desde a concepção das primeiras companhias, é comparável ao poder de Estados. Nota-se que, mesmo diante dos Estados imperialistas que tentaram controlar os negócios com forte intervenção e burocracia, as corporações e os empresários foram se destacando, se desprendendo e alcançaram o livre e voraz comércio.

A forma como essas atividades sempre se espalharam pelo mundo é também inegável. Desde a sua concepção, serviram para negócios internacionais e movimentaram redes de comércio entre vários continentes e países. Uma vez que

sempre tiveram uma capacidade de destruição tão ímpar como a de negociação, espalharam com seus negócios a violação de direitos pelo mundo.

Outrossim, para alcançar esses ambiciosos objetivos, sempre tiveram uma estrutura grande, com braços em diversos lugares. Sempre contaram com altos dirigentes responsáveis por grandes decisões, mas alienados do que ocorria na prática, com gestores regionais que não participavam de decisões macro, mas efetivamente determinavam o que acontecia na sua zona, com seus proativos gerentes médios ansiosos por se destacar. Da mesma maneira, desde o princípio, companhias têm sócios ocultos, têm investidores que não aparecem e têm aqueles representantes numa zona cinzenta entre o vínculo e a autonomia negocial.

Essa estrutura que se relaciona, de um lado, com Estados, de outro, com outras empresas e, por toda a volta e dentro de si, com dezenas de pessoas físicas das mais variadas qualificações e vínculos, é profícua em gerar cenários em que há condutas concomitantes, em que vontades se encontram, em que há incentivos e auxílios na consecução de objetivos. Quando se recorda que esses objetivos envolveram e envolvem negócios que implicam violações de bens jurídicos, constata-se que o cenário não é só de negócios, mas de possíveis corresponsabilidades por crimes.

Esses exemplos históricos demonstraram, assim, como as atividades empresariais não passaram à delinquência há poucas décadas e, ainda, que não são responsáveis apenas por crimes que atingem bens jurídicos coletivos como o meio ambiente ou abstratos como o mercado financeiro. Desde a sua concepção, as pessoas jurídicas, sozinhas ou em conjunto com outras pessoas em suas atividades empresariais, são responsáveis pelas violações mais atrozes dos direitos mais palpáveis. E seu poder e sua capacidade exponenciam a quantidade de vítimas, deixando muito evidente a necessidade de atenção penal.

A criminalidade mais recente é, portanto, a extensão da mesma criminalidade empresarial que sempre existiu. Obviamente a evolução tecnológica, suas novas soluções e novos problemas, e as mudanças das relações sociais trouxeram consigo também novas formas de violações de direitos¹⁴⁰. Outrossim, há uma potencialização de algumas formas de atuação, seja pelos riscos criados pelas inovações

¹⁴⁰ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**. Rumo a uma outra modernidade. Trad. Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 16-17/27.

tecnológicas, seja porque, num mundo globalizado¹⁴¹, há maior rapidez e fluidez na capilarização das atividades empresariais.

O que é interessante – e talvez aí esteja uma das diferenças com a criminalidade do século XXI – é que essas atividades altamente violadoras de direitos que, em princípio, eram toleradas, ou até festejadas e naturalizadas, foram sendo expostas e alcançaram um ponto em que passaram a ser criticadas. Com essa crítica e com a regulamentação ou até criminalização da atividade, fixaram-se alguns novos estândares éticos.

Beck menciona que

... a atuação empresarial é submetida a uma *pressão legitimatória* de dimensões até então desconhecidas. Ela adquire uma nova dimensão política e moral, que parecia completamente estranha à atuação econômica. Essa *moralização da produção industrial*, na qual se reflete também a dependência das empresas em relação à cultura política em meio à qual elas produzem, deve-se transformar numa das tendências mais interessantes dos próximos anos.¹⁴²

A partir da regulamentação e da fixação de padrões éticos, há uma constante movimentação para desvincular a conduta da empresa das violações escancaradas. No Brasil, o exemplo mais emblemático é da Odebrecht, que, após exposta publicamente na operação Lava-Jato, comunicou que doravante adotaria uma atuação mais ética, íntegra e transparente¹⁴³.

As violações de direitos deixaram de ser uma política expressa e exposta daquela época de devassidão das atividades empresariais. As empresas passaram a prezar por uma imagem de respeito a padrões morais e legais. Se não têm efetivamente este respeito, pelo menos tentam parecer tê-lo.

Exemplificativo é, também, o caso da Siemens, que já havia aparecido no tópico anterior, como investidora no nazismo e exploradora de trabalho forçado¹⁴⁴. Naquele momento, a Siemens atuou como parceira do regime, compactuando com ele, e admitindo em sua indústria as pessoas que eram capturadas e usadas como

¹⁴¹ Beck chama a atenção sobre o fato de que as transformações coloniais foram transcontinentais, mas não podem ser qualificadas como globais, no sentido estrito e relacionado à globalização. BECK, Ulrich. **La metamorfosis del mundo**. Trad. Fernando Borrajo Castanedo. Barcelona: Paidós, 2017, p. 72.

¹⁴² BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**. Rumo a uma outra modernidade. Trad. Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 325.

¹⁴³ SCANDELARI, Gustavo Britta. Op. cit., p. 19.

¹⁴⁴ V., com mais detalhes, o tópico 1.1.3.

mão de obra barata. Anitua¹⁴⁵, inclusive, destaca como essa racionalidade da gestão e da eficiência da mão de obra escrava na Siemens e naquelas outras empresas mencionadas acima influenciou até o sistema penitenciário norteamericano. Nota-se que não havia grande pudor ou sequer necessidade em esconder ou disfarçar essa situação, uma vez que muitas outras corporações da época faziam o mesmo e que esta, inclusive, era uma política pública.

Seguindo na mesma toada da citação de Vuillard que abriu os exemplos históricos, as pessoas jurídicas não morrem tão fácil e mesmo diante da exposição das atrocidades do nazismo, aquelas empresas que haviam atuado com ele continuaram sua existência. O que mudou foi a forma como algumas delas passaram a acolher o crime em sua estrutura. Não mais de forma aberta e ostensiva, mas, por esta imposição de estândares éticos, de forma cada vez mais escamoteada. Com efeito, em 2007, a Siemens foi condenada por corrupção¹⁴⁶, uma vez que mantinha um esquema de pagamento de subornos a órgãos públicos de todo o mundo para conseguir vencer licitações e firmar contratos¹⁴⁷.

Ballesteros Sánchez¹⁴⁸ narra que a Siemens pagou subornos a funcionários argentinos para vencer uma licitação para o feitiço de carteiras de identidade, a autoridades israelenses para construir plantas de energia e, também, chegou a pagar valores ao governo de Sadam Hussein, a fim de receber vantagens relativas a contratos de petróleo. Percebe-se, aqui, um perigoso padrão: a empresa continuou direcionando pagamentos a regimes autoritários a fim de receber vantagens. A diferença é que, antes, fazia isso de forma aberta e sem melindres e, recentemente, o fez de maneira disfarçada e utilizando métodos bem mais sofisticados. Morales Romero¹⁴⁹ afirma que uma das razões pelas quais a prática perdurou por tanto tempo foi o fato de que, na cadeia de distribuição, sempre participava um terceiro que

¹⁴⁵ ANITUA, Gabriel Inacio. **Historias de los pensamientos criminológicos**. Buenos Aires: Del Puerto, 2005, p. 529.

¹⁴⁶ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. **Compliance, Direito penal e lei anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 117.

¹⁴⁷ BALLESTEROS SÁNCHEZ, Julio. **Responsabilidad penal y eficacia de los programas de cumplimiento normativo en la pequeña y la gran empresa**. Ciudad de México: Tirant lo Blanch, 2021, p. 106.

¹⁴⁸ Ibid., p. 106-107.

¹⁴⁹ MORALES ROMERO, Marta Muñoz de. Programas de cumplimiento “efectivos” en la experiencia comparada. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán (dir.). **El Derecho penal económico en la era compliance**. México D.F.: Tirant lo Blanch, 2013, p. 218.

impedia o controle pelos órgãos de *compliance* da corporação. Ballesteros¹⁵⁰ acrescenta, ainda, que se constatou que este modelo de corrupção era o modelo comercial da Siemens que, por muito tempo, atuou dessa maneira por brechas legais alemãs e fomentou a prática do crime em sua estrutura.

Outro interessante exemplo é o da Enron, que “declarou publicamente rendimentos inexistentes com a finalidade de esconder seus prejuízos econômicos e, assim, sustentar fraudulentamente a imagem de uma empresa rentável”¹⁵¹.

Segundo Carreño Aguado¹⁵², a empresa, que nasceu da fusão de outras, cresceu exponencialmente em razão da liberalização do mercado energético, que levou seus diretores a adotar políticas agressivas de assunção de riscos. A empresa foi tornando seu negócio “virtual”, ou seja, foi assumindo funções desvinculadas da existência física e, além disso, foi criando inúmeras entidades afiliadas para sua movimentação financeira. Essas entidades já possuíam, por si, inúmeras irregularidades relativas à forma de investimento e estrutura, porque eram criadas por outras pertencentes e avalizadas pela própria Enron. Por meio desse sistema, criava transações falsas e fraudulentas e, com isso, superestimou, indevidamente, seus lucros por anos.

Os casos da Siemens e da Enron são constantemente lembrados quando se estudam os programas de *compliance*, porque acabaram gerando mudanças legislativas¹⁵³ e expuseram a maneira como as grandes corporações são capazes de atuar de forma corrupta e fraudulenta por meio de sistemas bastante sofisticados, causando uma quantidade imensa de prejuízos por todo lugar. A criminalidade passa a estar debaixo dos tapetes, naqueles braços mais longínquos, cada vez mais desvinculada da faceta principal da empresa.

Mas os exemplos não param nas artificiosas engenharias financeiras que escondem fraude e corrupção. Ruggie afirma que, a partir da década de 1990,

¹⁵⁰ BALLESTEROS SÁNCHEZ, Julio. **Responsabilidad penal y eficacia de los programas de cumplimiento normativo en la pequeña y la gran empresa**. Ciudad de México: Tirant lo Blanch, 2021, p. 109.

¹⁵¹ SCANDELARI, Gustavo Britta. Op. cit., p. 12.

¹⁵² CARREÑO AGUADO, Julen A. Caso Enron. In: SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo (coord.). **Casos que hicieron doctrina en Derecho penal**. Madrid: La Ley, 2011, p. 969-1003.

¹⁵³ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. **Compliance, Direito penal e lei anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 117.

Surgiram muitas evidências de trabalho em condições desumanas e até mesmo de trabalho forçado em fábricas que prestavam serviços a famosas marcas internacionais; comunidades nativas foram deslocadas sem consulta ou tiveram indenização inadequada para dar lugar a empresas de petróleo e gás; crianças de 7 anos de idade foram encontradas trabalhando arduamente em plantações de propriedade de empresas de alimentos e bebidas; forças de segurança que cuidavam de operações de mineração foram acusadas de atirar em invasores e manifestantes, e há relatos de estupros e assassinatos; provedores de serviços de internet e empresas da área de tecnologia da informação entregaram informações de usuários a agências de governo que espionavam dissidentes políticos com o objetivo de prendê-los e, dessa forma, ajudaram os governos na prática da censura¹⁵⁴.

O que se evidencia, assim, é que a fixação de padrões éticos não evitou, mas apenas tornou a violação de direitos mais escamoteada. As mesmas violações graves a direitos fundamentais, mas com novas técnicas e com menos alarde, continuam fazendo parte da atividade empresarial e reclamando a atenção do Direito penal.

Desse caminho percorrido pelos exemplos históricos pode-se, então, concluir que a criminalidade da atividade empresarial acompanha a sua evolução. Existe desde que as pessoas jurídicas passaram a ter forma mais semelhante à atual e, por isso mesmo, não pode ser compreendida ou limitada às atividades relativas à chamada criminalidade econômica. As violações mais graves de direito estavam presentes lá no início e seguem sendo objeto de preocupação atualmente.

Além disso, demonstrou-se como a atividade empresarial sempre teve um caráter complexo especialmente com relação aos sujeitos envolvidos e à distribuição de responsabilidade. Desde os escravizados jogados ao mar sem que se saiba de quem partiu a ordem, passando pelas crianças violentadas nas fábricas por encarregados até os financiamentos a estudos que culminaram na morte de milhões de pessoas, envolvem-se a empresa, seus invisíveis investidores, seus altos gestores e seus meros encarregados. O Direito penal deve estar atento a todas essas nuances a fim de que seja possível delimitar e distribuir adequadamente a responsabilidade aos envolvidos.

¹⁵⁴ RUGGIE, John Gerard. **Quando os negócios não são apenas negócios**: as corporações multinacionais e os direitos humanos. Trad. Isabel Murray. São Paulo: Abril, 2014, p. 17-18.

2 A RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA NA CONCEPÇÃO SIGNIFICATIVA DA AÇÃO

Como visto no capítulo anterior, as pessoas jurídicas são protagonistas na violação de bens jurídicos por meio de suas atividades, reclamando atenção do Direito penal.

Além disso, percebeu-se que muitas das situações que levaram à violação de direitos não são atos isolados, mas fazem parte de uma rede de condutas de pessoas jurídicas com as pessoas físicas que integram seu negócio – gestores, empregados, parceiros etc.

Isso significa que, para analisar a responsabilidade penal dos envolvidos, são necessários dois passos: definir como deve se dar a responsabilidade penal das pessoas jurídicas e, então, como deve ser distribuída a responsabilidade caso haja condutas conjuntas de pessoas físicas.

Este capítulo se refere a este primeiro passo: como se dá a responsabilidade penal das pessoas jurídicas.

Para isso, é utilizada a concepção significativa da ação desenvolvida por Vives Antón¹⁵⁵. Essa perspectiva da teoria do delito, baseada nas pretensões e subpretensões da norma, permite um melhor rendimento de análise dos problemas propostos ao partir da filosofia da linguagem¹⁵⁶.

Em primeiro lugar, ela supera a insistência em tentar demonstrar como tal responsabilidade não “caberia” dentro de algumas concepções da teoria do delito¹⁵⁷. Como aponta Busato, essa impressão decorre do fato de que as teorias do delito se baseavam em estruturas objetivas que refletiam a natureza das coisas¹⁵⁸. Em modelos pretensamente científicos e fechados, construídos de forma antropocêntrica realmente não haveria como explicar a responsabilidade penal das pessoas jurídicas

¹⁵⁵ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del sistema penal**: acción significativa y derechos constitucionales. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

¹⁵⁶ DAVID, Décio Franco; BUSATO, Paulo César. A empresa é capaz de ação? Uma proposta de discussão sobre a capacidade de rendimento da concepção significativa da ação no Direito penal empresarial. **Revista justiça e sistema criminal**, v. 9, n. 16, p. 205-232, jan./jun. 2017, p. 223.

¹⁵⁷ Assim, por exemplo, GRACIA MARTÍN, Luís. La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas. In: ROMEO CASABONA, Carlos María. **Dogmática penal, política criminal y criminología en evolución**. Peligros: Comares, 1996, p. 128-136.

¹⁵⁸ BUSATO, Paulo César. Crítica à ciência jurídico-penal a partir da linguagem wittgensteiniana. **Revista de estudos criminais**, Porto Alegre, v. 19, n. 78, p. 103-129, 2020, p. 108.

e, logo, a conclusão acabava sendo que, por isso, ela não deveria existir. É como se se partisse de uma fórmula matemática e, de repente, se tivesse que solucionar um problema com uma variável que não estava ali, negando-se solução ao problema.

Toda vez que o raciocínio parte de bases puramente naturalísticas e que se buscam elementos psicológicos humanos nas pessoas jurídicas, a consequência inevitável é negar-lhes a aplicação de institutos penais que, na perspectiva da concepção significativa de ação, são identificáveis e aferíveis. González Cussac¹⁵⁹ afirma que, de fato, essa incapacidade de explicação da responsabilidade penal da pessoa jurídica decorre das teorias com forte base ontológica.

2.1 A ABORDAGEM A PARTIR DA PERSPECTIVA DA AÇÃO SIGNIFICATIVA

Na concepção significativa da ação, superam-se aqueles óbices frequentemente postos pela doutrina para responsabilização penal das pessoas jurídicas, como a suposta incapacidade de ação e de reconhecimento de vontade própria¹⁶⁰ ou de motivação pelas normas¹⁶¹.

Soma-se a isso o fato de que, partindo dessa base teórica, é possível desenvolver um modelo de autorresponsabilidade das pessoas jurídicas¹⁶². Se todo crime consiste num desvalor de ação e de resultado, somente se pode atribuir

¹⁵⁹ GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. **Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, p. 87.

¹⁶⁰ GRACIA MARTÍN, Luís. La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas. *In*: ROMEO CASABONA, Carlos María. **Dogmática penal, política criminal y criminología en evolución**. Peligros: Comares, 1996, p. 108/112.

¹⁶¹ LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen. La discusión sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas y las consecuencias accesorias del art. 129 CP, once años después. *In*: MUÑOZ CONDE, Francisco (dir.). **Problemas actuales del Derecho penal y de la criminología**: estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita. Valencia: Tirant lo blanch, 2008, p. 568.

¹⁶² A pessoa jurídica pode ser responsabilizada de duas formas: heterorresponsabilidade, em que se parte de um delito de uma pessoa física e, a depender de alguns requisitos, atribui-se responsabilidade à pessoa jurídica por aquele fato ou, autorresponsabilidade, em que ela é responsabilizada por um fato dela mesma, sem a necessidade de recorrer a qualquer conduta alheia. GALÁN MUÑOZ, Alfonso. La responsabilidad penal de la persona jurídica tras la reforma de la LO 5/2010: entre la hetero y la autorresponsabilidad. **REJ Revista de estudios de la justicia**, n. 15, p. 180. Os diversos modelos de heterorresponsabilidade (Para um apanhado sobre tais modelos, v. PRAZERES, Ângela dos; BUSATO, Paulo César. Heterorresponsabilidade e autorresponsabilidade penal de pessoas jurídicas. Especial referência ao fato de conexão. *In*: BUSATO, Paulo César (org.). **Responsabilidade penal de pessoas jurídicas**: anais do III seminário Brasil-Alemanha. Vol. II. São Paulo: Empório do Direito; Tirant lo Blanch, 2020. p. 9-34.) têm em comum a violação ao princípio da culpabilidade, ao atribuírem à pessoa jurídica responsabilidade penal por ato praticado por outrem. Se se reconhece que o feito foi realizado por uma pessoa física, a responsabilidade não pode ser transferida, estendida, identificada com a pessoa jurídica.

responsabilidade penal a uma pessoa jurídica por um resultado e uma ação que ela mesma produziu. Além disso, é preciso reconhecer que a pessoa jurídica é capaz de ação e que lhe é possível atribuir dolo, independente de se perscrutar a vontade de sócios, dirigentes ou quem quer que seja¹⁶³.

Assim, nesse modelo, afastam-se as violações ao princípio da culpabilidade, tratando-se da responsabilidade da pessoa jurídica apenas pelos atos que ela mesma praticou e pelos resultados que ela mesma causou.

A análise aqui é, portanto, uma “especulação teórica”, nas palavras de González Cussac¹⁶⁴, ou seja, é uma exploração que não se limitará às disposições legais atuais no Brasil sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica, que se encontra, especialmente, na lei de crimes ambientais¹⁶⁵. Com efeito, como diferencia González Cussac com peculiar clareza, não são as mesmas as discussões teóricas que partem da lei positivada e que devem trabalhar com os limites dados por ela, e as discussões teóricas que especulam sobre melhores cenários para o desenvolvimento legislativo. As análises deste trabalho, por não se vincularem às estreitas possibilidades da lei de crimes ambientais, nem à possível reforma do Código penal brasileiro¹⁶⁶, atendem à segunda forma de exploração, ou seja, um refinamento dos estudos teóricos acerca da responsabilidade penal das pessoas jurídicas (e corresponsabilidade com as físicas), desvinculado da atual legislação positiva, mas atento à previsão constitucional que legitima essa responsabilização¹⁶⁷ e afasta eventual resistência quanto à possibilidade ou constitucionalidade do instituto.

¹⁶³ BUSATO, Paulo César. **Tres tesis sobre la responsabilidad penal de personas jurídicas**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019. p. 89-103.

¹⁶⁴ GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. **Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, p. 319.

¹⁶⁵ Especialmente, vez que, atualmente, há outros dispositivos que também mencionam expressamente a pessoa jurídica ou a ela fazem referência, a exemplo dos artigos 337-A, § 3º e 337-M, §§ 1º e 2º do Código penal. (Sonegação de contribuição previdenciária Art. 337-A. Suprimir ou reduzir contribuição social previdenciária e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: (...) § 3º Se o empregador não é pessoa jurídica e sua folha de pagamento mensal não ultrapassa R\$ 1.510,00 (um mil, quinhentos e dez reais), o juiz poderá reduzir a pena de um terço até a metade ou aplicar apenas a de multa. (...); Contratação inidônea Art. 337-M. Admitir à licitação empresa ou profissional declarado inidôneo: (...) § 1º Celebrar contrato com empresa ou profissional declarado inidôneo: (...) § 2º Incide na mesma pena do caput deste artigo aquele que, declarado inidôneo, venha a participar de licitação e, na mesma pena do § 1º deste artigo, aquele que, declarado inidôneo, venha a contratar com a Administração Pública.)

¹⁶⁶ Apesar de estar em trâmite, o projeto não é movimentado desde fevereiro de 2021. Na data do último acesso à página de tramitação, encontrava-se aguardando designação de relator. SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012 - (NOVO CÓDIGO PENAL)**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>. Acesso em: 21 dez. 2021.

¹⁶⁷ BUSATO, Paulo César. A responsabilidade criminal de pessoas jurídicas na história do direito positivo brasileiro. **Revista de Informação Legislativa: RIL**, v. 55, n. 218, p. 85-98, abr./jun. 2018.

Analizam-se, a seguir, os fundamentos teóricos da responsabilidade penal da pessoa jurídica nesta concepção, que servirão de base para a análise subsequente da corresponsabilidade em casos em que há atuação conjunta de pessoas físicas.

2.2 AÇÃO

O reconhecimento da capacidade de ação das pessoas jurídicas depende necessariamente do desapego de bases ontológicas¹⁶⁸. Se se parte de uma ideia de causalidade física e de movimento corporal causado por um processo psicológico, evidentemente não se consegue explicar como uma pessoa jurídica seria capaz de ação. Na verdade, com esse apego, mesmo situações que envolvem pessoas naturais já ficam sem explicação ou exigem explicações engenhosas, como é, classicamente, o caso da omissão¹⁶⁹ ou da imprudência¹⁷⁰.

Na concepção significativa, é possível compreender a ação prescindindo dessa base ontológica.

Segundo Vives Antón¹⁷¹, a ação depende do significado que socialmente se atribui a ela, ou seja, a atribuição de sentido depende das práticas sociais. Nessa concepção, abandona-se a ideia de que as ações são “causadas” por intenções que gerariam movimentos corporais. A intenção não é mais entendida como este momento prévio, que acontece num mundo à parte, psicológico, que, afinal, é inalcançável. A intenção, quando existe, está inscrita na ação, na conduta interpretada¹⁷². As ações são concebidas, portanto,

... como interpretaciones que, según los distintos tipos de reglas sociales, pueden darse al comportamiento humano. Definiré, pues, la acción, no como sustrato conductual susceptible de recibir un sentido, sino como sentido que,

¹⁶⁸ GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. **Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, p. 325.

¹⁶⁹ CARBONELL MATEU, Juan Carlos. Aproximación a la dogmática de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. *In*: CARBONELL MATEU, Juan Carlos; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis; ORTS BERENGUER, Enrique (dir.). **Constitución, derechos fundamentales y sistema penal**: semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón. Tomo I. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, p. 315/317.

¹⁷⁰ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del sistema penal**: acción significativa y derechos constitucionales. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 237-238.

¹⁷¹ *Ibid.*, p. 230-261.

¹⁷² VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. Primer seminario: Lady Macbeth y la doctrina de la acción. *In*: VIVES ANTÓN, Tomás S.; CUERDA ARNAU, M^a Luisa; GÓRRIZ ROYO, Elena. **Acción significativa, comisión por omisión y dogmática penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, p. 18.

*conforme a un sistema de normas, puede atribuirse a determinados comportamientos.*¹⁷³

A ação não é, portanto, o substrato, mas seu sentido. Isso tem algumas consequências importantes: primeiro, não é mais necessário buscar um movimento físico ou corporal para que se possa compreender a ação, pois ela está no significado, que pode ser tanto o de fazer algo como o de deixar de fazer algo, conforme as regras sociais¹⁷⁴; segundo, que, como os significados são distintos em cada tipo de ação, não existe um conceito único de ação que abarque todos esses múltiplos significados¹⁷⁵.

Essas consequências refletem diretamente na forma de interpretação da responsabilidade penal das pessoas jurídicas.

Quando se compreende que a ação não é aquele movimento corporal causado por uma intenção que reside num inalcançável mundo psicológico, mas é o significado de uma conduta conforme regras sociais, fica clara a capacidade de ação dos entes coletivos.

Como aponta Carbonell Mateu¹⁷⁶, já por razões bem mais simples não fazia sentido a exigência de que uma pessoa jurídica fosse capaz de movimentos por si só para que fosse considerada capaz de realizar ação. Se assim fosse, sequer consideraríamos que elas são capazes de celebrar contratos, já que não têm mãos nem seguram a caneta para firmar seus documentos e se comprometer.

González Cussac¹⁷⁷ também evidencia a incoerência de que as pessoas jurídicas sejam consideradas sujeitos de direitos independentes das pessoas físicas

¹⁷³ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del sistema penal**: acción significativa y derechos constitucionales. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 221.

¹⁷⁴ CARBONELL MATEU, Juan Carlos. Aproximación a la dogmática de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. *In*: CARBONELL MATEU, Juan Carlos; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis; ORTS BERENGUER, Enrique (dir.). **Constitución, derechos fundamentales y sistema penal**: semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón. Tomo I. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, p. 316-317.

¹⁷⁵ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del sistema penal**: acción significativa y derechos constitucionales. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 222. Ainda, GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. **Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, p. 326-327.

¹⁷⁶ CARBONELL MATEU, Juan Carlos. Aproximación a la dogmática de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. *In*: CARBONELL MATEU, Juan Carlos; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis; ORTS BERENGUER, Enrique (dir.). **Constitución, derechos fundamentales y sistema penal**: semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón. Tomo I. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, p. 315-316.

¹⁷⁷ GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. **Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, p. 319-320.

que a constituem, que sua vontade formada por procedimentos legais e estatutários tenha validade e possua efeitos jurídicos, mas que, para o Direito penal, não possa ser considerada responsável pelos seus atos¹⁷⁸.

Quando se compreende a ação desvinculada desse apego ontológico, percebe-se que essas incongruências se desvanecem.

Já de plano, levando em conta o que Vives Antón¹⁷⁹ aclara sobre a ação e a intenção, essa concepção admite a impossibilidade de buscar a intenção num mundo psicológico à parte na mente do sujeito, que teria dado causa à ação entendida como um movimento corporal correspondente.

Partindo daí, já é possível se desprender da ideia de uma ação que parecia exclusivamente humana. Se ação era um movimento corporal que era causado por um pensamento intencional nesse sentido, fica difícil mesmo imaginar uma pessoa jurídica desenvolvendo esse procedimento. Quando, porém, percebe-se que a ação é o significado de um substrato e que se prescinde, ou melhor, que não se consegue alcançar a intenção subjetiva interna que estava na mente do sujeito, chega-se à conclusão de que a intenção se extrai mesmo do próprio significado compreendido e que, portanto, uma corporação, assim como uma pessoa natural, pode, da mesma forma, ser capaz de ação. Ou seja, para qualquer delas, é possível identificar, com base nas regras sociais, que há um significado atribuível à sua conduta.

De fato, as condutas das pessoas jurídicas têm significado quando analisadas com base nas regras de comportamento social, pois são sujeitos de direitos submetidos a normas e dos quais se podem exigir determinados comportamentos. Assim, tais comportamentos podem ser interpretados de acordo com a linguagem social e comunicativa e, ademais, pode-se reconhecer que eles violam normas. Consequentemente, às suas condutas pode ser atribuído um significado. Se a ação

¹⁷⁸ No mesmo sentido, BUSATO, Paulo César. **Tres tesis sobre la responsabilidad penal de personas jurídicas**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 96.

¹⁷⁹ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del sistema penal**: acción significativa y derechos constitucionales. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 219-263.

se encontra justamente neste significado, as pessoas jurídicas são capazes de ação¹⁸⁰.

González Cussac lembra que, partindo dessas bases, a ação não é um conceito genérico, pois as diferentes ações não têm todas um sentido comum e, assim, para compreender uma ação, é preciso, primeiro, saber de qual ação se fala¹⁸¹. Assim, quando se perquire se uma pessoa jurídica é capaz de ação, pode-se ajustar melhor a pergunta para compreender se, na verdade, ela é capaz de realizar determinado tipo de ação¹⁸². Dessa maneira, ao se questionar se a pessoa jurídica é capaz de ação, não se pode partir de alguns exemplos pontuais em que elas não seriam capazes de realizar a ação (como a violação sexual mediante fraude¹⁸³ ou o aborto provocado pela gestante¹⁸⁴, por exemplo) para explicar que elas não seriam capazes, de forma genérica, de ação. Como as ações não têm esse supraconceito único¹⁸⁵, o que deve ser questionado é, a partir de um tipo de ação específico, se há capacidade de ação.

Partindo de alguns tipos, percebe-se que não só as pessoas jurídicas são capazes, como em alguns tipos elas correspondem idealmente à categoria dos sujeitos ativos. Toma-se como exemplo a apropriação indébita previdenciária (artigo 168-A do Código Penal¹⁸⁶), a redução à condição análoga de escravo (artigo 149 do

¹⁸⁰ CARBONELL MATEU, Juan Carlos. Aproximación a la dogmática de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. *In*: CARBONELL MATEU, Juan Carlos; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis; ORTS BERENGUER, Enrique (dir.). **Constitución, derechos fundamentales y sistema penal: semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón**. Tomo I. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, p. 315-317-318; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. **Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, p. 319-321/325-326.

¹⁸¹ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del sistema penal: acción significativa y derechos constitucionales**. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 542-543; no mesmo sentido, GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. **Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, p. 326-327.

¹⁸² GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. **Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, p. 327.

¹⁸³ Violação sexual mediante fraude Art. 215. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com alguém, mediante fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima: (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009) Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos.

¹⁸⁴ Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: Pena - detenção, de um a três anos.

¹⁸⁵ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del sistema penal: acción significativa y derechos constitucionales**. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 222.

¹⁸⁶ Apropriação indébita previdenciária (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000) Art. 168-A. Deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional: (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000) Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa. (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000) (...)

Código Penal¹⁸⁷) ou os ainda mais expressos artigos 337-A e 337-M do Código Penal¹⁸⁸. São notadamente empregadores que, em regra, são pessoas jurídicas, que poderiam deixar de recolher ou suprimir uma contribuição sobre folha de pagamento ou serviços, que poderiam exigir trabalhos forçados, que poderiam ser consideradas inidôneas à licitação. Além destes exemplos muito claros normalmente relacionados a obrigações próprias empresariais, outros crimes mais “clássicos” poderiam ser cometidos por pessoas jurídicas, sempre lembrando que, para a análise dessa capacidade, é preciso se desapegar da ideia de pressupostos ontológicos e analisar cada tipo de ação específico¹⁸⁹. Como visto no capítulo anterior, as pessoas jurídicas são pródigas em condutas que violam bens jurídicos importantíssimos, não precisando, para isso, puxar gatilhos ou segurar chicotes.

Em síntese, ao conceber a ação como um significado compreendido por meio das normas sociais, percebe-se que a pessoa jurídica é capaz de ação. Isso porque se trata de um sujeito de direito que está submetido às normas sociais e que por elas transita, tomando decisões, praticando atos, contraindo obrigações e, também, infringindo normas jurídicas¹⁹⁰. Logo, de suas condutas é possível extrair um significado e, portanto, a capacidade de ação. Obviamente, não é capaz de realizar todos os tipos de ação (ora, tampouco todas as pessoas físicas o são), mas, ao se levar em conta que a ação não é um conceito genérico e que o que precisa ser

¹⁸⁷ Redução a condição análoga à de escravo Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto: (Redação dada pela Lei nº 10.803, de 11.12.2003) Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência. (Redação dada pela Lei nº 10.803, de 11.12.2003) (...)

¹⁸⁸ Sonegação de contribuição previdenciária Art. 337-A. Suprimir ou reduzir contribuição social previdenciária e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: (...) § 3º Se o empregador não é pessoa jurídica e sua folha de pagamento mensal não ultrapassa R\$ 1.510,00 (um mil, quinhentos e dez reais), o juiz poderá reduzir a pena de um terço até a metade ou aplicar apenas a de multa. (...); Contratação inidônea Art. 337-M. Admitir à licitação empresa ou profissional declarado inidôneo: (...) § 1º Celebrar contrato com empresa ou profissional declarado inidôneo: (...) § 2º Incide na mesma pena do caput deste artigo aquele que, declarado inidôneo, venha a participar de licitação e, na mesma pena do § 1º deste artigo, aquele que, declarado inidôneo, venha a contratar com a Administração Pública.

¹⁸⁹ GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. **Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, p. 328.

¹⁹⁰ CARBONELL MATEU, Juan Carlos. Aproximación a la dogmática de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. *In*: CARBONELL MATEU, Juan Carlos; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis; ORTS BERENGUER, Enrique (dir.). **Constitución, derechos fundamentales y sistema penal: semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón**. Tomo I. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.

analisado é cada um dos tipos de ação, percebe-se que a capacidade de ação das pessoas jurídicas certamente é passível de constatação.

2.3 DOLO E IMPRUDÊNCIA

Para análise do dolo da pessoa jurídica, é necessária, inicialmente, a abordagem dessa categoria do delito na perspectiva significativa da ação. Delimitadas suas bases, então, verifica-se como se dá a aplicação de um elemento que sempre pareceu tão ligado a uma perspectiva humana à pessoa jurídica.

Nesse modelo de imputação, o dolo e a imprudência representam a pretensão de ilicitude da norma.

Verificada a pretensão de relevância na sua vertente conceitual (relacionada ao tipo objetivo) e de ofensividade (se há lesão ou perigo relevante ao bem jurídico) e constatando-se que há tipo de ação, analisa-se a pretensão de ilicitude a fim de constatar se há dolo ou imprudência. Presente um desses compromissos, haverá pretensão de ilicitude, ou seja, de antijuridicidade formal. Ausentes, não haverá ilicitude e, conseqüentemente, não se justifica a atuação do Direito penal.

Conforme afirmam Orts Berenguer e González Cussac

... la intención subjetiva (dolo o imprudencia) no integra el tipo de acción, porque no cumple una función conceptual o definitoria de la clase de acción correspondiente. Y tampoco integra el juicio de reproche en qué consiste la culpabilidad, pues al concebirse la norma como directiva de conducta, constituye una forma de infracción de la misma, incardinándose en la categoría de ilicitud o infracción del deber (antijuridicidad formal como antinormatividad).¹⁹¹

O que se destaca na concepção significativa de ação é a interpretação que se faz desses elementos – dolo e imprudência, afastando-os, de um lado, de noções psicológicas e de uma necessidade insaciável de intromissão na mente do sujeito e, de outro, apresentando uma análise normativa que não descarta da necessidade de se levar em conta elementos como as práticas sociais e os costumes que constroem as relações intersubjetivas¹⁹².

¹⁹¹ ORTS BERENGUER, Enrique; GONZÁLEZ CUSSAC, José L. **Compendio de Derecho penal**: parte general. 8. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 330.

¹⁹² VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del sistema penal**: acción significativa y derechos constitucionales. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 248-252.

A consequência disso na análise do dolo é intuitiva: se não é possível alcançar o que se passa na mente do sujeito, não é possível conhecer o que ele sabe e o que ele quer, os elementos tradicionais do dolo (cognitivo e volitivo). Esta tendência aparece também em outros teóricos, com o dolo atributivo.

Por exemplo, para Pérez Barberá¹⁹³, o dolo não é vontade e nem conhecimento e, além disso, não forma parte do mundo fático, mas apenas do mundo normativo. Para o autor, o dolo é a propriedade normativa em função da qual se desvalora mais ou menos uma conduta.

Ragués i Vallès¹⁹⁴, por sua vez, também afasta a possibilidade de se averiguar a ocorrência de dados psíquicos e propõe que o dolo seja atribuído com base no significado social de uma conduta e das circunstâncias que a acompanham.

Da mesma maneira, Hassemer¹⁹⁵ afirma que é impossível observar o dolo ou a imprudência como esses fenômenos internos e explica que somente é possível fazer isso com base em elementos externos que os caracterizem.

A diferença entre esses autores e a concepção significativa é que, na concepção significativa, a atribuição não é exclusivamente normativa, pois é possível compreender o dolo de uma forma mais acessível, mais cotidiana.

Vives Antón¹⁹⁶, de forma muito elucidativa, evidencia as deficiências dessa exigência de um “querer” como elemento do dolo com os seguintes exemplos: como se pode reunir sob o mesmo gênero a situação de quem deliberadamente mata seu inimigo com um tiro à de quem coloca uma bomba em um carro para matar um chefe de Estado sabendo que matará também o motorista e a de quem joga roleta russa com os amigos queridos. São três atitudes psicológicas completamente distintas, mas que são colocadas sob a mesma denominação do dolo, como se representassem igualmente um “querer”.

E, a seguir, demonstra que, da mesma forma, o “conhecimento” é algo que não se pode verificar, o que fica muito claro com o dolo eventual. Não há como saber

¹⁹³ PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. **El dolo eventual**: hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental. Buenos Aires: Hammurabi, 2011, p. 816-817.

¹⁹⁴ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **El dolo y su prueba en el proceso penal**. Barcelona: José Maria Bosch, 1999, p. 352-353.

¹⁹⁵ HASSEMER, Winfried. Los elementos característicos del dolo. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, v. 43, p. 909-932, 1990, p. 931.

¹⁹⁶ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del sistema penal**: acción significativa y derechos constitucionales. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 249-250.

se o autor teve uma representação do resultado, se efetuou uma previsão e se realizou um cálculo¹⁹⁷.

Então, como aferir se há dolo? Como dito alhures, a intenção não é verificável perscrutando-se a mente do autor, mas é compreendida pelas práticas sociais, pelos costumes e pelas instituições humanas. E assim se afere o dolo, segundo Vives Antón¹⁹⁸: como um compromisso verificável pelo exame das regras sociais e jurídicas que definem a ação em comparação com as competências do autor. Essas competências, por sua vez, também não são averiguadas por uma infrutífera busca do que continha a mente do autor, mas pela verificação das suas manifestações externas, que dão conta de que técnicas dominava, do que podia prever, do que podia calcular. Somente com base nessas manifestações externas é que se pode entender suas intenções.

Consequência disso é que o “querer” deixa de ser uma ideia psicológica de desejo, pois, na verdade, reside na ação mesma, a qual se expressa como um compromisso de atuar, uma intenção. E essa verificação deixa, então, de ser naturalística para ser normativa¹⁹⁹.

O dolo é identificado, assim, como o compromisso com a lesão²⁰⁰: então, passa a fazer sentido por que condutas tão diferentes como aquelas exemplificadas alhures (matar o inimigo, causar a morte do motorista do chefe de Estado e brincar de roleta russa) podem ser reunidas em um só gênero com consequências jurídicas muito próximas. Em todos esses casos, as manifestações externas permitem inferir que houve um compromisso de atuar e com a lesão. Frisa-se que não se trata de perquirir os desejos internos de quem atuou, mas de verificar suas manifestações externas conjugadas com aquilo que se extrai de suas competências²⁰¹. São “*criterios de comprensión, que nos permitan deslindar la gravedad de la contradicción entre la acción y la directiva de conducta contenida en la norma*”²⁰².

¹⁹⁷ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del sistema penal**: acción significativa y derechos constitucionales. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 251.

¹⁹⁸ Ibid., p. 252. Nesse mesmo sentido, ORTS BERENGUER, Enrique; GONZÁLEZ CUSSAC, José L. **Compendio de Derecho penal**: parte general. 8. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 331.

¹⁹⁹ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del sistema penal**: acción significativa y derechos constitucionales. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 253.

²⁰⁰ Ibid., 2011, p. 253.

²⁰¹ Ibid., p. 253.

²⁰² Ibid., p. 253.

Já a imprudência é a ausência de compromisso, quanto com a produção do resultado típico, como o compromisso normativamente exigido com a evitação da lesão²⁰³.

Nota-se, assim, que sempre existe o compromisso de atuar. Esse mínimo comum está presente tanto para o dolo como para a imprudência²⁰⁴. O que os diferencia é o compromisso com a produção do resultado típico, que não está nesta última.

Segundo Orts Berenguer e González Cussac, na atribuição por imprudência,

... el sujeto muestra una ausencia de compromiso con el resultado, pero también una ausencia de compromiso normativo exigido de evitar el resultado (falta de cuidado en la acción): no ha querido realizar el hecho, pero, sin embargo, se ha producido por su descuido y desatención e imprevisión, de modo que podía y debía haberlo evitado²⁰⁵.

Depreende-se, assim, que o dolo e a imprudência são aferidos normativamente com base nas suas manifestações externas, sem qualquer recurso à mente do autor e, nem sequer, com a pretensão de que haja uma equivalência ou correspondência entre o que o dolo atribuído normativamente e o que se passa na mente do autor²⁰⁶.

Verifica-se o dolo quando há compromisso com a produção do resultado típico e a imprudência quando falta este compromisso e, também, o de evitar o resultado.

Uma vez que se abandona uma concepção de dolo apegada a elementos psicológicos, afastam-se os óbices do reconhecimento de que à pessoa jurídica é atribuível o dolo (ou a imprudência).

O primeiro ponto a ser destacado é que a pessoa jurídica pode manifestar vontade própria. Com efeito, nem sempre as decisões de atuação de uma empresa correspondem a uma vontade individual, ou mesmo a uma soma de vontades específicas, divisíveis e identificáveis de pessoas físicas. Por vezes, haverá decisões

²⁰³ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del sistema penal**: acción significativa y derechos constitucionales. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 259.

²⁰⁴ ORTS BERENGUER, Enrique; GONZÁLEZ CUSSAC, José L. **Compendio de Derecho penal**: parte general. 8. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 331.

²⁰⁵ Ibid., p. 337.

²⁰⁶ Segundo Busato, algumas perspectivas, apesar de atribuir o dolo de forma normativa, ainda tentam fazer com que ele corresponda ao que estaria na mente do autor, como numa busca de uma verdade como correspondência de Tarski. BUSATO, Paulo César. Apresentação. In: CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Dolo e linguagem**: rumo a uma nova gramática do dolo a partir da filosofia da linguagem. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 7-12.

para realização de ações que serão diversas das vontades individuais. Exemplo irrefutável é dado por Busato:

Las reglas de gestión de dicha empresa proponen que las deliberaciones se tomarán por mayoría simple en votación abierta y simultánea. Identificado el contenido del acta de la reunión en que se deliberó por la ampliación de la fábrica con la construcción del nuevo edificio, se ha identificado que la votación ha sido fraccionada en tres etapas, siendo cada votante, sin conocer los votos de los demás, ni el resultado de las decisiones de las demás etapas, debería contestar sí o no a tres distintas preguntas: 1a) ¿Debemos ampliar la fábrica con una nueva construcción? 2a) ¿Construiremos devastando la vegetación al margen del Río? 3a) ¿Debemos pedir autorización del órgano de control ambiental para realizar deforestación en nuestro terreno? En la primera pregunta, A y B votaron por la ampliación de la fábrica, que no era deseada por C, el cual votó contra su realización; a la segunda pregunta, A y C votaron a favor de que tuviera lugar la remoción de la mata, construyéndose a orillas del río, tema en que fue vencido B, al que agradecería que la construcción se realizara en nuevos pisos sobre los ya existentes; finalmente, en tercera votación, B y C optan por no solicitar licencia de la autoridad para la deforestación, a la vista de que tiene como política corporativa no someterse a las reglas administrativas del Estado ni siquiera desde el punto de vista fiscal y temen que una solicitud pueda llevar a una verificación estatal de otro orden en la empresa, tema en que fue vencido A²⁰⁷.

Ora, no caso, A gostaria de ampliar a fábrica sobre as margens do rio, mas pretendia requerer autorização para tanto. B não gostaria que a ampliação se desse sobre as margens do rio, vulnerando a mata ciliar. E C sequer pretendia a ampliação da fábrica. Individualmente, não há qualquer pessoa física que tenha votado por uma ampliação que cause desmatamento desautorizado, mas a decisão da pessoa jurídica, ao fim, foi essa. Logo, a manifestação de vontade é exclusiva da pessoa jurídica, assim como o resultado danoso é apenas a si atribuível²⁰⁸.

Além dessa situação, podem existir inúmeras outras em que a pessoa jurídica manifeste sua vontade por meio da exteriorização de decisões que coincidem ou não com a de indivíduos de sua estrutura. O fato de que coincidam tampouco afasta sua vontade própria, mas apenas indica que pode existir coautoria ou mesmo participação, seja na gestação da decisão que resulte criminosa, seja na aderência de outrem a sua decisão de agir ilicitamente.

Assim, é despicienda a exigência de um fato de conexão e de uma dependência a um ato praticado por uma pessoa física para que se possa atribuir

²⁰⁷ BUSATO, Paulo César. **Tres tesis sobre la responsabilidad penal de personas jurídicas**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 100-101.

²⁰⁸ Ibid., p.101.

responsabilidade à pessoa jurídica. Esta tem não só capacidade jurídica de atuar, como expressa vontade própria e, muitas vezes, diversa das pessoas físicas que a compõem.

Levando-se isso em conta, observa-se que é possível reconhecer o dolo correspondente à pessoa jurídica: se o dolo é o compromisso com a produção do resultado típico, então, ao manifestar uma vontade própria e apenas a si atribuível, a pessoa jurídica exterioriza um compromisso com a produção de um resultado típico.

Se é isso que interessa ao Direito penal e não processos psicológicos, desejos ou sentimentos²⁰⁹, é irrelevante que a pessoa jurídica não os tenha. Não é coerente exigir-se para ela algo que sequer é apreensível nas pessoas físicas. A compreensão de sentido da ação e a intenção nela manifestada existem, aqui, de forma igual para qualquer dos sujeitos – pessoa física ou jurídica – e tentativas de “humanizar” a manifestação do compromisso de atuar regride à renitente e infrutífera busca do que se passa na mente das pessoas.

Não se nega, portanto, que pessoas físicas pensem, tenham ideias, desejos, e pessoas jurídicas não. O que se defende aqui é que, uma vez que não se pode escarafunchar o pensamento alheio, o que importa para aferição do dolo não são aquelas ideias e aqueles desejos, mas a sua externalização, a partir da qual, e somente a partir da qual, pode-se compreender o compromisso expresso por meio da ação. Se é assim, pouco importa que a decisão da pessoa jurídica se origine de uma reunião, de uma votação ou de um procedimento administrativo interno, pois ela, da mesma forma, externaliza sua decisão em uma ação compreensível de acordo com práticas sociais. Ao fim, o que interessa é justamente a ação na qual se expressa a intenção, o que é constatável tanto para a pessoa física quanto para a pessoa jurídica da mesma forma.

Portanto, tanto a intenção objetiva (o sentido do que se faz²¹⁰) como a subjetiva (a expressão das atitudes do sujeito frente à norma e frente às consequências de sua ação²¹¹) são aferíveis normativamente com relação à pessoa jurídica, assim como o são para as pessoas naturais. Nas pessoas físicas, elas podem

²⁰⁹ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del sistema penal**: acción significativa y derechos constitucionales. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 252.

²¹⁰ ORTS BERENGUER, Enrique; GONZÁLEZ CUSSAC, José L. **Compendio de Derecho penal**: parte general. 8. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 330.

²¹¹ Ibid., p. 330.

até se desenvolver em suas mentes e estarem permeadas de irrelevantes desejos exclusivamente humanos, mas o que interessa ao Direito penal é a manifestação da intenção expressada na ação. É a compreensão da ação nesse meio externo que tem relevância. E, ainda que gestado de uma forma burocrática e não mental, a pessoa jurídica também expressa esse compromisso de atuar ao manifestar decisões contrárias ao bem jurídico. Logo, o componente humano não altera em nada a análise das manifestações externas a fim de se reconhecer se pessoa física ou jurídica agiu intencionalmente, ou seja, teve dolo. Por meio do cotejo da ação com o entorno social, com os costumes, com o domínio de técnicas, é possível identificar dolo para uma e para outra.

Se é possível identificar para as pessoas jurídicas o compromisso com o resultado (dolo), evidentemente também é possível constatar a ausência desse compromisso combinada com a ausência de diligência e cuidado²¹². Dessa maneira, tampouco há dificuldades para se identificar eventual conduta imprudente de uma pessoa jurídica.

2.4 CULPABILIDADE

A culpabilidade é uma das categorias do delito que causa mais discussão e debate²¹³. Se já é assim com relação a uma racionalidade que vem sendo ininterruptamente desenvolvida por anos em torno da pessoa natural, quando se direciona o debate à responsabilidade penal das pessoas jurídicas, há ainda mais opiniões diversas²¹⁴.

²¹² Assim também conclui CARBONELL MATEU, Juan Carlos. Aproximación a la dogmática de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. *In*: CARBONELL MATEU, Juan Carlos; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis; ORTS BERENGUER, Enrique (dir.). **Constitución, derechos fundamentales y sistema penal**: semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón. Tomo I. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, p. 327.

²¹³ BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Grupo GEN, 2020, p. 399.

²¹⁴ Carbonell Mateu resume várias destas propostas em CARBONELL MATEU, Juan Carlos. Aproximación a la dogmática de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. *In*: CARBONELL MATEU, Juan Carlos; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis; ORTS BERENGUER, Enrique (dir.). **Constitución, derechos fundamentales y sistema penal**: semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón. Tomo I. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, p. 318-323.

O juízo de reprovabilidade da culpabilidade é dirigido ao autor do fato²¹⁵. Como havia sido mencionado antes, quando intuitivamente se pensa em autor do fato, pensa-se nas pessoas naturais. Logo, a primeira impressão sobre o juízo da culpabilidade é de que, da mesma forma, se dirigiria apenas a pessoas naturais. E quando se observam os requisitos tradicionais da culpabilidade²¹⁶, eles parecem, de fato, estar direcionados a pessoas físicas: verificação de maioridade, de problemas psiquiátricos que possam impedir a compreensão do fato, a possibilidade de conhecer a ilicitude do fato ou de ser exigível agir de outro modo... Todos esses elementos parecem, à primeira vista, dizer respeito a uma pessoa natural e não a uma pessoa jurídica em sua relação com a norma.

Por essas razões, e quiçá por outras não explícitas²¹⁷, foram sendo propostos outros modelos de culpabilidade para a pessoa jurídica, muitas vezes criando elementos novos e pressupostos diversos que seriam aplicados apenas aos entes morais²¹⁸.

Essas propostas, todavia, não serão objeto de análise ou debate por duplo motivo: primeiro, por partirem de um marco teórico diverso, o que traria problemas de coerência para a análise aqui realizada e, segundo, porque implicam uma dualidade de sistemas de imputação para a pessoa natural e a pessoa jurídica, com exigências

²¹⁵ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. **Derecho penal económico y de la empresa**: parte general. 5. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, p. 463.

²¹⁶ Tradicionalmente, os elementos da culpabilidade são imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e inexigibilidade de conduta diversa. BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Grupo GEN, 2020, p. 426.

²¹⁷ Busato afirma que em teorias como a do defeito de organização, de Gómez Jara-Díez, a construção da culpabilidade acaba levando a uma válvula de escape de responsabilidade que se alcança por meio do programa de *compliance*. BUSATO, Paulo César. **Tres tesis sobre la responsabilidad penal de personas jurídicas**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 88.

²¹⁸ Carbonell Mateu resume várias destas propostas em CARBONELL MATEU, Juan Carlos. Aproximación a la dogmática de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. In: CARBONELL MATEU, Juan Carlos; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis; ORTS BERENGUER, Enrique (dir.). **Constitución, derechos fundamentales y sistema penal**: semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón. Tomo I. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, p. 318-323.

diversas, o que levaria à criação de benefícios/malefícios a uma que não alcançariam a outra²¹⁹.

Dessa forma, assim como nos tópicos anteriores, o fio condutor será a concepção significativa da ação, na qual a ideia de culpabilidade está relacionada à pretensão de reprovabilidade²²⁰.

Conforme explica Vives Antón

*... para ser sujeto de reproche no basta haber realizado dolosa o culposamente la acción típica, sin que concurran causas de justificación ni excusas: es preciso, además, que el sujeto sea capaz de reproche (imputable) y que haya obrado conociendo o pudiendo conocer la ilicitud de su acción.*²²¹

Partindo dessa mesma base teórica, há mais de uma maneira de compreender a questão da culpabilidade para as pessoas jurídicas.

A primeira delas não faz a análise da culpabilidade partindo dos elementos que a compõem tradicionalmente (a imputabilidade e a potencial consciência da ilicitude) e se concentra na essência do juízo de capacidade de reprovação, como capacidade de infringir a lei penal.

Nesse sentido, para González Cussac²²², a culpabilidade consiste em “*comprobar la infracción de un deber jurídicamente exigible al sujeto en las circunstancias*”²²³ em que atuou.

Dessa maneira, não há dificuldade de compreender que a pessoa jurídica pode ser pessoalmente reprovada, uma vez que tem capacidade de infringir a lei

²¹⁹ CARBONELL MATEU, Juan Carlos. Aproximación a la dogmática de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. *In*: CARBONELL MATEU, Juan Carlos; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis; ORTS BERENGUER, Enrique (dir.). **Constitución, derechos fundamentales y sistema penal: semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón**. Tomo I. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, p. 307-328. Admitindo expressamente todo um sistema de imputação repensado para possibilitar a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, BAIGÚN, David. **La responsabilidad penal de las personas jurídicas**: ensayo de un nuevo modelo teórico. Buenos Aires: Depalma, 2000.

²²⁰ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del sistema penal**: acción significativa y derechos constitucionales. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 494.

²²¹ *Ibid.*, p. 313.

²²² GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. **Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, p. 332. No mesmo sentido, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. **Derecho penal económico y de la empresa**: parte general. 5. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, p. 587.

²²³ *Ibid.*, p. 613.

penal. González Cussac²²⁴ explica que essa capacidade pode ser vista de duas formas: como a capacidade de realizar ações antinormativas e, nos termos dos tópicos anteriores, demonstrou-se essa possibilidade; como equivalente à violação de deveres nascidos da norma. O autor destaca que essas duas perspectivas não se confundem e que a verificação da segunda é imprescindível.

O autor parte da análise da responsabilidade dos menores de idade, e explica que ninguém põe em dúvida que eles têm capacidade de realizar ações antinormativas, mas não sofrem consequências formalmente penais por isso. Já as pessoas jurídicas, por sua vez, têm, sim, capacidade de infringir a lei penal, porque têm capacidade reconhecida pelo ordenamento jurídico de atuar e de violar obrigações normativas.

Seguindo essa ideia de infração do dever pessoalmente exigível nas circunstâncias, também Carbonell Mateu²²⁵ e Martínez-Buján Pérez²²⁶ concordam com a possibilidade de se reconhecer a culpabilidade das pessoas jurídicas.

Para Carbonell Mateu²²⁷, as pessoas jurídicas também têm diferentes capacidades e competências, e algumas obrigações somente podem ser assumidas por umas e não por outras. Partindo da ideia de que a reprovação ocorre quando se constata que o cumprimento da norma era obrigatório pessoalmente àquele sujeito²²⁸, conclui que, se numa situação, era exigível e possível à determinada pessoa jurídica o cumprimento de uma obrigação que foi descumprida, pode-se falar que era exigível *“personalmente – ‘empresarialmente’ – la obligación”*²²⁹.

²²⁴ GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. **Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, p. 328-337.

²²⁵ CARBONELL MATEU, Juan Carlos. Aproximación a la dogmática de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. *In*: CARBONELL MATEU, Juan Carlos; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis; ORTS BERENGUER, Enrique (dir.). **Constitución, derechos fundamentales y sistema penal: semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón**. Tomo I. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, p. 311.

²²⁶ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. **Derecho penal económico y de la empresa: parte general**. 5. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, p. 603.

²²⁷ CARBONELL MATEU, Juan Carlos. Aproximación a la dogmática de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. *In*: CARBONELL MATEU, Juan Carlos; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis; ORTS BERENGUER, Enrique (dir.). **Constitución, derechos fundamentales y sistema penal: semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón**. Tomo I. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, p. 325-326.

²²⁸ *Ibid.*, p. 325.

²²⁹ *Ibid.*, p. 326.

Seguindo a lição de Carbonell, Martínez-Buján Pérez²³⁰ afirma que se pode fazer o juízo de reprovação das pessoas jurídicas, uma vez que este é um juízo estritamente jurídico e não moral e que consiste, como dito acima, em comprovar a infração de um dever juridicamente exigível ao sujeito nas circunstâncias pessoais em que atuou, o que é perfeitamente possível de se levar a cabo com relação a pessoas jurídicas.

Além disso, González Cussac afirma que a verificação do conhecimento ou da consciência de uma sociedade é algo perfeitamente possível usando jogos de linguagem, e que não só se pode dizer que têm conhecimento de que suas condutas são perigosas para os bens jurídicos, como podem, inclusive, equivocarse quanto a isso²³¹.

Na perspectiva destes autores, portanto, é possível aferir a culpabilidade, como juízo de reprovação, e, conseqüentemente, é possível falar em pena.

Existe, ademais, uma outra abordagem possível desse problema.

Busato²³², separando o princípio da culpabilidade do elemento da categoria do delito, reconhece que, ao ser possível a imputação de dolo ou culpa à pessoa jurídica, de forma que ela seja responsabilizada pessoalmente por uma vontade própria, cumpre-se a exigência de reprovação pessoal do princípio. Afirma, assim, que elas têm “*su misma culpabilidad*”, no sentido de que “*se concluye inevitablemente atendido el principio de culpabilidad para la atribución de RPPJ*”²³³.

Por outro lado, entende que não é possível reconhecer a culpabilidade, como categoria do delito, para as pessoas jurídicas, observando aqueles dois elementos que a informam: a imputabilidade e a potencial consciência da ilicitude. O autor afirma que tais elementos não podem ser empregados às pessoas jurídicas, porque construídos essencialmente para as pessoas físicas²³⁴. Lembra, porém, que existem medidas que são aplicadas quando faltam estes elementos, a exemplo das medidas de segurança e das medidas socioeducativas. Explica que tais medidas, ainda que

²³⁰ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. **Derecho penal económico y de la empresa**: parte general. 5. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, p. 613.

²³¹ GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. **Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, p. 334-336.

²³² BUSATO, Paulo César. **Tres tesis sobre la responsabilidad penal de personas jurídicas**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 102.

²³³ *Ibid.*, p. 102.

²³⁴ BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Grupo GEN, 2020, p. 562.

nem sempre sejam admitidas como penais, fazem parte do sistema penal²³⁵. Defende, assim, que é possível reconhecer que as pessoas jurídicas são capazes de ação e merecem a intervenção do sistema penal, mas que isso deve se dar por meio de medidas de segurança, da mesma maneira que ocorre com os inimputáveis, destacando que, se o fundamento das medidas de segurança é a periculosidade (e não a culpabilidade), então mais sentido ainda se faz a sua aplicação às pessoas jurídicas, cujos comportamentos são muito mais perigosos que os dos clássicos inimputáveis²³⁶.

No mais, a ideia de trabalhar com medidas de segurança também não parece se opor irremediavelmente às conclusões das duas primeiras abordagens acima. O que essa possibilidade demonstra é que, no mínimo, é possível considerar medidas de segurança para a pessoa jurídica pela sua inegável capacidade de causar dano, que atesta a sua periculosidade, dispensando uma perquirição sobre os elementos específicos da categoria da culpabilidade.

Enfim, dessas possíveis abordagens, percebe-se que os autores mencionados têm um ponto comum, que é essencial para se reconhecer a responsabilidade penal da pessoa jurídica: é possível a sua reprovação pessoal, considerando que elas podem ser responsabilizadas por um fato que decorreu de sua própria vontade, o que satisfaz as exigências do princípio de culpabilidade.

E essa constatação é suficiente para alcançar o objetivo deste capítulo – demonstrar que é possível responsabilizar a pessoa jurídica pessoalmente por uma conduta sua e por um resultado que causou.

Existe, entretanto, um último ponto que tem sido frequentemente levantado como essencial para o exercício do reconhecimento da responsabilidade das pessoas jurídicas, que é o *criminal compliance*, abordado a seguir.

2.5 CRIMINAL COMPLIANCE COMO PONTO DE FUGA

²³⁵ BUSATO, Paulo César. **Tres tesis sobre la responsabilidad penal de personas jurídicas**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 62.

²³⁶ BUSATO, Paulo César. Responsabilidade penal de pessoas jurídicas no projeto do novo Código penal brasileiro. **Revista Liberdades**, edição especial – reforma do Código penal, p. 98-128, set. 2012, p. 125.

Assentadas as bases para responsabilização da pessoa jurídica, é necessário analisar o sistema de *compliance* por duas razões que, ao fim, convergem em uma só.

A primeira dessas razões é que, nos últimos anos, construiu-se uma ideia de que os programas de *compliance* poderiam ser uma maneira de isentar de responsabilidade penal as pessoas jurídicas²³⁷, ou seja, são um ponto de fuga. Se eles poderiam afastar a responsabilidade da protagonista dos crimes cometidos nas atividades empresariais, isso torna interessante, senão necessário, o estudo desse instituto.

A segunda das razões está intimamente relacionada ao tema do capítulo a seguir, o problema central do trabalho: a principal figura do programa de *compliance*, o *compliance officer*²³⁸, é um sujeito importante na distribuição de responsabilidade penal na atividade empresarial? Ele deve ser (cor)responsável com a pessoa jurídica se houver crime desta?

Para responder a estas perguntas, é preciso iniciar a análise pela ideia do *compliance* como um ponto de fuga. A perspectiva crítica acerca dessa ideia foi amplamente desenvolvida por Busato²³⁹, cujo trabalho serve, aqui, como eixo central.

Como visto no primeiro capítulo, as pessoas jurídicas se organizam em grandes estruturas e são capazes de cometer os mais diversos crimes em suas atividades, seja por decisões próprias, seja em conjunto com pessoas físicas que fazem parte dessa atividade. E, desde o princípio, têm problemas de controle interno dentro dessa estrutura e dos seus cada vez mais longos braços que exigem cuidado especial para evitar problemas e fraudes que podem ter repercussão interna e

²³⁷ BUSATO, Paulo César. **Tres tesis sobre la responsabilidad penal de personas jurídicas**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 137.

²³⁸ Como explica Dopico Gómez-Aller, o *compliance officer* não é uma figura homogênea. Ele pode ser uma pessoa física contratada para a função, como pode ser um grupo de pessoas, e até mesmo pode ter suas funções relacionadas à direção empresarial. DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo. Posición de garante del *compliance officer* por infracción del “deber de control”: una aproximación tópica. In: ARROYO ZAPATERO, Luis Alberto; NIETO MARTÍN, Adán (dir.). **El derecho penal económico en la era compliance**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 165-190. Aqui neste tópico, as considerações que são feitas partem do recorte que interessa ao objetivo geral do trabalho, que é avaliar a corresponsabilidade de pessoas jurídicas com pessoas físicas. Logo, ao se falar sobre *compliance officer*, fala-se de pessoa física contratada como empregado ou como autônomo para exercer essa função, diferenciando-o, ainda, dos diretores, sócios, ou outras figuras com poder gestor diferenciado na estrutura da empresa. Isso porque estes últimos possuem deveres originais de controle, diferentes do *compliance officer* que tem funções delegadas.

²³⁹ BUSATO, Paulo César. **Tres tesis sobre la responsabilidad penal de personas jurídicas**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.

externa. Além disso, outro ponto que ficou claro ao analisar exemplos históricos das violações de direitos pelas pessoas jurídicas é que, antes, suas condutas violadoras eram bem mais explícitas e aceitas pelos demais. Por anos, a escravidão era uma prática aceita; por anos, os direitos das crianças não eram uma preocupação; por anos, foi normal investir em políticas de extermínio de outras pessoas. Mas, em algum momento, essa normalidade passa a ser vista de forma mais crítica pela sociedade, forçando as corporações a adotarem diferentes estândaes de conduta e de atuação para garantir sua continuidade.

Diariamente, são expostos problemas das mais diversas índoles, como a poluição ambiental, o desrespeito coletivo a direitos trabalhistas, as práticas concorrenciais nocivas, o abuso de informações no mercado financeiro e a corrupção, os quais exigem providências internas a fim de evitar ingerências externas.

Dentre os inúmeros mecanismos criados para buscar uma melhor adequação a padrões exigidos tanto pelo Estado, por meio de sua regulamentação, como pela sociedade, pela pressão exercida²⁴⁰, existe um em especial que ganhou atenção e tomou espaço nos discursos jurídicos: o programa de *compliance*²⁴¹.

Nieto Martín²⁴² indica que os programas de *compliance* nasceram para prevenção de condutas anticoncorrenciais, nos Estados Unidos, na década de 1940. León Alapont²⁴³, por sua vez, afirma que as empresas começaram a desenvolver programas de *compliance* por volta da década de 1950, nos Estados Unidos, quando várias companhias foram penalizadas por desrespeitar disposições antitruste. As origens dos programas também se devem ao caso *Watergate*, em razão dos esquemas de financiamento dos partidos políticos, e ao *Foreign Corrupt Practices Act*, de 1977²⁴⁴.

Apesar de os programas de *compliance* estarem sendo desenvolvidos pelas empresas há tantas décadas, com o intuito de evitar descumprimentos normativos e

²⁴⁰ Como já referido no primeiro capítulo, Beck chama esse fenômeno de pressão legítima. BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**. Rumo a uma outra modernidade. Trad. Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 325.

²⁴¹ BUSATO, Paulo César. **Tres tesis sobre la responsabilidad penal de personas jurídicas**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 110-111.

²⁴² NIETO MARTÍN, Adán. O cumprimento normativo. In: NIETO MARTÍN, Adán. (coord.). **Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal de pessoa jurídica**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2018, p. 29-53.

²⁴³ LEÓN ALAPONT, José. **Compliance penal**: especial referencia a los partidos políticos. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, p. 42.

²⁴⁴ Ibid., p. 42. No mesmo sentido, SCANDELARI, Gustavo Britta. Op. cit., p. 10-11.

consequentes responsabilizações, apenas nos últimos tempos passaram a aparecer no debate jurídico como um mecanismo que poderia ter algum tipo de efeito na imputação penal das pessoas jurídicas²⁴⁵. Segundo Busato²⁴⁶, essa discussão surgiu, na Espanha, justamente quando se iniciaram as alterações legislativas para responsabilização penal das pessoas jurídicas, evidenciando um interesse de se criar um mecanismo de exclusão da responsabilidade²⁴⁷.

Nesse sentido, passou-se a falar em *criminal compliance*, ou seja, a dar-se um foco ao tema criminal e penal relativo aos programas. Como explica Nieto Martín, o “*criminal compliance*” não significa dizer que se acrescentou ao *compliance* algo a mais, mas que se observam os elementos do *compliance* com as “*Denkbrillen*” do penalista, isto é, não existe um dever exclusivo de cumprimento penal, mas de cumprimento de regras e normas administrativas, trabalhistas, societárias, ambientais, dentre outras, analisado com olhar do penalista²⁴⁸. Assim, a existência de um programa de *criminal compliance* significa que o cumprimento normativo em geral será observado sob as preocupações penais, visando evitar consequências nesse âmbito.

O problema é que todo o mecanismo do *compliance* é criado e desenvolvido dentro da empresa por normas que ela mesma estabelece, numa forma de autorregulamentação, convertendo-a em “juíza de si mesma”²⁴⁹. Ainda que a legislação em alguns países, como a Espanha, estabeleça alguns critérios para que o programa de *compliance* possa ser considerado regular para fins de implicações penais, a certificação da regularidade poderia se dar por meio de uma entidade privada, numa forma de “autorregulamentação encoberta”, como afirma González Cussac²⁵⁰.

²⁴⁵ BUSATO, Paulo César. **Tres tesis sobre la responsabilidad penal de personas jurídicas**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 110-111.

²⁴⁶ Ibid., p. 110-111.

²⁴⁷ No Brasil, a existência de programas de *compliance* não é obrigatória nas empresas, mas está prevista na Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013), conforme Gabardo e Castella. GABARDO, Emerson; CASTELLA Gabriel Morettini e. A nova lei anticorrupção e a importância do compliance para as empresas que se relacionam com a Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, v. 15, n. 60, p. 129-147, jun. 2015.

²⁴⁸ NIETO MARTÍN, Adán. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho penal. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz (eds.). **Compliance y teoría del Derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 21-50.

²⁴⁹ BUSATO, Paulo César. **Tres tesis sobre la responsabilidad penal de personas jurídicas**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 111-112.

²⁵⁰ GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. **Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, p. 37.

Apesar de tais críticas, na Espanha está positivada a possibilidade de que o programa de *compliance* efetivamente exclua a responsabilidade da pessoa jurídica, a depender de alguns requisitos²⁵¹ e, assim, desenvolveu-se um raciocínio no sentido de que a existência de um programa de *compliance*, atendidos os requisitos, levaria à exclusão da tipicidade. Esse raciocínio parte do pressuposto de que, se a pessoa jurídica está bem organizada, a conduta só pode ter sido cometida por uma pessoa física em seu seio e, logo, a pessoa jurídica não pode ter cometido uma ação típica²⁵².

Assim, da maneira como a advocacia empresarial vem construindo a doutrina sobre a exclusão da responsabilidade, como, inclusive, chegou à lei na Espanha²⁵³, tornam-se muito mais complicada, primeiro, a constatação de um crime que eventualmente tenha sido identificado pelo sistema interno da empresa, pois um eventual *whistleblower* pode ter sua denúncia tratada ali mesmo e, segundo, muito mais cômoda a situação da empresa que tiver um crime por si cometido, já que um adequado programa de *compliance* estaria apto a livrá-la de responsabilidade²⁵⁴.

O que tudo isso acarreta é um direcionamento da preocupação penal da empresa de volta às pessoas físicas. E, então, quando há um programa de *compliance*, há uma pessoa física em especial que ganha os holofotes: o *compliance officer*. Como mencionado acima, esse redirecionamento da atenção a esta figura é a segunda razão pela qual é importante voltar os olhos ao *compliance*.

E a maior importância se deve ao fato de que, como aparece a ideia de *compliance*, já se percebe que sua tendência é funcionar como um mecanismo de

²⁵¹ GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. **Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, p. 163-238.

²⁵² BUSATO, Paulo César. **Tres tesis sobre la responsabilidad penal de personas jurídicas**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 126.

²⁵³ GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. **Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, p. 37. No Brasil, as repercussões do programa de *compliance* na responsabilidade criminal têm repercussão limitada à doutrina e a critérios jurisprudenciais desvinculados de uma lei específica que possa servir como diretriz nesse sentido. Sobre o tema, SCANDELARI, Gustavo Britta. **Compliance e law enforcement: propostas para o aperfeiçoamento da prevenção corporativa de ilícitos no Brasil**. 2021. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2021, p. 17-25/148-149. No Brasil, o *compliance* também chegou à regulamentação legal. Porém, essa deu no âmbito do Direito administrativo sancionador. Sobre o tema: GABARDO, Emerson; CASTELLA, Gabriel Morettini e. O *compliance* e a dosimetria da pena nas ações de improbidade: ponderações a partir da nova lei anticorrupção. **Juris plenum**, n. 80, p. 7-26, mar. 2018.

²⁵⁴ BUSATO, Paulo César. **Tres tesis sobre la responsabilidad penal de personas jurídicas**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 110-142.

fuga. Primeiro, para a empresa; segundo, para seus administradores. E, aí, surge a figura ideal para se atribuir culpa: o *compliance officer*²⁵⁵.

Ressalta Schünemann que, como consequência do princípio da descentralização, característico da organização de responsabilidade empresarial, pode ser gerada uma “organização de irresponsabilidade”, em que só se punem os membros mais abaixo da estrutura, que são os que acabam levando a cabo os atos efetivamente²⁵⁶.

Ocorre que este bode expiatório²⁵⁷ não pode, simplesmente porque lhe foi atribuída a função de fiscalização dos fluxos de risco dentro da empresa, ser automaticamente o centro de responsabilidade por tudo que nela ocorre de errado, uma vez que não são suas as políticas empresariais e nem são suas decisões que acabam por definir o que ocorre, especialmente em termos de deveres de cuidado. Com efeito, apesar de seu papel central na fiscalização de riscos e no cumprimento normativo, o *compliance officer* atua num ambiente que foi criado por outras pessoas, que serve a interesses que não são os seus e cujas decisões definidoras do que será feito e de como será feito não são suas. A comodidade de atribuir a ele a responsabilidade pela ausência de um dever de cuidado em determinadas situações é ofensiva, já que o *compliance officer*, seja como empregado, seja como contratado autônomo para prestação do serviço, não é a pessoa que definiu a hierarquia da empresa, não é a pessoa que contratou os responsáveis pela atividade e não é a pessoa que gere processos e pessoas dentro de setores específicos onde possa ocorrer alguma irregularidade²⁵⁸.

²⁵⁵ BUSATO, Paulo César. **Tres tesis sobre la responsabilidad penal de personas jurídicas**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 131-136. Admitindo a possibilidade de delegação de deveres ao *compliance officer*, mediante sua aceitação, LASCURAÍN SANCHEZ, Juan Antonio. Salvar al oficial Ryan. In: MIR PUIG, Santiago; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; GÓMEZ MARTÍN, Víctor (dir.). **Responsabilidad de la empresa y compliance**: programas de prevención, detección y reacción penal. Madrid: Edisofer, 2014, p. 333.

²⁵⁶ SCHÜNEMANN, Bernd. Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, ano 1988, n. 2, p. 529-558.

²⁵⁷ A expressão é de LASCURAÍN SANCHEZ, Juan Antonio. Salvar al oficial Ryan. In: MIR PUIG, Santiago; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; GÓMEZ MARTÍN, Víctor (dir.). **Responsabilidad de la empresa y compliance**: programas de prevención, detección y reacción penal. Madrid: Edisofer, 2014, p. 302.

²⁵⁸ A isso, acrescenta González Cussac que, ao trazer a apuração dos problemas para dentro da empresa com o programa de *compliance*, os trabalhadores são colocados numa posição de desvantagem, ao perderem garantias e direitos que lhes seriam concedidos no processo penal e no processo do trabalho. GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. **Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, p. 48-49.

Mas, mais importante do que todas essas constatações, é que, no caso de o *compliance officer* ser empregado, ele não se beneficia da atividade empresarial como se beneficia a pessoa jurídica e como se beneficiam os diretores ou sócios. A estes estão reservados todos os bônus da atividade empresarial decorrente das decisões que tomam. Da mesma forma, a eles, e somente a eles, cabem os riscos dessas decisões. Tantos os resultados positivos como os adversos que resultam do trabalho alienado pelo trabalhador ao empregador são deste último, cabendo ao trabalhador apenas a obrigação de realizar adequadamente o trabalho para o qual foi contratado. Ao se colocar um empregado, seja qual for sua função, numa posição de assunção de riscos empresariais, viola-se uma regra essencial de uma relação trabalhista: a de que os riscos recaem somente sobre o empregador²⁵⁹.

Assim, qualquer tentativa de atribuir a um *compliance officer* a responsabilidade criminal por uma omissão da empresa ou de algum de seus diretores esbarra, de plano, numa regra geral da relação de emprego que os rege. Ademais, essa delegação de responsabilidade não gera os efeitos pretendidos, já que quem tem os deveres de garantidor, como é o caso da pessoa jurídica ou mesmo seus diretores, a depender da hipótese, não pode simplesmente escolher uma outra pessoa para assumir toda a sua responsabilidade porque assim deseja²⁶⁰.

Mesmo se o *compliance officer* é um terceiro contratado como autônomo para esta função, ainda assim não se vislumbra como a responsabilidade poderia ser a ele transferida. De forma muito semelhante ao empregado, o seu dever contratual de fiscalização de cumprimento normativo e dos fluxos de riscos dentro da empresa não transfere a ele as vantagens e desvantagens da atividade empresarial de seu

²⁵⁹ CARDONA RUBERT, María Belén. El trabajador. In: GOERLICH PESET, José María (dir.). **Derecho del trabajo**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, p. 111.

²⁶⁰ No sentido de que a delegação adequadamente realizada exoneraria o administrador de responsabilidade: GUARAGNI, Fábio André. Princípio da confiança no Direito Penal como argumento em favor de órgãos empresariais em posição de comando e *compliance*: relações e possibilidades. In: GUARAGNI, Fábio André; BUSATO, Paulo César (coords). **Compliance e Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 70-94; e, ainda, ROBLES PLANAS, Ricardo. La responsabilidad penal del *compliance officer*. **Revista IV Jornada de Derecho Penal**, p. 45-54, mar. 2015. Defendendo a possibilidade de delegação, mas ressaltando que esta nunca se dá de forma total: SCHÜNEMANN, Bernd. Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, n. 2, p. 529-558, 1988; e, ainda, SCANDELARI, Gustavo Britta. As posições de garante na empresa e o *criminal compliance* no Brasil: primeira abordagem. In: GUARAGNI, Fábio André; BUSATO, Paulo César (coords). **Compliance e Direito Penal**. São Paulo, Atlas, 2015, p. 158-200. Por fim, defendendo que a responsabilidade do *compliance officer* é limitada aos vícios do *compliance program*: BUSATO, Paulo César. O que não se diz sobre *compliance* em Direito penal. In: COUTINHO, Aldacy Rachid; BUSATO, Paulo César (orgs.). **Aspectos Jurídicos do Compliance**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 49-90.

contratante. Além disso, também nunca foi responsável pela organização daquela empresa, nem pelas decisões que foram tomadas e, eventualmente, levaram a alguma irregularidade. Assim, não há como transferir a ele uma responsabilidade criminal por algum feito da pessoa jurídica contratante, simplesmente porque suas funções estão fora desse âmbito de decisões e assunções de riscos²⁶¹.

Nesse sentido, Gómez Tomillo ressalta que a responsabilidade do *compliance officer* somente se justifica quando ele efetivamente tem poderes, ou seja, quando é um administrador:

*Si tuviese capacidad real de tomar decisiones socialmente relevantes, globales o parciales, sobre las cuestiones atinentes al giro de la empresa, con efectivo dominio social, nada impediría estimar que estamos ante un administrador de hecho o de derecho. Formulado con otras palabras, el compliance officer se encuentra en una situación de especial riesgo penal. Lo que no cabe es que se convierta en una especie de chivo expiatorio por precio en forma de salario.*²⁶²

É a própria pessoa jurídica – ou seus sócios e diretores – pela sua posição elevada e de eminente responsabilidade, que tem um amplo âmbito de domínio sobre as atividades realizadas, uma liberdade significativa de ação, consistente poder de decisão e um necessário conhecimento sobre a atividade econômica. Assim, naquelas situações que decorrem de seu poder de mando e ingerência, ou sobre as quais tenham controle direto, não há como transferir a responsabilidade a um empregado ou a um contratado, como é o caso do *compliance officer*²⁶³. Obviamente, esses empregados ou contratados têm o dever contratual de cumprir adequadamente sua função e, verificado um descumprimento que deveriam ter informado ou sobre o qual podiam ter solicitado providências, podem estar sujeitos às consequências atinentes, ou seja, as contratuais com relação à empresa²⁶⁴. Assim, o desempenho irregular de

²⁶¹ Busato também lembra que podem existir casos de condutas criminosas dos *compliance officers*, o que é um caso completamente diferente daquele que se refere à atribuição a si de responsabilidade por um crime cometido pela empresa ou por seus dirigentes. Nesse sentido, BUSATO, Paulo César. **Tres tesis sobre la responsabilidad penal de personas jurídicas**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 133-134.

²⁶² GÓMEZ TOMILLO, Manuel. **Compliance penal y política legislativa: el deber personal y empresarial de evitar la comisión de ilícitos en el seno de las personas jurídicas**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, p. 63.

²⁶³ V., acima, que há posições divergentes sobre o tema.

²⁶⁴ BUSATO, Paulo César. **Tres tesis sobre la responsabilidad penal de personas jurídicas**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 135.

sua função não é um inconsequente jurídico. Porém tampouco tem a amplitude que almejam aqueles que pretendem usar o *compliance* como um ponto de fuga para si.

Dessa forma, aqui se cruzam as duas razões que tornaram necessária a incursão no tema do *compliance* e, com isso, responde-se à pergunta proposta no início do tópico. Os programas de *compliance* são uma tentativa de isenção de responsabilidade da pessoa jurídica²⁶⁵ e de seus dirigentes, e não podem servir para que, por isso, a culpa recaia com toda sua força sobre o *compliance officer*. Isso significa que essa figura, por mais que tenha ganhado atenção e que pareça, em princípio, ser uma pessoa física central numa discussão sobre crimes na atividade empresarial, na verdade, é apenas mais uma peça numa grande estrutura sobre a qual não tem controle. Sua participação – no sentido lato – tem a mesma (ir)relevância de outras pessoas físicas subordinadas e sem poder de decisão dentro da estrutura empresarial²⁶⁶.

O que se evidenciou, ao final deste capítulo, é que, independentemente de existir ou não um programa de *compliance* na empresa, esta é capaz de ação, ou seja, pode ser considerada autora de um crime.

Essa constatação não impede, entretanto, que se perceba que na atividade empresarial diversas outras condutas fazem parte da tomada de decisão e várias vão se somando para a consecução de resultados criminosos. Como se viu desde o primeiro capítulo, essa não é uma novidade ou uma exclusividade dos mais modernos delitos econômicos, mas é uma constante na violação de bens jurídicos pela atividade empresarial, que atua por meio de decisões centrais, mas também por diversas decisões individuais de seus gestores que, ora são independentes, ora convergem com a sua. Ademais, constatou-se que os empregados têm uma importância bem mais residual em crimes praticados pela pessoa jurídica, porque alijados de decisões e de cadeias de comando que possuem controle sobre o que efetivamente ocorre.

²⁶⁵ Busato chama a atenção para o fato de que um programa de *compliance* pode ter aspectos positivos e pode servir, por exemplo, para atenuar a pena em determinados casos. O problema é erigi-lo como um mecanismo de isenção de responsabilidade desequilibrando o sistema a favor dos mais poderosos. BUSATO, Paulo César. **Tres tesis sobre la responsabilidad penal de personas jurídicas**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 142-143.

²⁶⁶ Conforme explica Martínez-Buján Pérez, “la conducta de los empleados subalternos que contribuyen a realizar el hecho típico (v. gr., provocar de modo directo el vertido contaminante) debe quedar al margen de toda responsabilidad penal, siempre que su comportamiento se encuentre por completo fuera de su esfera de competencia y decisión, de tal manera que éstos se limitan a desempeñar su trabajo en términos perfectamente neutros”. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. **Derecho penal económico y de la empresa**: parte general. 5. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, p. 537-538.

Nesse cenário, em que se considera que a pessoa jurídica é capaz de ação, mas que se reconhece que outras pessoas físicas podem atuar em conjunto com ela, emerge o tema do último capítulo, acerca da corresponsabilidade entre pessoa jurídica e pessoas físicas na atividade empresarial.

3 ANÁLISE CRÍTICA DA DISTRIBUIÇÃO DE RESPONSABILIDADE NA ATIVIDADE EMPRESARIAL POR MEIO DE UMA PERSPECTIVA DIFERENCIADORA BASEADA NA AÇÃO SIGNIFICATIVA

Nos capítulos anteriores, viu-se que as atividades empresariais são prolíficas em condutas que violam bens jurídicos das mais variadas espécies, afastando qualquer ideia de que, ao se falar em crime *de* pessoas jurídicas ou *nas* pessoas jurídicas, estaria se referindo exclusivamente a tipos penais modernos e a questões que pudessem levantar alguma dúvida da necessidade de intervenção do Direito penal.

Identificada a legítima preocupação penal com a criminalidade das pessoas jurídicas, demonstrou-se como é possível sustentar a responsabilidade individual dos atos da pessoa jurídica pelas suas próprias ações. Com base na concepção significativa da ação, foi possível identificar não só que elas são capazes de ação, como também que é possível aferir seu dolo ou imprudência.

Mas se, por um lado, firmou-se a possibilidade de responsabilização da pessoa jurídica pelos seus próprios atos, sem a necessidade de recorrer ao ato de uma pessoa física para, então, atribuir-lhe responsabilidade, por outro, percebeu-se que, nas atividades empresariais, frequentemente as condutas não são isoladas, apresentam-se em conjunto, num cenário de sinergia²⁶⁷ de atuação de pessoas físicas e jurídicas.

Assim, assumindo uma posição de que a pessoa jurídica pode e deve ser responsabilizada individualmente por seus atos, ainda assim é inegável que muitas vezes haverá, junto, condutas de pessoas naturais que se somam a ela para alcançar o resultado criminoso.

Essa soma de atuações, como ocorre entre pessoas naturais, pode ter várias nuances. Podem ser expressões de vontade conjuntas, podem ser uma aderência à conduta de outrem, podem ser casos em que uma pessoa usa a outra como instrumento, podem ser auxílios ou persuasões.

Se, nesses cenários de atuações que se somam para gerar um sentido, as responsabilidades fossem analisadas individualmente, sem levar em conta regras de

²⁶⁷ A expressão é de NETTO, Alamiro Velludo Salvador. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 207.

concurso, haveria várias distorções. Nem sempre os fragmentos de conduta individualmente analisados corresponderiam ao sentido que se extrai do todo. Eles poderiam ser “sem sentidos” ou simplesmente sentidos diferentes. Além disso, poder-se-ia perder a noção do grau de importância e gravidade de determinadas condutas se não se tivesse a noção de relação entre elas.

Por isso, é importante analisar como se daria a corresponsabilidade entre as pessoas jurídicas e físicas²⁶⁸, pois os sistemas legais costumam penalizar de forma diversa as diferentes formas de contribuição no crime²⁶⁹ e “*no debe olvidarse que la responsabilidad criminal es siempre personal, lo que exige que se precise y pruebe lo que cada uno ha realizado en concreto*”²⁷⁰.

E, também, é preciso buscar uma construção que possa explicar como essa sinergia, esse engajamento de propósitos se dá entre uma pessoa jurídica e uma pessoa física, quando se está acostumado a pensar no concurso de pessoas como algo muito mais palpável. Com efeito, é bem mais confortável compreender o concurso entre dois amigos que combinam um roubo e, enquanto um segura a arma, o outro subtrai o objeto, do que imaginar como se dá o concurso quando há uma decisão tomada por um colegiado da empresa sobre verter produtos tóxicos em um rio, a que adere um de seus diretores e o ato em si é praticado por vários empregados. Não obstante, as duas realidades estão presentes e a relevância de atentar a esta última para solucionar problemas práticos é evidente, seja pela frequência de situações como esta, seja por sua potencialidade de causar danos graves.

Este capítulo tem, assim, o intuito de analisar o concurso entre pessoas quando o crime acontece na atividade empresarial.

É necessário, entretanto, um recorte.

A primeira razão para isso é que existe uma miríade de pessoas envolvidas e de combinações de comportamentos possíveis nas atividades empresariais, tornando

²⁶⁸ Em sentido diverso, Netto, ao afirmar que não haveria relevância prática analisar o concurso de pessoas entre pessoas físicas e jurídicas. NETTO, Alamiro Velludo Salvador. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 209.

²⁶⁹ Górriz Royo, ao analisar o conceito de autor no Direito penal, fez um estudo de diversos sistemas legais e, de seu apanhado, é possível extrair que, mesmo nos sistemas unitários, em que não se diferencia formalmente autor e partícipe, não existe uma pena única, pois a pena relativa às participações de menor importância pode ser menor em relação aos demais sujeitos envolvidos. Assim, por exemplo, na Itália e na Áustria. GÓRRIZ ROYO, Elena María. **El concepto de autor en derecho penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, p. 110/133.

²⁷⁰ ORTOS BERENQUER, Enrique; GONZÁLEZ CUSSAC, José L. **Compendio de Derecho penal**: parte general. 8. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 289.

virtualmente impossível imaginar, de forma prévia, todas elas, até diante das diferentes composições jurídicas e estruturais das pessoas jurídicas.

A segunda decorre da base teórica adotada. Como visto antes, a concepção significativa da ação parte do pressuposto de que não há um supraconceito de ação, pois é impossível compreender todos os sentidos possíveis dentro de um só conceito. Como se verá adiante, esse raciocínio serve também para a ideia de autor, que tampouco pode ser sintetizado em um conceito único fechado, pois não haveria um conceito de autor com validade geral para todos os tipos de ação previstos²⁷¹.

Surgem, assim, as delimitações do problema.

A primeira delimitação condiz com a essência daquilo que se verificou no capítulo relacionado à criminalidade das atividades empresariais e com a conclusão do capítulo sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica. Ela é uma protagonista das violações a bens jurídicos, pode ser responsabilizada pelos seus próprios atos e, portanto, ser autora ou partícipe. Logo, serão analisadas situações em que a pessoa jurídica atua de forma relevante e seria, ao menos, autora ou partícipe, a fim de constatar se, em tais casos, as pessoas físicas poderiam ser seus instrumentos, ser consigo coautoras ou, ainda, ser suas partícipes.

A segunda é com relação às pessoas físicas que realmente importam. As condutas que serão exploradas adiante, na coautoria e na participação, são aquelas que são executadas por pessoas com efetivo poder de decisão dentro das pessoas jurídicas e que se beneficiam do negócio, como sócios ou dirigentes, ou outras pessoas físicas que com ela se relacionam como parceiros de negócios. Claro que, como mencionado, há muitos cenários possíveis levando em conta a possibilidade de composição jurídica das empresas (e também composição “antijurídica”, com a presença de sócios ocultos, por exemplo), e poderá haver situações em que alguém que formalmente parece estar em posição privilegiada não está e vice-versa. A ideia é explorar a possibilidade de coautoria e participação entre pessoas jurídicas e aquelas físicas que efetivamente têm poder de decisão e se beneficiam diretamente da atividade econômica ou pessoas que fazem com ela negócios, aqui entendidos de

²⁷¹ A questão será tratada adiante, no tópico acerca da concepção de autor na teoria significativa da ação. Por todos, v. GÓRRIZ ROYO, Elena María. **El concepto de autor en derecho penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, p. 444-445.

forma ampla. Consequentemente, a atuação de pessoas físicas sem essa posição especial estará voltada à análise da autoria mediata da pessoa jurídica.

A pretensão, assim, foca-se em verificar crimes *da* empresa²⁷² e não a possibilidade genérica de coautoria e participação de crimes cometidos *na* empresa – já que, como mencionado, existe uma infinita combinação de condutas que pode ou não envolver a pessoa jurídica e, neste último caso, a solução fugiria do tema proposto.

Observando as premissas até aqui estabelecidas, é preciso percorrer um caminho que possa levar à solução do problema proposto: como distribuir a responsabilidade entre pessoa jurídica e pessoas físicas que atuam em concurso de pessoas partindo de uma teoria diferenciadora baseada na concepção significativa da ação.

Para isso, serão necessários alguns passos, que compõem este capítulo.

3.1 CORRESPONSABILIDADE PENAL NO CRIME EMPRESARIAL

Na atribuição de responsabilidade no concurso de pessoas, inicia-se com uma questão radical: qual é a teoria utilizada para definir a atribuição de responsabilidade?

Essa definição é essencial, porque, a depender dela, a metodologia de atribuição de responsabilidade muda.

Se se adota um modelo unitário, todos os que “participam” (num sentido genérico) do delito partem de um mesmo marco de responsabilidade e são considerados autores²⁷³. Isso significa que há uma etapa prévia, que consiste em verificar quem concorreu para o crime e uma etapa posterior, de análise da relevância da contribuição, que poderá implicar diferenças na pena a depender do sistema²⁷⁴.

Já se o modelo é diferenciador, prevê uma diferença entre autor e partícipe. Isso significa que cada um tem uma definição própria e um marco diverso para sua responsabilidade. Ao ser assim, numa só etapa, identificam-se o autor e o partícipe, e não há outra etapa posterior de análise, pois cada um já foi direcionado ao seu próprio

²⁷² No sentido de que sua atuação é relevante para o crime e em oposição àqueles crimes que acontecem na atividade empresarial sem qualquer participação sua ou até mesmo contra si.

²⁷³ GÓRRIZ ROYO, Elena María. **El concepto de autor en derecho penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, p. 104.

²⁷⁴ Dessa maneira funciona o sistema italiano, segundo Ibid., p. 110.

marco²⁷⁵. Mas, se há diferenças entre aqueles que concorrem para o resultado delituoso, como identificar o protagonista? Quem é o autor?

Para responder a este questionamento, será necessário explorar as teorias que buscam fazer essa delimitação.

Novamente, esclarece-se que se trata de uma exploração teórica como uma construção ideal que parte, por um lado, da ideia de que a pessoa jurídica é capaz de ação (ainda que a legislação brasileira tenha uma previsão limitada quanto aos tipos de ação) e que se pode construir uma solução para o problema da autoria, da coautoria e da participação num plano teórico compatível com o “sistema” legal brasileiro, que, como se verá adiante, necessita de uma base doutrinária para colmatar as suas falhas e contradições.

Será analisada a teoria do domínio do fato e serão expostas as razões pelas quais ela não será adotada para solução do problema. Então, será analisada a perspectiva da ação significativa sobre autoria.

Com essa base, serão analisadas as possíveis situações de autoria mediata da pessoa jurídica, e de coautoria e participação entre elas, utilizando-se como base teórica a ação significativa e, especialmente, o desenvolvimento da teoria no concurso de pessoas como proposto por Martínez-Buján Pérez.

3.2 OS SISTEMAS DE ATRIBUIÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Como mencionado acima, a primeira pergunta que necessita ser respondida ao se atribuir responsabilidade no concurso de pessoas diz respeito a qual sistema de atribuição se utiliza. Os sistemas podem ser unitários ou diferenciadores.

Esses modelos partem do sistema legal²⁷⁶, que é onde está a fonte incontornável da atribuição de responsabilidade num Estado democrático de direito.

²⁷⁵ GÓRRIZ ROYO, Elena María. **El concepto de autor en derecho penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, p. 136-137.

²⁷⁶ GRECO, Luís; LEITE, Alaor. A distinção entre autor e partícipe como problema do legislador. Autoria e participação no projeto de Código Penal (PLS 236/2012). *In*: GRECO, Luís *et al.* **Autoria como domínio do fato**. Estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 172.

Ocorre que o Código penal brasileiro não apresenta propriamente um sistema, a redação de seus dispositivos não define claramente suas opções e não se delimitam conceitualmente as figuras que participam do crime²⁷⁷.

Dessa maneira, é necessário analisar como se configuram os dois sistemas em questão para, ao fim, compreender como a questão poderia ser solucionada perante a legislação brasileira.

3.2.1 Sistema unitário

No sistema unitário, “todos que contribuem causalmente para o delito são autores em sentido amplo (ou ‘concorrentes’), e estão submetidos, em princípio, aos mesmos marcos penais”²⁷⁸.

Segundo Górriz Royo²⁷⁹, a característica mais básica desse sistema é não discriminar os intervenientes principais dos acessórios, o que leva a um conceito o mais extensivo possível de autor.

Tal sistema normalmente está vinculado à ideia de causa segundo a teoria de equivalência dos antecedentes²⁸⁰, como explicam Busato e Cavagnari.

Com efeito, Leiria afirma que

... a teoria extensiva situando-se na faixa da causalidade alarga o conceito de autor para, com base na “conditio sine qua non”, incluir na conceituação todos aqueles que contribuem, com qualquer parcela causal, para o surgimento do resultado. Assim, desaparece qualquer distinção entre autor e cúmplice.²⁸¹

²⁷⁷ BUSATO, Paulo César; CAVAGNARI, Rodrigo. A teoria do domínio do fato e o Código penal brasileiro. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, v. 9, n. 17, p. 175-208, jul./dez. 2017, p. 204. No mesmo sentido, GRECO, Luís; TEIXEIRA, Adriano. Autoria como realização do tipo: uma introdução à ideia de domínio do fato como fundamento central da autoria no Direito penal brasileiro. *In*: GRECO, Luís *et al.* **Autoria como domínio do fato**. Estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 69 e 79-80.

²⁷⁸ GRECO, Luís; LEITE, Alaor. A distinção entre autor e partícipe como problema do legislador. Autoria e participação no projeto de Código Penal (PLS 236/2012). *In*: GRECO, Luís *et al.* **Autoria como domínio do fato**. Estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 172.

²⁷⁹ GÓRRIZ ROYO, Elena María. **El concepto de autor en derecho penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, p. 104. A autora ainda esclarece que, usualmente, a doutrina considera que a teoria unitária está relacionada ao “conceito extensivo de autor”, ainda que seja possível compreender a questão de outras maneiras. GÓRRIZ ROYO, Elena María. **El concepto de autor en derecho penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, p. 231.

²⁸⁰ BUSATO, Paulo César; CAVAGNARI, Rodrigo. A teoria do domínio do fato e o Código penal brasileiro. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, v. 9, n. 17, p. 175-208, jul./dez. 2017, p. 182.

²⁸¹ LEIRIA, Antônio José Fabrício. **Autoria e participação criminal**. 2. ed. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2010, p. 85.

Dessa forma, para o sistema unitário, não existe diferença essencial entre aqueles que concorrem para o delito: tendo concorrido, são considerados autores. Nesse sentido, o autor é um conceito amplo, mais relacionado à causa que a qualquer outro elemento, como a subjetividade de querer como seu aquele crime ou a objetividade de praticar este ou aquele ato específico. A contribuição causal coloca todos os concorrentes numa posição de igualdade.

Greco destaca que também pode ser considerado unitário o sistema que distingue no plano conceitual as “diferentes formas de contribuição, mas continua a prever os mesmos marcos penais para todas”²⁸².

Constata-se, assim, que o sistema é considerado unitário quando não diferencia a espécie da contribuição para prever o marco penal de que os concorrentes partirão.

3.2.2 Sistema diferenciador

O sistema diferenciador é aquele que prevê diversos marcos penais para as diferentes formas de contribuição²⁸³, distinguindo, assim, o autor do partícipe²⁸⁴.

Górriz Royo explica que, nesse sistema, o conceito de autor é o restritivo, pois só alguns dos intervenientes podem receber essa denominação. Além disso, nele, aparece a figura do partícipe como uma conduta dependente e acessória da conduta do autor principal²⁸⁵.

²⁸² GRECO, Luís. Esclarecimentos terminológicos. *In*: GRECO, Luís *et al.* **Autoria como domínio do fato**. Estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 13.

²⁸³ Busato explica que o sistema diferenciador pode ser tanto dualista como pluralista. Neste último, considera-se que “o concurso eventual de pessoas é meramente uma construção jurídica, porque na realidade a multiplicidade de agentes corresponde a uma multiplicidade de crimes. Cada agente deve responder pela sua própria conduta, de modo diferenciado, pelo que trata-se de vários crimes praticados em concurso”. A teoria pluralista é criticada porque “o tipo realizado é um só e as participações dos agentes convergem para uma ação única, com um único resultado”. BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Grupo GEN, 2020, p. 531. Neste trabalho, porém, interessa apenas a perspectiva dualista do sistema diferenciador, que é justamente aquele que distingue o autor do partícipe.

²⁸⁴ GRECO, Luís; LEITE, Alair. A distinção entre autor e partícipe como problema do legislador. *Autoria e participação no projeto de Código Penal (PLS 236/2012)*. *In*: GRECO, Luís *et al.* **Autoria como domínio do fato**. Estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 172.

²⁸⁵ GÓRRIZ ROYO, Elena María. **El concepto de autor en derecho penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, p. 137.

Essa acessoriedade significa que existe uma dependência da punibilidade da conduta do partícipe com relação à do autor. Existem três teorias que definem os diferentes graus dessa dependência: extrema/máxima, limitada ou mínima²⁸⁶. Será extrema/máxima quando se exigir, para punibilidade do partícipe, uma ação típica, antijurídica e culpável do autor, ou seja, se este for inimputável, não se pune aquele²⁸⁷. A teoria limitada, que, segundo Górriz Royo²⁸⁸, é a mais aceita nos sistemas legais diferenciadores, exige que haja uma ação típica e antijurídica por parte do autor, de forma que os partícipes não seriam punidos por participarem de uma conduta formalmente lícita²⁸⁹. Por fim, será mínima quando exigir, para a punibilidade do partícipe, apenas a ação típica por parte do autor²⁹⁰.

3.2.3 Cenário brasileiro

Dos dois modelos possíveis, o código penal brasileiro parece, num primeiro momento, tender à perspectiva unitária, uma vez que, na disposição seminal sobre o assunto está disposto que: “quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade” (artigo 29, *caput*).

A intenção do legislador era, de fato, adotar essa teoria, porque tendia a um cariz autoritário, que se extrai de muitos dos dispositivos da reforma da parte geral publicada no ocaso da ditadura militar²⁹¹. Na exposição de motivos do código, constou expressamente que se “adotou neste particular a teoria unitária ou monística do Código italiano, como corolário da teoria da equivalência das causas”²⁹². Como visto acima, a teoria unitária tem como características comuns tanto a origem na teoria da equivalência das causas, quanto o consequente conceito extensivo de autor.

²⁸⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito penal**: parte geral. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 274.

²⁸⁷ *Ibid.*, p. 274.

²⁸⁸ GÓRRIZ ROYO, Elena María. **El concepto de autor en derecho penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, p. 137.

²⁸⁹ *Ibid.*, p. 139.

²⁹⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito penal**: parte geral. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 274.

²⁹¹ CESTO, Mariana. Resíduos autoritários em Direito penal: como encontrá-los? *In*: BUSATO, Paulo César; SÁ, Priscilla Placha. (coord.) **Autoritarismo e controle social punitivo**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021, p. 49-51.

²⁹² BRASIL. **Exposição de Motivos nº 211**, de 9 de maio de 1983. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-exposicaodemotivos-148972-pe.html>. Acesso em: 28 dez. 2021.

Segundo Górriz Royo²⁹³, o código italiano, com suas disposições nascidas em 1930 – que serviu de expressa inspiração ao brasileiro –, é um dos clássicos exemplos de sistema unitário. O teor autoritário das disposições italianas também é lembrado pela doutrina daquele país, que destaca que o seu intento era justamente alcançar, com o mínimo de requisitos possível, todos os envolvidos no crime, tentando lançar uma ideia de medo àqueles que participam da delinquência em grupo²⁹⁴.

Ocorre que, apesar da expressa inspiração em um modelo unitário e do pretense alinhamento a uma tendência autoritária, o código brasileiro faz, já na exposição de motivos, uma ressalva que é contrária à essência da sua escolha, quando consigna que também há previsão de “regras precisas que distinguem a autoria de participação”²⁹⁵, o que evidencia, segundo Busato e Cavagnari, que não há um sistema, uma vez que as propostas de um sistema unitário e de um sistema diferenciador são mutuamente excludentes²⁹⁶.

Além disso, ao contrário do que constou na exposição de motivos, não há regras claras previamente positivadas acerca da dita distinção entre autor e partícipe no código. Tanto o parágrafo primeiro quanto o parágrafo segundo referem-se à “participação”. Apesar de a exposição de motivos referir que haveria uma distinção clara, deles não se extraem critérios para isso. Ou seja, do código não se extraem parâmetros prévios, gerais e abstratos para uma diferenciação segura.

Diante desse cenário, Busato e Cavagnari entendem que, ao fim, apesar daquela opção inicial pelo sistema unitário, a legislação brasileira tem um perfil diferenciador, que demanda a distinção entre autores e partícipes²⁹⁷.

Greco e Teixeira também concluem pela necessidade de adoção de uma teoria diferenciadora, mas abordam a questão por um enfoque diferente. Analisam detalhadamente os dispositivos do Código penal relacionados ao tema, a fim de

²⁹³ GÓRRIZ ROYO, Elena María. **El concepto de autor en derecho penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, p. 121-122.

²⁹⁴ VASSALLI, Giuliano. The Reform of the Italian Penal Code. **Wayne Law Review**, vol. 20, n. 4, p. 1031-1072, jul. 1974, p. 1043. Também Martinelli faz a conexão entre o autoritarismo presente nos momentos de publicação dos códigos brasileiro e italiano. MARTINELLI, João Paulo. O Código penal e o Código de processo penal de 1941. **Revista Criminalis**, 1. ed., 2021, p. 23-36.

²⁹⁵ BRASIL. **Exposição de Motivos nº 211**, de 9 de maio de 1983. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-exposicaodemotivos-148972-pe.html>. Acesso em: 28 dez. 2021.

²⁹⁶ BUSATO, Paulo César; CAVAGNARI, Rodrigo. A teoria do domínio do fato e o Código penal brasileiro. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, v. 9, n. 17, p. 175-208, jul./dez. 2017, p. 182.

²⁹⁷ *Ibid.*, p. 185.

verificar se é possível adotar uma teoria diferenciadora com conceito restritivo de autor²⁹⁸, apesar das ambíguas disposições legais²⁹⁹. Inicialmente, constatam que o *caput* do artigo 29 do Código penal³⁰⁰ tem natureza dúplice, “abarcando, numa formulação vaga (‘concorrer de qualquer modo’), tanto os autores, quanto os partícipes”³⁰¹. Então, consideram que o parágrafo primeiro do artigo 29³⁰² não se refere à participação em sentido estrito, mas à possibilidade de valorar a pena (uma vez que o desvalor pode ser maior para alguns partícipes que para determinados autores, a depender da situação); e que, como este, há outros dispositivos que fazem referência a critérios de participação na dosimetria da pena, o que não reflete uma preocupação efetiva com a distinção de quem realizou o tipo, mas tampouco impedem que esta distinção seja feita³⁰³. Denunciam, então, as incongruências do parágrafo segundo do artigo 29³⁰⁴, que, ao fim, tampouco serve como argumento contrário ou favorável à adoção de um conceito restritivo de autor³⁰⁵. Consideram que o artigo 30 do Código penal³⁰⁶ seria o único dispositivo que efetivamente demandaria a utilização de um conceito extensivo de autor, confirmando a adoção de uma teoria unitária, mas concluem que, por violar frontalmente o princípio da culpabilidade, não pode servir de argumento definitório da questão³⁰⁷. Outrossim, ao analisar o artigo 31 do Código penal³⁰⁸, afirmam se tratar de uma manifestação da ideia de acessoriedade e do reconhecimento de que, então, o sistema diferenciador com um conceito restritivo de

²⁹⁸ E, em última análise, aplicar a teoria do domínio do fato, de que são adeptos, para isso.

²⁹⁹ GRECO, Luís; TEIXEIRA, Adriano. *Autoria como realização do tipo: uma introdução à ideia de domínio do fato como fundamento central da autoria no Direito penal brasileiro*. In: GRECO, Luís *et al.* **Autoria como domínio do fato**. Estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 68.

³⁰⁰ Art. 29. Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade. (...)

³⁰¹ GRECO, Luís; TEIXEIRA, Adriano. *Op. cit.*, p. 68-70.

³⁰² (...) § 1º Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço. (...)

³⁰³ GRECO, Luís; TEIXEIRA, Adriano. *Op. cit.*, p. 70-72.

³⁰⁴ (...) § 2º - Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave.

³⁰⁵ GRECO, Luís; TEIXEIRA, Adriano. *Op. cit.*, p. 72-73.

³⁰⁶ Art. 30. Não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime.

³⁰⁷ GRECO, Luís; TEIXEIRA, Adriano. *Op. cit.*, p. 73-76.

³⁰⁸ Art. 31. O ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado.

autor é o mais adequado³⁰⁹. Ao fim, concluem que os dispositivos legais “não são refratários a uma reinterpretação baseada em um modelo restritivo e diferenciador”³¹⁰.

Dessa forma, conclui-se que, a despeito da pretensão inicial do legislador, o “sistema” brasileiro não é identificado pela doutrina como um modelo unitário que ata o intérprete a uma providência inafastável de considerar todos os concorrentes que participaram do crime como autores e, ao final, afastou-se de certa forma do intento autoritário que parecia guiar sua escolha. Com efeito, em certos momentos, permite e, em outros, reclama a diferenciação entre autor e partícipe. Nesse sentido, Gónzalez Cussac, Busato e Cabral também pontuam que

... ainda que existam teorias doutrinárias e distintas interpretações jurisprudenciais que negam essa diferença entre autores e partícipes, sendo este o próprio princípio orientador da estrutura básica do Código Penal brasileiro, majoritariamente ela é aceita como uma questão de princípio.³¹¹

A conclusão inexorável é que, no panorama brasileiro, exige-se uma diferenciação entre autor e partícipe e, na lei, não há contornos que permitam inferir os parâmetros básicos dessa distinção.

Consequentemente, é preciso construir, no plano teórico, uma distinção que possa servir de diretriz ao intérprete e, segundo a doutrina, trata-se da distinção proposta pelas teorias diferenciadoras. Aqui, a ideia de exploração teórica do trabalho converge com a necessidade real do “sistema” legal: é necessária uma teoria que ofereça os critérios que faltam no sistema legal para identificação do autor e sua diferenciação do partícipe.

3.3 COMO IDENTIFICAR O AUTOR

Como foi mencionado antes, a definição de quem é autor para um modelo de perfil diferenciador deveria decorrer da lei. Em sistemas assim, a tarefa doutrinária seria partir dessas definições para auxiliar o intérprete em seu trabalho, mas a imputação de quem é autor ou partícipe já teria acontecido independente de teorias sobre o assunto.

³⁰⁹ GRECO, Luís; TEIXEIRA, Adriano. Op. cit., p. 76-77.

³¹⁰ Ibid., p. 78.

³¹¹ GONZÁLEZ CUSSAC, José L.; BUSATO, Paulo César; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Compêndio de direito penal brasileiro**: parte geral. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2017, p. 272.

Viu-se, porém, que o ordenamento brasileiro é incerto quanto aos pontos que é explícito e silente em vários outros, tornando necessária, porém impossível, a tarefa de distinguir o autor e o partícipe com base na lei. Assim, para compreender quem pode ser considerado autor, é necessário o recurso às construções teóricas sobre o assunto. Estas, no entanto, não ficam livres de qualquer parâmetro. O que deve nortear o delineamento da categoria de autor são os princípios básicos do Direito penal, notadamente, o da legalidade³¹² e da culpabilidade³¹³. Com isso, as falhas e demandas de respostas que a legislação impõe serão traçadas com base em princípios de expressão constitucional³¹⁴.

Assim, serão analisadas duas teorias sobre a identificação do autor³¹⁵. Num primeiro momento, será apresentada a teoria do domínio do fato e suas principais críticas. Num segundo momento, será estudada a perspectiva de autoria da ação significativa, que parte da teoria formal-objetiva. A seguir, será justificada a tomada de posição por esta última e, então, será analisado como se distribuiria a responsabilidade no contexto da atividade empresarial, tomando por base a perspectiva diferenciadora oferecida por Martínez-Buján Pérez.

3.3.1 Teoria do domínio do fato

A teoria do domínio do fato é expressiva na doutrina alemã³¹⁶ e sua repercussão alcançou a aplicação jurisprudencial em diversos países, inclusive em

³¹² Nesse sentido, dentre as inúmeras consequências que o princípio da legalidade implica, é especialmente relevante a ideia de que o castigo não se pode basear em fatos presumidos e em fatos alheios. ORTS BERENGUER, Enrique; GONZÁLEZ CUSSAC, José L. **Compendio de Derecho penal: parte general**. 8. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 128.

³¹³ Observando as garantias trazidas por este princípio, como as enumera Busato: a responsabilidade pessoal e individual, a responsabilidade subjetiva, a responsabilidade pelo fato, a presunção de inocência e a individualização da pena. BUSATO, Paulo César. **Fundamentos para um Direito Penal Democrático**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 201-209.

³¹⁴ *Ibid.*, p. 184/203.

³¹⁵ Existem diversas classificações e categorizações das teorias que buscam explicar a diferenciação entre autor e partícipe. Para um apanhado minucioso de todas essas perspectivas, v. GÓRRIZ ROYO, Elena María. **El concepto de autor en derecho penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, p. 227-416.

³¹⁶ *Ibid.*, p. 314. No mesmo sentido, GRECO, Luís; LEITE, Alaor. O que é e o que não é a teoria do domínio do fato: sobre a distinção entre autor e partícipe no Direito penal. *In*: GRECO, Luís *et al.* **Autoria como domínio do fato**. Estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 21.

importantes decisões no Brasil³¹⁷. Assim, sua abordagem tem mais do que uma mera pretensão de descrição classificatória, pois sua importância reflete uma necessidade de análise e crítica que permita esclarecer por quais razões, apesar de sua expressividade, não será aplicada para solução do problema proposto neste trabalho.

Para tanto, neste tópico, ao mesmo tempo em que se apresentará a teoria, serão contrapostas as críticas oferecidas, especialmente do ponto de vista dos autores que se filiam à concepção da ação significativa.

A versão mais emblemática e hoje largamente utilizada da teoria do domínio do fato é a desenvolvida por Roxin³¹⁸, porém suas origens são prévias. Leiria explica que o domínio do fato é a característica genérica da autoria para Welzel e, nessa concepção, autor é “aquele sujeito que dá causa a um fato e possui o domínio finalístico deste mesmo fato”³¹⁹. Greco e Leite chamam a atenção ao fato de que a expressão já havia sido usada antes, por Hegler; a ideia central já tinha sido formulada por Lobe; recebeu eco ao ser mencionada por Welzel; mas só foi concretamente desenhada por Roxin³²⁰.

Roxin parte seu raciocínio da ideia de que o autor é a “*figura central del acontecer de la acción*”³²¹. Explica, entretanto, que este não seria o conteúdo mesmo da autoria, mas um critério formal, um ponto de partida metodológico, de forma que

... el concepto de “*figura central*” designaría por una parte el punto de vista legal determinante para la delimitación, pero por otra parte también un baremo de diferenciación prejurídico claramente aprehensible.³²²

Greco e Leite explicam sobre essa ideia reitora, que o autor é “*primário* e possui significado central no injusto típico”³²³, ou seja, a ideia de autoria está

³¹⁷ GÓRRIZ ROYO, Elena María. Op. cit., p. 314. Sobre sua aplicação (ainda que por vezes equivocada) pela jurisprudência brasileira, LEITE, Alaor. Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros: os conceitos de autor e partícipe na AP 470 do Supremo Tribunal Federal. In: GRECO, Luís *et al.* **Autoria como domínio do fato**. Estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 123-168.

³¹⁸ ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en Derecho penal**. 9. ed. Trad. Joaquín Cuello Contreras. Madrid: Marcial Pons, 2016.

³¹⁹ LEIRIA, Antônio José Fabrício. **Autoria e participação criminal**. 2. ed. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2010, p. 89.

³²⁰ GRECO, Luís; LEITE, Alaor. Op. cit., p. 21.

³²¹ ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en Derecho penal**. 9. ed. Trad. Joaquín Cuello Contreras. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 42.

³²² *Ibid.*, p. 42.

³²³ GRECO, Luís; LEITE, Alaor. Op. cit., p. 24.

relacionada ao injusto (ação típica e antijurídica), mas não guarda relação com a culpabilidade ou com o merecimento de pena³²⁴.

A partir da ideia central, Roxin³²⁵ desenvolve, então, um método: relaciona grupos de casos que se observam empiricamente e trabalha com cada um desses grupos de casos o conceito – aberto³²⁶ – de domínio do fato, derivado da ideia reitora da figura central.

Não se trata, portanto, como alertam Greco e Leite de, num caso concreto, tentar identificar o autor como aquele que tem o domínio do fato³²⁷. Segundo explicam, o “domínio do fato” não serve para resolver o caso concreto, mas para “discutir em abstrato que exigências que devem ser atendidas”³²⁸. Asseveram que, em abstrato, de forma hipotética, é preciso que o doutrinador ou o juiz estabeleça parâmetros do que deverá ser analisado num caso concreto. Assim, por exemplo, será preciso questionar, previamente, quais os graus de contribuição que seriam considerados bastantes, como no caso de uma contribuição que se dá meramente na fase preparatória. Com base nesses questionamentos, serão criadas balizas como, no exemplo, de que é necessário haver decisão comum para o fato e de que a contribuição deve ser relevante. Quando, enfim, o doutrinador ou o juiz estiver frente a um caso concreto, já terá construído esses parâmetros e poderá analisar se, naquele cenário específico, foram atendidos os parâmetros que havia definido em abstrato para o grupo de casos. Não se trata, assim, de verificar num caso concreto se a pessoa tinha o domínio funcional do fato, mas, sim, de verificar se foram cumpridos os parâmetros criados previamente para o grupo de casos correspondente com base na ideia reitora. Arrematam explicando que “não é à toa que a teoria desenvolveu um mapa complexo e diferenciado das várias formas de autoria, com três subformas e uma série de ulteriores distinções”³²⁹.

Essas três formas centrais são, segundo Roxin³³⁰, a autoria única, a autoria mediata e a coautoria.

³²⁴ Ibid., p. 24.

³²⁵ ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en Derecho penal**. 9. ed. Trad. Joaquín Cuello Contreras. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 132.

³²⁶ Ibid., p. 131.

³²⁷ GRECO, Luís; LEITE, Alaor. Op. cit., p. 40.

³²⁸ Ibid., p. 40.

³²⁹ GRECO, Luís; LEITE, Alaor. Op. cit., p. 40.

³³⁰ ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en Derecho penal**. 9. ed. Trad. Joaquín Cuello Contreras. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 132.

Na autoria única, autor é aquele que realiza todos os pressupostos do injusto³³¹. É a manifestação mais básica do domínio do fato. Isso porque, aquele que executa por completo, por suas próprias mãos, livre e dolosamente o fato, é a figura central dominante, ou seja, é sempre autor³³².

A autoria mediata, por sua vez, representa o domínio da vontade de um terceiro, o qual se converte em instrumento, sendo especialmente relevante a autoria mediata quando o instrumento é induzido em erro³³³. Finalmente, existe a questão do aparato organizado de poder, assim explicado por Greco e Leite:

Aquele que, servindo-se de uma organização verticalmente estruturada e apartada, dissociada da ordem jurídica, emite uma ordem cujo cumprimento é entregue a executores fungíveis, que funcionam como meras engrenagens de uma estrutura automática, não se limita a instigar, mas é verdadeiro autor mediato dos fatos realizados³³⁴.

Como explicam Sá, Freitas Júnior e Martins³³⁵, a ideia dos aparatos organizados de poder se iniciou com a ideia de discutir a atribuição de responsabilidade pelos crimes cometidos durante a Segunda Guerra e foi sendo refinada. Ao fim, são quatro parâmetros considerados necessários para reconhecer a responsabilidade por autoria mediata nesses casos: a) poder de mando (autor mediato é quem tem poder de mando dentro da organização e podem ser vários – um atrás do outro); b) a desvinculação do Direito pelo aparato de poder (a desvinculação não precisa ser absoluta, mas, ao menos, com relação ao marco do tipo penal cometido); c) a fungibilidade do executor direto (como há vários executores à disposição, a recusa ou a perda de um indivíduo não impede a realização do tipo); e d) a disposição essencialmente elevada dos executores ao fato (que leva à adesão irrefletida a condutas que não passariam pela cabeça do executor se não estivesse na organização)³³⁶. Roxin³³⁷, portanto, limita a aplicação da teoria dos aparatos

³³¹ Ibid., p. 133.

³³² Ibid., p. 134.

³³³ GRECO, Luís; LEITE, Alaor. Op. cit., p. 26-27.

³³⁴ Ibid., p. 27.

³³⁵ SÁ, Priscilla Placha; FREITAS JÚNIOR, Renato Almeida de; MARTINS, Daniel Fauth. Concurso de pessoas em aparatos de poder organizados. In: BUSATO, Paulo César (org.). **Teoria do delito: Direito penal baseado em casos**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 336.

³³⁶ ROXIN, Claus. O domínio por organização como forma independente de autoria mediata. Trad. Pablo Alfien. **Panóptica**, n. 27, p. 69-94, nov. 2009, p. 81-86.

³³⁷ Ibid., p. 81.

organizados de poder apenas às organizações propriamente criminosas. Este é um critério que considera irrenunciável.

Todavia, outros autores consideram que o critério da desvinculação da organização do Direito, irrenunciável para Roxin, é prescindível. Assim, por exemplo, Ambos e Busato.

Ambos³³⁸ afirma que a desvinculação do Direito possivelmente ocorre na maioria dos casos, mas sua ausência não impede que se verifique que há domínio da organização, ou seja, é uma possibilidade, mas não é uma necessidade.

Para Busato, não há óbice para que se utilize a fundamentação da autoria mediata em aparatos organizados de poder no âmbito das empresas, desde que remanesçam os três outros critérios, ou seja, “o domínio da organização por parte de quem deu a ordem, a fungibilidade do executor e a colocação deste em um ambiente coletivo que criminologicamente protege sua atitude de execução, tornando-o mais propenso à realização do fato”³³⁹.

Além das hipóteses de autoria única e de autoria mediata, também existe o grupo da coautoria. Quando há domínio funcional do fato, isto é, quando os agentes partem de uma decisão conjunta e praticam cada qual ato relevante para o delito, haverá domínio funcional do fato e cada um responderá pelo fato como um todo³⁴⁰.

A teoria do domínio do fato não envolve, contudo, os delitos de violação de dever e os de mão própria. Nesses casos, é autor quem viola um dever especial e partícipe quem concorre, mas não é titular desse dever, e não mais importa quem tem o domínio do fato, remanescendo apenas a ideia reitora da figura central³⁴¹. Assim explicam Greco e Leite:

Caso o tipo penal descreva a ação proibida e indique uma qualidade pessoal do autor, como ocorre nos delitos de dever, autor é apenas quem preenche esses dois requisitos, e a participação, como causa da extensão da punibilidade (conceito restritivo de autor) pode ocorrer ainda que falte um desses requisitos. Nesses casos, o que determina a condição de autor ou de partícipe é a vinculação ao dever, e não a forma da contribuição concreta, se omissiva ou comissiva, de maior ou de menor importância. Autor é sempre e apenas aquele que possui o dever elevado a requisito do tipo penal em questão³⁴².

³³⁸ AMBOS, Kai. **Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder**. Trad. Manuel Cancio Meliá. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 52.

³³⁹ BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Grupo GEN, 2020, p. 548.

³⁴⁰ GRECO, Luís; LEITE, Alaor. Op. cit., p. 30-31.

³⁴¹ Ibid., p. 30-31.

³⁴² GRECO, Luís; LEITE, Alaor. Op. cit., p. 33.

Por fim, os delitos imprudentes, que já haviam sido incluídos entre os de violação de dever, atendem a um critério diverso: o sistema unitário de autor, sem distinção entre autoria e participação, o que, segundo Greco e Leite, tem sido objeto de muitas críticas³⁴³.

A referida teoria do domínio do fato é, portanto, constituída de um sofisticado método que busca oferecer parâmetros materiais para identificação do autor em grupos de casos.

Parte-se de uma ideia reitora: a figura central do acontecer típico. Dela, deriva-se um conceito aberto: o domínio do fato. A partir deles, em grupos de casos observados empiricamente, vão se desenvolvendo parâmetros para identificar, hipoteticamente, a delimitação do autor. Os parâmetros mudam de acordo com os grupos de casos e, em alguns, o conceito aberto de domínio do fato não é aplicado, recorrendo-se à ideia de dever. Nos delitos imprudentes, por sua vez, abandonam-se as diferenciações, e utiliza-se um conceito unitário de autor.

Ao conceito aberto de domínio do fato, Vives Antón³⁴⁴ objeta que, se é um conceito, deveria pressupor algo que suas diversas aplicações têm em comum, mas, já de plano, o método não identifica uma essência comum (há diferentes grupos de casos e também grupos em que a ideia sequer pode ser a de domínio, como os delitos de violação de dever) e parte de casos muito peculiares para aplicar seus fundamentos a outros mais comuns.

González Cussac e Mira Benavent³⁴⁵ afirmam, ademais, que o domínio do fato oferece, na verdade, uma “imagem” da autoria, mas nenhum critério seguro e certo sobre ela.

Além disso, Vives Antón pondera que o “domínio do fato” substitui a ideia de “realização da ação típica”, sendo que, reconhecidamente, domínio não é o mesmo

³⁴³ GRECO, Luís; LEITE, Alaor. Op. cit., p. 34-35.

³⁴⁴ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del sistema penal**: acción significativa y derechos constitucionales. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 787-788. Também em VIVES ANTÓN, Tomás Salvador; CUERDA ARNAU, María Luisa. De nuevo sobre la autoría: algunos problemas metodológicos. In: MORALES PRATS, Fermín; TAMARIT SUMALLA, Josep Maria; GARCÍA ALBERO, Ramón (coord.). **Represión penal y Estado de Derecho**. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2018, p. 505-512.

³⁴⁵ GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis; MIRA BENAVENT, Javier. Autoría o participación en determinados supuestos de “vigilancia”: comentarios a la STS de 21 de febrero de 1989. **Poder judicial**, n. 27, p. 189-216, 1992, p. 194.

que realização. A troca pode ampliar ou reduzir o significado do fato típico, desnaturalizando a ideia de autor³⁴⁶.

Outrossim, ao substituir a ideia reitora da realização da ação pelo domínio do fato, confunde-se o questionamento sobre autoria com o questionamento sobre responsabilidade³⁴⁷. Neste ponto, Vives Antón³⁴⁸ chama a atenção ao fato de que há uma inversão de preocupações. Porque se questiona quem domina o fato quando, entretanto, era indispensável que, antes, se soubesse de que fato se trata e quem o realiza. Faz-se, assim, a pergunta errada: não se pergunta quem é o autor, mas quem é o principal responsável³⁴⁹. E essas respostas são diferentes. Não se discute que quem matou em legítima defesa matou, ou seja, é autor daquele fato típico. Por outro lado, não se pode dizer que é responsável³⁵⁰.

No caso dos crimes de violação de dever, a inversão da preocupação do tipo para o dever afasta a linguagem e sua função de garantia, pois se analisa antes se houve violação de dever e não se houve realização do tipo de ação³⁵¹.

É nesse sentido que Górriz explica que, na verdade, ao atribuir a autoria a quem viola o dever, deixa-se de levar em conta se o que importa é se o sujeito realizou todos os elementos do tipo e passa-se a levar em conta se ele descumpriu o dever³⁵². Assim, no caso dos delitos especiais, por exemplo, em que é necessária a verificação de características pessoais do autor, não é a violação de um dever pessoal que determinaria sua autoria, mas é a realização do tipo específico – qualificado ou privilegiado, por exemplo – relativo a essas características³⁵³.

A isso, Górriz³⁵⁴ acrescenta que tanto a teoria do domínio do fato, como outras de relevância na Alemanha, como a da imputação objetiva, acabam criando tantos critérios e parâmetros que, por sua vez, necessitam de interpretação própria. Essa necessidade de criação de critérios que, por sua vez, precisam de uma interpretação própria, obscurece o debate e, ao fim, não oferece o pretense conceito de autor.

³⁴⁶ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del sistema penal**: acción significativa y derechos constitucionales. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 783-784.

³⁴⁷ Ibid., p. 784.

³⁴⁸ Ibid., p. 786.

³⁴⁹ Ibid., p. 786.

³⁵⁰ Ibid., p. 786-787.

³⁵¹ Ibid., p. 789.

³⁵² GÓRRIZ ROYO, Elena María. Op. cit., p. 80.

³⁵³ ORTOS BERENGUER, Enrique; GONZÁLEZ CUSSAC, José L. **Compendio de Derecho penal**: parte general. 8. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 287.

³⁵⁴ GÓRRIZ ROYO, Elena María. Op. cit., p. 432-434.

3.3.2 Teoria objetivo-formal e a perspectiva da autoria na ação significativa

A teoria objetivo-formal tem uma perspectiva completamente diversa das teorias subjetivas. Enquanto aquelas recorrem a um elemento psicológico do autor e do partícipe, estas fazem uma comparação objetiva entre o fato e o tipo para diferenciá-los.

E, apesar de a teoria ter perdido espaço para outras como a do domínio do fato³⁵⁵, é preciso já de plano esclarecer dois pontos. Em primeiro lugar, as demais teorias que foram sendo desenvolvidas, em regra, não prescindem dela como ponto de partida³⁵⁶. Em segundo lugar, ela tem importância essencial para a concepção significativa da ação, uma vez que sintetiza de forma muito simples – e realmente não é preciso muito além disso – uma ideia que aproxima a identificação do autor ao uso comum da linguagem³⁵⁷, de forma que seus resultados levam à observância dos princípios constitucionais³⁵⁸.

Tendo essa importância como pano de fundo, é preciso compreender a versão original³⁵⁹ e aquelas que dela foram derivando para, então, seguir com a concepção significativa da ação.

Para esta teoria, autor é aquele que executa atos que se referem ao núcleo do tipo, enquanto o partícipe é identificado porque realiza alguma das condutas secundárias ou periféricas que envolvem o tipo, como, por exemplo, atos preparatórios³⁶⁰. Traça-se, assim, um paralelismo entre atos executivos e autoria e entre atos preparatórios (que podem acontecer antes ou durante a execução) e participação³⁶¹.

³⁵⁵ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. **Autor y cómplice en Derecho penal**. Buenos Aires: B de F, 2006, p. 20-21.

³⁵⁶ GÓRRIZ ROYO, Elena María. Op. cit., p. 87. No mesmo sentido, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. **La autoría en Derecho penal: un estudio a la luz de la concepción significativa (y del Código penal español)**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 26.

³⁵⁷ GÓRRIZ ROYO, Elena María. Op. cit., p. 425.

³⁵⁸ Ibid., p. 432.

³⁵⁹ Utiliza-se aqui a denominação de Górriz Royo a essa versão da teoria, conforme motivos que expõe em Ibid., p. 274.

³⁶⁰ GARCÍA DEL BLANCO, Victoria. **La coautoría en Derecho penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 257.

³⁶¹ Ibid., p. 257.

Díaz y García Conlledo³⁶² afirma, também, que pode ser considerado autor quem realiza total ou parcialmente a ação descrita nos tipos da parte especial. Isso significa que é autor quem realizou algum ato executivo, ainda que somente tenha existido uma tentativa, não sendo necessário, nessa situação, que tenha realizado todos os elementos do tipo.

A teoria objetivo-formal adotou duas direções³⁶³. Na primeira, a original, relacionou-se a autoria à execução. Na segunda, considerada mais moderna, a autoria passou a ser identificada recorrendo-se à parte especial. Para Górriz³⁶⁴, as duas versões não são incompatíveis, mas são perspectivas que se complementam.

Para a autora³⁶⁵, porém, é preciso rechaçar as concepções da teoria que vinculam, equivocadamente, a autoria aos atos consumativos, pois a autoria está relacionada à execução dos elementos do tipo e não depende de sua consumação para ser identificada.

Esse ponto, aliás, é levantado, por exemplo, por Gimbernat Ordeig³⁶⁶ como razão da decadência da teoria. Para ele, ela não conseguiria explicar a autoria mediata, pois o autor mediato não pratica qualquer ato “executivo”. Além disso, segundo Gimbernat, a teoria também falharia ao não oferecer um conceito seguro do que seria o autor ou do que seriam os atos executivos.

Quanto à primeira crítica, Vives Antón³⁶⁷ explica que a suposta impossibilidade de explicar a autoria mediata decorre justamente de uma confusão entre atos executivos e atos consumativos³⁶⁸. De fato, como afirma, é difícil imaginar que o autor mediato leve a cabo os atos consumativos da respectiva figura legal. Os

³⁶² DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. La autoría en Derecho penal: caracterización general y especial atención al Código penal colombiano. **Derecho penal y criminología**, v. 25, n. 76, p. 33-66, 2004, p. 41.

³⁶³ GÓRRIZ ROYO, Elena María. Op. cit., p. 424.

³⁶⁴ Ibid., p. 424.

³⁶⁵ Ibid., p. 424.

³⁶⁶ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. **Autor y cómplice en Derecho penal**. Buenos Aires: B de F, 2006, p. 21.

³⁶⁷ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Libertad de prensa y responsabilidad criminal: la regulación de la autoría en los delitos cometidos por medio de la imprenta**. Madrid: Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1977, p. 181-186.

³⁶⁸ Nesse mesmo sentido, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. **La autoría en Derecho penal: un estudio a la luz de la concepción significativa (y del Código penal español)**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 29. É por essa razão também que Martínez-Buján acrescenta que é preciso afastar-se da noção da teoria objetivo-formal na concepção que considera que pode ser autor qualquer pessoa que leva a cabo uma conduta que, causalmente, influa no resultado. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. **La autoría en Derecho penal: un estudio a la luz de la concepción significativa (y del Código penal español)**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 78.

atos consumativos normalmente correspondem ao instrumento. Porém, como lembra, os atos executivos não são necessariamente consumativos e, ainda assim, não perdem seu caráter típico. Exemplifica com um caso em que uma mulher resolveu ministrar veneno ao ex-marido, entregando à empregada deste um pó, mentindo que se tratava de um “pó do amor” e lhe pedindo que o colocasse na sopa de seu ex-marido. Vives mostra que, neste caso, a mulher, ao entregar o veneno para a empregada colocar na sopa, deu início aos atos executivos, da mesma forma que teria dado início aos atos executivos se ela mesma tivesse entregado o pó ao próprio ex-marido dizendo-lhe que era um condimento. Evidencia, ainda, que esta situação é muito diversa de uma hipótese em que tentasse convencer a empregada a usar o veneno. Então, trabalhando com o significado do advérbio “diretamente” e com a ideia de tentativa, conclui que o autor mediato também toma parte direta na execução do fato, pois sua conduta tem relação direta com a tentativa do delito que pretende realizar³⁶⁹.

Quanto à segunda crítica, Górriz³⁷⁰ acrescenta que as objeções à teoria objetivo-formal normalmente estão relacionadas a uma pretensão cientificista de configurar, por um procedimento indutivo, um critério comum ou uma noção material de validade geral do gênero autor que teria que se refletir em todos e cada um dos tipos da parte especial. Como se verá adiante com mais vagar, a autora considera essa busca desnecessária e infrutífera. No mesmo sentido, Martínez-Buján³⁷¹ acrescenta que não pode existir um conceito único de execução, uma vez que a mesma conduta que num tipo pode ser preparação, em outro pode ser execução, não existindo essa síntese única para todos os tipos.

A teoria objetivo-formal, portanto, tem uma essência muito útil à delimitação de autor quando se afastam alguns dos equívocos de determinadas concepções dela. Justamente ao não oferecer um conceito de autor e de execução, ela permite desenvolver melhor uma identificação mais próxima ao princípio da legalidade. Deve-se compreender, então, como a concepção significativa da ação se aproveita dessa ideia inicial para delimitar quem é o autor em casos concretos.

³⁶⁹ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Libertad de prensa y responsabilidad criminal**: la regulación de la autoría en los delitos cometidos por medio de la imprenta. Madrid: Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1977, p. 180-189.

³⁷⁰ GÓRRIZ ROYO, Elena María. Op. cit., p. 425.

³⁷¹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. **La autoría en Derecho penal**: un estudio a la luz de la concepción significativa (y del Código penal español). Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 82.

As linhas gerais da ação significativa já foram traçadas no capítulo anterior com mais detalhamento. Das linhas, importam-se duas noções centrais que auxiliarão na compreensão do que virá a seguir: a primeira delas, é que a ação é o *sentido* de um substrato e, a segunda, que não existe um conceito único de ação.

Essas noções são importantes porque, como explica Vives Antón³⁷², a autoria é um problema de ação e a pergunta que se pretende responder ao buscar o autor é “quem realizou a ação típica?”.

Com isso, Vives já afasta algumas questões que podem turbar a compreensão do problema³⁷³. Uma delas é que, muitas vezes, ao tratar de autoria, faz-se a pergunta errada e, aí, obviamente não se obtém uma resposta que atenda ao problema que se tem em mãos. Isso, segundo ele, decorre do fato de que autor é uma palavra polissêmica e que se pode confundir quem *faz* algo com quem *responde* por algo.

A linha condutora da correção de rumo das perguntas que devem ser feitas parece encontrar a chave justamente na observância do princípio da legalidade³⁷⁴.

O que se busca, ao identificar numa determinada situação quem é o autor, é encontrar quem realizou a ação típica para, daí, derivar outras consequências, como se houve ajuda, se haverá responsabilidade... Mas, se tudo isso depende radicalmente de ter realizado uma ação típica³⁷⁵, é “quem a realizou?” que deve ser a pergunta essencial.

É nesse sentido, que Vives reivindica “*el papel nuclear y primario de la realización de la acción u omisión típica, tal y como el legislador la describe, como*

³⁷² VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del sistema penal**: acción significativa y derechos constitucionales. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 784.

³⁷³ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del sistema penal**: acción significativa y derechos constitucionales. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 794.

³⁷⁴ *Ibid.*, p. 782.

³⁷⁵ Logo, não é preciso perquirir nem sobre a ilicitude, nem sobre a culpabilidade. Sobre esta última, Górriz, fazendo referência ao sistema legal espanhol, explica que não existe qualquer exigência de que se faça o juízo de reprovação da culpabilidade do agente para que se identifique se é autor. GÓRRIZ ROYO, Elena María. *Op. cit.*, p. 72. O “sistema” legal brasileiro tampouco vincula a autoria (na sua ampla e imprecisa regulação) à culpabilidade. A expressão “na medida da sua culpabilidade” ao fim do artigo 29 se refere ao merecimento de pena e não à categoria do delito. Assim afirmam: GRECO, Luís; TEIXEIRA, Adriano. *Op. cit.*, p. 69-70; BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Grupo GEN, 2020, p. 400; BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito penal**: parte geral. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 267; BRANDÃO, Claudio. *Op. cit.*, p. 300; SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.*, p. 357.

*determinante da autoria*³⁷⁶. E acrescenta a óbvia, porém por vezes ignorada, afirmação de que “*el hecho lo hace quien lo hace y (...) quien lo hace es su autor*”³⁷⁷.

Daí deriva também a ideia acima referida de que a teoria objetivo-formal traz uma preocupação que se centra exatamente nessa busca, ainda que, em seu desenvolvimento, tenha também incorrido em alguns problemas, igualmente decorrentes de não se perceber que estavam sendo feitas perguntas erradas³⁷⁸.

Para Vives Antón³⁷⁹, esse desfoque sobre a pergunta correta é ainda mais evidente em outras concepções (como foi explorado acima na teoria do domínio do fato). Para que não sejam feitas essas perguntas equivocadas, não se pode esquecer que a sua busca só pode acontecer dentro do princípio da legalidade, ou seja, não se pode buscar ninguém além daquele que realiza o sentido do tipo de ação.

Ocorre que, como se viu, não há um supraconceito de ação. Logo, a conclusão não pode ser diferente para o autor³⁸⁰.

Na concepção significativa, da mesma forma que se admite que é completamente possível compreender a ação sem que exista um supraconceito para todas as ações possíveis, também se parte da ideia de que é possível compreender quem é o autor sem que, para isso, seja preciso construir um supraconceito que abarque todos os autores³⁸¹.

A primeira impressão que causa a ideia de que não há um conceito genérico e único de autor é de uma aparente insegurança e, conseqüentemente, uma vulneração ao princípio que é preciso cumprir, de legalidade. Mas essa insegurança é só aparente, já que a promessa de determinação de sentido que se costuma almejar é algo inalcançável (é uma ilusão conceitual)³⁸² e, como explica Vives Antón³⁸³, apesar dessa falta de exatidão dos termos, ainda assim conseguimos nos entender. Antes de

³⁷⁶ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del sistema penal**: acción significativa y derechos constitucionales. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 789.

³⁷⁷ Ibid., p. 791.

³⁷⁸ Vives menciona que a essa teoria deveria corresponder à acessoriedade mínima, mas que acabou optando por outros critérios de acessoriedade. Com isso, os autores que a adotavam não perceberam que a busca deixou de ser quem realizou a ação típica (sentido gramatical ou lógico da acessoriedade) e passou a ser uma preocupação que deve ser posterior, qual seja, de resolver a distinta gravidade de atribuição de responsabilidade (sentido substantivo). Ibid., p. 791.

³⁷⁹ Ibid., p. 786.

³⁸⁰ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. Prólogo. In: GÓRRIZ ROYO, Elena María. **El concepto de autor en derecho penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, p. 13-20.

³⁸¹ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del sistema penal**: acción significativa y derechos constitucionales. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 785.

³⁸² Ibid., p. 776-777.

³⁸³ Ibid., p. 777.

vulnerar o princípio de legalidade, a inexistência de um conceito genérico de autor é o reconhecimento de que esse princípio será observado. Como não existe uma exatidão em Direito como a exatidão das ciências da natureza, o que é necessário é delimitar “*el ámbito de lo prohibido de un modo que resulte suficientemente preciso para que los ciudadanos puedan programar sus acciones sin márgenes intolerables de inseguridad*”³⁸⁴. E a segurança para o sentido, apesar dessa margem de imprecisão, vem dos seus usos repetidos e da estabilidade desses usos³⁸⁵.

Quando alguém pratica uma conduta cujo sentido corresponde, dentro dessa suficiente precisão, a um tipo de ação, consegue-se compreender que é autor. Isso se percebe pelo tipo específico da ação, que tem sentido diverso de todas as outras, ainda que possa se assemelhar a algumas³⁸⁶. Quando se admite que a autoria num caso concreto só pode ser compreendida considerado o tipo de ação, assegura-se que será cumprido o princípio de legalidade. O que importa é se a pessoa foi autora daquele tipo de ação e não se parâmetros de um conceito genérico dissociado da lei foram cumpridos.

O ponto de partida deve ser, assim, o tipo de ação expressado na proposição legal³⁸⁷, e passa-se a dar verdadeira importância aos casos concretos, que são os únicos que podem ajudar a compreender os termos gerais da lei³⁸⁸. Buscando o significado do verbo típico e não um conceito comum a eles³⁸⁹ é que se poderá identificar quem é autor³⁹⁰.

Este é o acerto da teoria objetivo-formal, segundo Vives Antón³⁹¹: ao remeter sempre à realização da ação típica, essa teoria não oferece um conceito geral de autor.

O que é preciso é, baseando-se nos princípios constitucionais já mencionados, reconhecer este autor num caso concreto. Isso, porém, não se dá

³⁸⁴ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del sistema penal**: acción significativa y derechos constitucionales. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 776.

³⁸⁵ Ibid., p. 778.

³⁸⁶ Ibid., p. 787.

³⁸⁷ Ibid., p. 781.

³⁸⁸ Ibid., p. 785.

³⁸⁹ Górriz ressalta que apesar da profusão de teorias, nunca se chegou a um conceito satisfatório. GÓRRIZ ROYO, Elena María. Op. cit., p. 228.

³⁹⁰ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del sistema penal**: acción significativa y derechos constitucionales. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 786.

³⁹¹ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. Prólogo. In: GÓRRIZ ROYO, Elena María. **El concepto de autor en derecho penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, p. 19.

porque esta ou aquela pessoa se “encaixa” em um conceito de autor, mas, sim, porque é possível compreender, em casos concretos, que esta ou aquela pessoa realizou o sentido expresso pelo tipo de ação. É preciso ter um ponto de partida para identificá-lo, não um conceito³⁹².

E, do que vem sendo construído até aqui, percebe-se que, para identificação do autor, é preciso, primeiro, recorrer ao tipo de ação – não só no sentido normativo, mas efetivamente no caso concreto.

Isso porque, ao analisar o tipo abstratamente, a primeira categoria de pessoas que o intérprete encontra não é o autor, mas é o sujeito ativo³⁹³.

Do tipo legal abstratamente considerado, delimitam-se todos aqueles que *podem* ser seus autores. Dentro de todas as pessoas possíveis, o tipo faz um primeiro recorte e delimita quais têm a potencialidade de realizá-lo – essa é a categoria do sujeito ativo. Dessa categoria, nos casos concretos, será identificado o autor.

A diferença entre o sujeito ativo e o autor está exatamente entre a formulação abstrata do tipo, que mostra quem é o sujeito ativo, e a *realização* do tipo, que se dá pelo autor³⁹⁴. O autor é, portanto, a manifestação concreta de que alguém, dentro do recorte do sujeito ativo, realizou o tipo de ação³⁹⁵.

Imagina-se, por exemplo, a violação sexual mediante fraude, na modalidade de “ter conjunção carnal”³⁹⁶. O verbo é simplesmente irrealizável por uma pessoa jurídica que, por conseguinte, está excluída como sujeito ativo³⁹⁷. Porém, ao analisar o tipo abstratamente, não se conhece o autor. O autor só se identifica se o tipo for realizado. O que se sabe, de antemão, é que, neste exemplo, ele nunca será uma pessoa jurídica.

³⁹² GÓRRIZ ROYO, Elena María. Op. cit., p. 425.

³⁹³ Ibid., p. 76.

³⁹⁴ Ibid., p. 76.

³⁹⁵ Nesse sentido, ORTS BERENQUER, Enrique; GONZÁLEZ CUSSAC, José L. **Compendio de Derecho penal**: parte general. 8. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 285.

³⁹⁶ Trata-se do artigo 215 do Código penal brasileiro: Art. 215. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com alguém, mediante fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima: (...)

³⁹⁷ Outros exemplos são dados por ORTS BERENQUER, Enrique; GONZÁLEZ CUSSAC, José L. **Compendio de Derecho penal**: parte general. 8. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 285.

Em outros, a delimitação levará, notadamente, a pessoas jurídicas. Veja-se o artigo 337-A do Código penal³⁹⁸, que se refere à sonegação de contribuição previdenciária, consistente em diversas condutas de omissão de informação em folhas de pagamento e outros documentos contábeis. De plano, dentro do círculo dos sujeitos ativos, enxerga-se com facilidade a pessoa jurídica, uma vez que, como tomadora de serviços e empregadora, é quem figura numa das pontas dessas relações na maior parte das vezes. Não bastasse, o parágrafo terceiro dispõe que, se o empregador não for pessoa jurídica, a pena pode ser reduzida. Ora, com isso, explicitamente se reconhece que no mais das vezes o sujeito ativo desse crime pode ser uma pessoa jurídica. Aqui, portanto, o grupo dos potenciais autores – o sujeito ativo – contém as pessoas jurídicas obrigadas ao recolhimento de contribuições e exclui todas aquelas pessoas físicas que não são empregadoras e tomadoras de serviços.

Outro ponto que denota a diferença entre o sujeito ativo e o autor é que, como o sujeito ativo está vinculado à proposição normativa em abstrato, quando se identifica o sujeito ativo, identifica-se a totalidade do fato típico. E não é assim com o autor³⁹⁹. Pode ser autor aquele que apenas tenta realizar o tipo e, ainda que não o tenha logrado realizar na totalidade, ainda assim é o autor da tentativa⁴⁰⁰. Também são

³⁹⁸ Sonegação de contribuição previdenciária Art. 337-A. Suprimir ou reduzir contribuição social previdenciária e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: I – omitir de folha de pagamento da empresa ou de documento de informações previsto pela legislação previdenciária segurados empregado, empresário, trabalhador avulso ou trabalhador autônomo ou a este equiparado que lhe prestem serviços; II – deixar de lançar mensalmente nos títulos próprios da contabilidade da empresa as quantias descontadas dos segurados ou as devidas pelo empregador ou pelo tomador de serviços; III – omitir, total ou parcialmente, receitas ou lucros auferidos, remunerações pagas ou creditadas e demais fatos geradores de contribuições sociais previdenciárias: (...) § 1º É extinta a punibilidade se o agente, espontaneamente, declara e confessa as contribuições, importâncias ou valores e presta as informações devidas à previdência social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal. § 2º É facultado ao juiz deixar de aplicar a pena ou aplicar somente a de multa se o agente for primário e de bons antecedentes, desde que: (...) II – o valor das contribuições devidas, inclusive acessórios, seja igual ou inferior àquele estabelecido pela previdência social, administrativamente, como sendo o mínimo para o ajuizamento de suas execuções fiscais. § 3º Se o empregador não é pessoa jurídica e sua folha de pagamento mensal não ultrapassa R\$ 1.510,00 (um mil, quinhentos e dez reais), o juiz poderá reduzir a pena de um terço até a metade ou aplicar apenas a de multa. § 4º O valor a que se refere o parágrafo anterior será reajustado nas mesmas datas e nos mesmos índices do reajuste dos benefícios da previdência social.

³⁹⁹ GÓRRIZ ROYO, Elena María. Op. cit., p. 78.

⁴⁰⁰ Martínez-Buján menciona que se pode dizer que há um elemento subjetivo nesse momento da tentativa que é justamente a pretensão de consumir o fato típico. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. **La autoría en Derecho penal**: un estudio a la luz de la concepción significativa (y del Código penal español). Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 38.

autores aqueles que o são junto com outros, dividindo a realização dos elementos do tipo.

A tentativa, aliás, é um elemento relevante para identificação do autor nesta perspectiva⁴⁰¹. Górriz Royo qualifica o início da execução, a tentativa, como um ponto-chave imprescindível para identificação de quem realiza a ação⁴⁰². Segundo a teoria objetivo-formal, é apenas quando o autor começa a atuar que se identifica a tentativa⁴⁰³. Consequentemente, é o começo da realização do fato típico por alguém que inicia a execução e é, a partir deste ponto, que se pode identificar a autoria⁴⁰⁴. A seguinte consequência é de que se pode identificar o partícipe a partir do início da execução pelo autor. Primeiro, porque é aquele que contribuiu, mas não praticou os atos executivos (realizados pelo autor). Segundo, porque, como a participação é acessória à autoria, ela só terá relevância a partir do momento em que o autor começa a execução⁴⁰⁵.

Esse processo se identifica justamente a partir da comunicação da realização de algo – que é o delito a que a tentativa se refere, combinado com a relevância do perigo ao bem jurídico⁴⁰⁶.

Górriz⁴⁰⁷ explica que a “execução” corresponde a levar a cabo determinada conduta (o substrato do sentido), e que, apesar da aparente diferença entre os termos, execução corresponde à realização. Destaca, ademais, que essa importância ao sentido de “realização” não é um formalismo vazio⁴⁰⁸, mas é

*... el instrumento más idóneo del que disponen los operadores jurídicos para conectar la Parte general con la Parte especial del Código penal en su tarea de delimitar al autor en sentido estricto. A este respecto no puede pasarse por alto que, sin ser por completo vinculante, el uso común del lenguaje debe ser tenido en cuenta en la interpretación de la Ley (...)*⁴⁰⁹

⁴⁰¹ Segundo Martínez-Buján, há uma superposição parcial da problemática da autoria e da tentativa. *Ibid.*, p. 19.

⁴⁰² GÓRRIZ ROYO, Elena María. *Op. cit.*, p. 443.

⁴⁰³ *Ibid.*, p. 88.

⁴⁰⁴ *Ibid.*, p. 88.

⁴⁰⁵ *Ibid.*, p. 88.

⁴⁰⁶ BUSATO, Paulo César. **La tentativa del delito**: análisis a partir del concepto significativo de la acción. Lisboa: Juruá, 2011, p. 324-325.

⁴⁰⁷ GÓRRIZ ROYO, Elena María. **El concepto de autor en derecho penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, p. 99/418. Detalhada explicação sobre a equivalência das expressões está em MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. **La autoría en Derecho penal**: un estudio a la luz de la concepción significativa (y del Código penal español). Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 19 e, mais detalhadamente, na nota de rodapé 15, da p. 28.

⁴⁰⁸ GÓRRIZ ROYO, Elena María. *Op. cit.*, p. 303.

⁴⁰⁹ *Ibid.*, p. 303.

Para Górriz, essa é, de fato, a expressão mais clara do princípio da legalidade na busca por uma identificação do autor no caso concreto⁴¹⁰, pois, ao vincular a sua identificação à realização de um tipo de ação, as consequências penais derivam especificamente daí e não de qualquer outro critério, parâmetro, conceito etc.

Como havia sido mencionado, para identificação do autor, era preciso um ponto de partida. Esse ponto de partida, nesta concepção, é a realização do tipo de ação. E, dele, extrai-se o núcleo da diferenciação do autor e do partícipe: é autor quem realiza o tipo de ação e, portanto, quem executa os elementos do tipo não pode ser considerado partícipe⁴¹¹.

A teoria objetivo-formal dá, assim, a essência do que se busca, no sentido de que é autor quem executa o tipo. Trazendo isso para o desenvolvimento da ação significativa com base na filosofia da linguagem, isso significa dizer que é preciso identificar “*quién realiza la conducta cuyo sentido coincide con el fijado para cada tipo de acción*”⁴¹².

Também aqui a filosofia da linguagem afasta a necessidade da criação de critérios para compreender o significado dos elementos do tipo legal. Não é preciso recorrer a parâmetros supralegais para delimitar o sentido, nem é preciso se questionar como imputar normativamente um significado de uma conduta a alguém⁴¹³. Basta compreender o sentido dos elementos do tipo de ação de acordo tanto com o uso comum da linguagem⁴¹⁴, bem como o uso linguístico a partir da prática dos tribunais e, na medida em que estabilizam esse sentido, também na doutrina⁴¹⁵.

Assim, para delimitar a ação típica e a autoria, é necessário, antes de tudo, compreender o sentido da conduta descrita nos tipos penais conforme o emprego constante desses termos na linguagem comum, e que seja adequado ao marco normativo em que esse conceito está inserido⁴¹⁶. E isso se faz com base nos casos

⁴¹⁰ GÓRRIZ ROYO, Elena María. Op. cit., p. 421.

⁴¹¹ Ibid., p. 425.

⁴¹² Ibid., p. 437.

⁴¹³ Ibid., p. 443.

⁴¹⁴ Ibid., p. 444. No mesmo sentido, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. **La autoría en Derecho penal: un estudio a la luz de la concepción significativa (y del Código penal español)**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 76-77.

⁴¹⁵ GÓRRIZ ROYO, Elena María. Op. cit., p. 443.

⁴¹⁶ Ibid., p. 444.

concretos, que são os únicos que podem ajudar a compreender o uso do termo geral⁴¹⁷,

*... con el fin de determinar a partir de qué momento se da comienzo a la ejecución y quien realiza el sentido inherente a dicha ejecución y, en su caso, qué conductas más alejadas de dicho núcleo comparten también su significado.*⁴¹⁸

Para Martínez-Buján Pérez⁴¹⁹, esta é uma concepção “lógico-gramatical” de autor. Isso significa que a delimitação do autor se faz num plano lógico e não num plano valorativo, ou seja, trata-se de identificar quem levou a cabo o fato descrito no tipo penal, que é “*lo único que es susceptible de hacerse*”. É, assim, um problema vinculado exclusivamente à ação.

Consequentemente, a identificação do autor se dá de maneira objetiva, prescindindo da análise dos elementos subjetivos, como o dolo e a imprudência⁴²⁰.

Lembra-se que, para a concepção significativa da ação, parte-se de uma pretensão de relevância (formal, relativa ao tipo de ação, e material, relativa à ofensividade ao bem jurídico), e é a esta pretensão que se vincula à identificação da autoria.

Posteriormente, existem outras pretensões que são verificadas no caso concreto e que são necessárias para se aferir a responsabilidade do sujeito – mas, não se pode esquecer que, neste ponto, já estará delimitada a autoria. Dito de outro modo, a verificação da realização do fato não pressupõe a responsabilidade, coisa que se resolverá posteriormente⁴²¹.

Assim, a pretensão de ilicitude, em que se analisam os elementos subjetivos (dolo e imprudência); a pretensão objetiva da ilicitude, em que se analisam as permissões; a pretensão de reprovabilidade, em que se verifica se houve a infração de um dever juridicamente exigível ao sujeito naquelas circunstâncias, são todas análises posteriores que são feitas para aqueles que foram considerados autores ou partícipes. Essa delimitação prévia depende unicamente dessa análise lógico-

⁴¹⁷ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. **La autoría en Derecho penal**: un estudio a la luz de la concepción significativa (y del Código penal español). Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 19.

⁴¹⁸ Ibid., p. 77.

⁴¹⁹ Ibid., p. 18.

⁴²⁰ Ibid., p. 20.

⁴²¹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. **La autoría en Derecho penal**: un estudio a la luz de la concepción significativa (y del Código penal español). Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 112.

gramatical e objetiva sobre quem realizou o tipo de ação, afinal, somente com este dado pode-se perquirir sobre qualquer outro elemento. Nesse sentido, Martínez-Buján⁴²² explica que se trata de uma concepção exclusivamente objetiva, pois não inclui a infração da norma pessoal de conduta⁴²³. Como mencionado, ainda existe um caminho posterior para esta verificação.

Percebe-se claramente que é diferente, nesta concepção, identificar o autor e identificar o responsável. Delimita-se claramente quem é o autor antes de se fazerem outros juízos sobre a responsabilidade⁴²⁴. Ou seja, há um primeiro corte que delimita o autor e, só a partir dele, outras valorações são feitas. Isso significa que qualquer outra análise posterior não recairá sobre aquele que já não tenha sido identificado como autor (ou, eventualmente, numa conduta acessória, como partícipe).

Recapitulando: na concepção significativa da ação, não há um conceito único de autor. Ele deve ser identificado no caso concreto como aquele que realiza o sentido do tipo de ação⁴²⁵. Essa identificação não se faz por qualquer parâmetro supralegal ou por critérios criados a despeito da lei, mas pela compreensão do sentido dos elementos do tipo legal com base na linguagem de uso comum em cada caso concreto.

Outrossim, o método proposto identifica o autor e, conseqüentemente, o partícipe, de forma lógico-gramatical e, ainda, objetiva. Isso significa que é o primeiro passo de uma ainda pendente atribuição de responsabilidade, que demandará a análise de outras pretensões da norma.

3.3.3 Tomada de posição quanto ao marco teórico para exploração de concurso de pessoas na atividade empresarial

⁴²² MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. **La autoría en Derecho penal**: un estudio a la luz de la concepción significativa (y del Código penal español). Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 55. O autor explica que, todavia, essa maneira de identificar a autoria não se confunde com a “imputação objetiva”, pois, na concepção significativa, “solo puede imputarse (objetivamente) al autor em sentido lógico-gramatical la realización de un tipo de acción relevante y ofensivo *en el que concurra la predecibilidad general*”. Ibid., p. 110-11.

⁴²³ O autor lembra, ainda, que na concepção significativa da ação, o injusto é, evidentemente, pessoal e não tem nada que ver com a caracterização da autoria que, frisa-se, está vinculada à realização do tipo de ação e se esgota na antijuridicidade material. Ibid., p. 58.

⁴²⁴ Ibid., p. 112.

⁴²⁵ GÓRRIZ ROYO, Elena María. Op. cit., p. 448.

Como já havia sido mencionado desde o princípio do capítulo, a opção pelo marco teórico dentro do problema específico do concurso de pessoas se mantém na concepção significativa da ação.

Essa escolha se dá por três razões principais, conectadas entre si.

A primeira delas é que, ao optar por trabalhar com uma exploração teórica, a opção pela concepção significativa da ação mantém a coerência da proposta e busca solucionar o problema do concurso de pessoas na atividade empresarial sob esta perspectiva a fim de verificar quais resultados serão encontrados.

A segunda delas, decorrente da primeira, é que, se se optasse por alterar o marco teórico porque, de alguma forma, a teoria do domínio do fato atenderia melhor às premissas que se consideraram importantes (notadamente, o respeito aos princípios constitucionais que devem nortear a solução do problema), seriam necessários ajustes e adaptações que não seriam de todo satisfatórios. Antes de representar uma potencialização do rendimento na solução do problema proposto, isso levaria a um déficit de rendimento das duas concepções. Nem seria possível manter a essência da concepção significativa, nem seria possível adotar totalmente os pressupostos do domínio do fato.

Isso ocorre porque, como se viu antes, a concepção significativa busca encontrar o autor com base numa perspectiva lógico-gramatical e objetiva, afastada de um conceito genérico, o que leva à vinculação da autoria à realização do tipo de ação e à consequente adoção de uma acessoriedade mínima objetiva. Já a teoria do domínio do fato parte de grupos de casos: para alguns, o conceito aberto do domínio do fato deveria ser usado; para outros, do descumprimento do dever. A busca é por parâmetros materiais que identificariam o principal responsável pelo injusto. Consequentemente, deveria ser adotada uma acessoriedade limitada. Um conceito, ainda que “aberto”, não se compatibiliza com as ideias mais básicas da concepção significativa da ação. Tanto o domínio do fato como o descumprimento de um dever afastam-se da ideia de realização de um tipo de ação, que é a consequência lógica da verificação de autoria naquela concepção. A resposta sobre a responsabilidade não é a primeira que se busca, mas é a consequente de uma série de passos que apenas começa com a identificação do autor do tipo de ação. Finalmente, a acessoriedade limitada, que é condizente com a busca do responsável pelo injusto, inverte preocupações e não responde quem realiza o tipo de ação (pretensão de

relevância da norma, desvinculada da violação da norma pessoal de conduta), mas responde à pergunta sobre quem é o responsável.

A terceira razão é por todas as críticas que foram expostas acima e que evidenciam que a teoria do domínio do fato não atende de forma plena o que se considera importante para solucionar a questão. Isso porque, ao depender de um conceito aberto e por demandar a criação de exigências que não as legais, avilta o princípio da legalidade.

Enquanto a teoria do domínio do fato parte da ideia da figura central do acontecer típico, faz um agrupamento de casos, passa à ideia de domínio do fato e busca discutir parâmetros aplicáveis a esse grupo de casos que, somente depois de fixados poderiam ser úteis a casos concretos, a concepção significativa da ação, fortemente calcada no cumprimento do princípio da legalidade, busca verificar quem, no caso concreto, realizou o tipo de ação.

O método de criação de parâmetros a partir de grupos de casos previamente à análise de um caso concreto é, sem dúvida, um método sofisticado e refinado que pode levar a um desenho de critérios úteis para atribuir responsabilidade em casos concretos. Todavia, a ideia de se discutirem “exigências” outras⁴²⁶ acaba por reduzir a importância da principal delas, que é observar, antes e acima de tudo, o princípio da legalidade. Vives Antón⁴²⁷ chama a atenção para isso quando explica que um dos maiores problemas que se verifica quanto a esse caro e essencial princípio é que algumas dogmáticas recentes foram se fechando tanto em seus sistemas conceituais que esses conceitos acabam tendo mais relevância que aquilo que está na lei⁴²⁸. O que isso acarreta, na prática, especialmente no trabalho dos juízes, é que vai se abandonando o contexto de uso em que têm sentido as palavras da lei e chega a se considerar a vinculação a esse sentido como insatisfatória ou formalista. Para Vives, ao solucionar os casos concretos, os juízes se socorrem daquela dogmática que mais lhes convém ou simplesmente a ignoram para usar seus próprios critérios de justiça material. Górriz⁴²⁹ se soma a essa impressão ao afirmar que há tantos e tão díspares

⁴²⁶ Conforme exposto no tópico 3.1. deste capítulo.

⁴²⁷ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del sistema penal**: acción significativa y derechos constitucionales. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 772-773.

⁴²⁸ No mesmo sentido, GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis; MIRA BENAVENT, Javier. Autoría o participación en determinados supuestos de “vigilancia”: comentarios a la STS de 21 de febrero de 1989. **Poder judicial**, n. 27, p. 189-216, 1992, p. 191-192.

⁴²⁹ GÓRRIZ ROYO, Elena María. Op. cit., p. 28.

critérios teóricos para delimitação do autor, que eles certamente fizeram esquecer os legais e chegaram a se opor a eles.

Vives Antón⁴³⁰ acrescenta que várias teorias falam da autoria como realização do injusto (não é um problema exclusivo da teoria do domínio do fato), com o que, inadvertidamente, ignoram a relação básica entre autoria e ação. Ao buscar o responsável e não o autor, podem até oferecer algum rendimento para a questão, mas não todo aquele verberado⁴³¹.

Um outro problema que decorre do conceito aberto do domínio do fato e tem relação direta com o problema deste trabalho é que pessoas em posição privilegiada dentro de estruturas (como empresas) têm, por razões fáticas e jurídicas, algum domínio sobre o que acontece, causando a impressão de que seriam sempre autoras. Interpretações que acabam compreendendo dessa forma a ideia de domínio já foram utilizadas outras vezes e acabam levando seus defensores a sempre terem que dar novas explicações que delimitem melhor o conceito – aberto – de domínio do fato⁴³².

Assim, pela coerência, pela incompatibilidade do domínio do fato com as premissas da concepção significativa da ação⁴³³ e pelo respeito que esta concepção garante aos princípios constitucionais que devem ser o norte da interpretação do problema, o marco teórico no concurso de pessoas não se altera: é a concepção significativa da ação.

Utiliza-se, para isso, o desenvolvimento da ideia de autoria, autoria mediata, coautoria e participação de Martínez-Buján Pérez⁴³⁴, uma vez que, em obra monográfica sobre o assunto, trabalhou com essas situações justamente sob a perspectiva da ação significativa. Com efeito, enquanto Górriz Royo⁴³⁵ tem o trabalho mais marcante sobre a (des)construção do conceito de autor até chegar na concepção significativa e na ideia de que não é possível estabelecer um conceito único de autor,

⁴³⁰ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. Prólogo. In: GÓRRIZ ROYO, Elena María. **El concepto de autor en derecho penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, p. 15.

⁴³¹ Ibid., p. 20.

⁴³² Assim, por exemplo, fazem GRECO, Luís; LEITE, Alaor. Op. cit., p. 19-45.

⁴³³ Em sentido diverso, Busato, que parte da concepção significativa da ação, compreende que é possível, no que diz respeito ao concurso de pessoas, utilizar a teoria do domínio do fato. BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Grupo GEN, 2020, p. 539.

⁴³⁴ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. **La autoría en Derecho penal**: un estudio a la luz de la concepción significativa (y del Código penal español). Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.

⁴³⁵ GÓRRIZ ROYO, Elena María. Op. cit., 2008.

Martínez-Buján é quem mais trabalhou no posterior desdobramento da ideia nas situações de concurso.

Serão analisadas três possibilidades de concurso de pessoas (autoria mediata, coautoria e participação) observando o desenvolvimento de Martínez-Buján Pérez, ao mesmo tempo em que se inserirá o objeto deste trabalho nestas bases: um contexto de atuação conjunta de pessoa jurídica e físicas.

A seguir, serão solucionados casos hipotéticos, uma vez que, como se defendeu desde o princípio, nem a autoria nem quaisquer outros institutos dela decorrentes podem ter algum tipo de solução se não se analisar o tipo de ação num determinado contexto.

Com a aplicação das diretrizes traçadas por Martínez-Buján Pérez e o exercício de solução de casos, será possível verificar como, nesta perspectiva, se solucionaria o concurso de pessoas na atividade empresarial e, também, se este desdobramento é efetivamente condizente com os princípios que devem nortear a solução deste e de qualquer outro problema penal. Além disso, os cenários servirão como campo de prova para analisar o quanto realmente é necessária uma teoria diferenciadora no concurso de pessoas.

3.4 AUTORIA MEDIATA DA PESSOA JURÍDICA⁴³⁶

Os cenários de autoria mediata parecem ser aqueles mais prosaicos quando se fala sobre pessoas jurídicas. Como elas são capazes de ação, mas não de executar por “suas próprias mãos” o substrato de várias condutas⁴³⁷, muitas vezes realizarão o sentido do tipo de ação utilizando-se de outras pessoas, notadamente de seus empregados subalternos que são, ao fim, aqueles que cumprem e executam a maior parte das decisões tomadas pela empresa.

⁴³⁶ Uma vez que, conforme se desenhou no primeiro capítulo, a pessoa jurídica é protagonista na violação massiva de bens jurídicos e que, conforme o capítulo dois, ela pode ser responsabilizada pelos seus próprios atos, optou-se por limitar a exploração à autoria mediata da pessoa jurídica, utilizando como instrumento pessoas físicas. O contrário (a utilização da pessoa jurídica por uma física) fugiria do escopo proposto, voltado a essa atuação de importância da pessoa jurídica como, em princípio, potencial responsável.

⁴³⁷ Nesse sentido, Busato, ainda que adote como fundamento da autoria mediata a ideia de domínio do fato. BUSATO, Paulo César. *Autoria e participação nos delitos de pessoas jurídicas: uma análise crítica da responsabilidade por ricochete adotada pelo Superior Tribunal de Justiça*. In: CHOUKR, Fauzi Hassan; LOUREIRO, Maria Fernanda; VERVAELE, John (org.). **Aspectos contemporâneos da responsabilidade penal da pessoa jurídica**. Vol. II. São Paulo, Fecomercio SP, 2014, p. 108.

O autor mediato é, como já se depreende de sua denominação, um autor. Isso significa que ele realiza o sentido do tipo de ação, mas de uma maneira diferente, qual seja, por meio de outra pessoa a que se costuma chamar de instrumento.

Como foi visto acima, para identificar o autor único e imediato, é preciso verificar a concordância entre o que ocorreu e o sentido do verbo típico, de acordo com o uso comum da linguagem, para, com isso, determinar a partir de que momento começou a execução e quem a realiza⁴³⁸. O início da execução é considerado, portanto, um ponto imprescindível para determinar quem realiza o sentido, de forma individual e direta, ainda que não o faça por suas próprias mãos⁴³⁹.

Para o autor mediato, se se reconhece que é, da mesma forma um autor, o critério não pode ser outro. A diferença está, para Martínez-Buján, em reconhecer que esse início de execução ocorre quando o autor – mediato – desencadeia o processo de execução por meio do instrumento⁴⁴⁰, que é uma pessoa, mas que poderia ser um animal ou uma força da natureza⁴⁴¹.

Martínez-Buján Pérez explica que esse “colocar em marcha” o processo pelo autor mediato deve ser sempre ativo, pois não é possível conceber uma autoria mediata por omissão (casos em que não se estaria usando alguém, mas simplesmente o deixaria atuar livremente). Também pondera que é preciso que o autor mediato desencadeie esse processo com a pretensão óbvia de que ele chegue à consumação do sentido de ação⁴⁴². Isso significa que é preciso que haja uma tentativa pelo autor mediato. A eventual ausência de atuação ou seguimento pelo instrumento não desnatura o autor, mas apenas impede a consumação⁴⁴³.

⁴³⁸ GÓRRIZ ROYO, Elena María. Op. cit., p. 447.

⁴³⁹ Ibid., p. 447.

⁴⁴⁰ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Libertad de prensa y responsabilidad criminal**: la regulación de la autoría en los delitos cometidos por medio de la imprenta. Madrid: Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1977, p. 182. No mesmo sentido, GÓRRIZ ROYO, Elena María. **El concepto de autor en derecho penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, p. 447 e MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. **La autoría en Derecho penal**: un estudio a la luz de la concepción significativa (y del Código penal español). Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 149.

⁴⁴¹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. **La autoría en Derecho penal**: un estudio a la luz de la concepción significativa (y del Código penal español). Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 156.

⁴⁴² Martínez-Buján é bastante firme quanto a este critério subjetivo da tentativa, no sentido de que é preciso constatar, para que ela existe, a intenção do sujeito de que o crime se consumasse. Como qualquer outro elemento dessa natureza, a verificação não se dá pela busca infrutífera do que se passava na cabeça do autor, mas pelo que se constata, de modo objetivo, a partir de sua ação, usando para isso as convenções sociais. VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del sistema penal**: acción significativa y derechos constitucionales. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 239.

⁴⁴³ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. **La autoría en Derecho penal**: un estudio a la luz de la concepción significativa (y del Código penal español). Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 149-151.

É importante notar que, partindo dessas bases, esse ponto – o início da execução, que identifica, no mínimo, a tentativa – é crucial para identificar também eventuais partícipes⁴⁴⁴. Enquanto não inicia a execução, não há autor e, como é acessória sua conduta, não há partícipe. Quando inicia, identifica-se o autor; há, pelo menos, tentativa; pode-se identificar o partícipe; pode-se perquirir sobre as demais pretensões da norma.

O instrumento, portanto, também é autor no sentido lógico-gramatical, pois, em regra, realizará o tipo objetivo⁴⁴⁵. Cabe lembrar, entretanto, que, nessa perspectiva, o reconhecimento da autoria não se confunde com o da responsabilidade. Alguém pode ser autor e, ainda assim, não ser castigado porque alguma outra pretensão da norma não foi satisfeita. O instrumento, assim, apesar de executar o verbo típico e, portanto, ser autor em sentido lógico-gramatical, pode não ser responsável. Em regra, haverá sempre um autor por trás do autor, mas num sentido bem diverso daquele assumido pela teoria do domínio do fato que faz essa referência relacionando-a à responsabilidade⁴⁴⁶. Frisa-se: na concepção significativa da autoria e muito claramente no seu desdobramento por Martínez-Buján Pérez, a autoria está dissociada da responsabilidade.

Martínez-Buján⁴⁴⁷, aliás, considera imprescindível que o instrumento não seja responsável para que se constate a autoria mediata. Parte de duas premissas para chegar a essa conclusão: a redação do artigo 28 do Código penal espanhol (“*son autores quienes realizan el hecho (...) por medio de otro del que se sirven como*

⁴⁴⁴ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. **La autoría en Derecho penal**: un estudio a la luz de la concepción significativa (y del Código penal español). Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 153.

⁴⁴⁵ Ibid., p. 165-166/169.

⁴⁴⁶ Ibid., p. 169.

⁴⁴⁷ Ibid., p. 174.

instrumento)⁴⁴⁸ e o significado de “instrumento”, “por meio de” e de “servir-se”. Para o autor, a autoria mediata está sintetizada nos trechos acima transcritos da lei e, portanto, só pode ser reconhecida quando se conjugarem esses elementos de atuação “por meio de”, “servir-se” e “instrumento”, cujos significados levam à ideia de que o instrumento é equivalente a uma coisa e, conseqüentemente, deve estar isento de responsabilidade criminal.

A consequência disso é que, para reconhecer um autor como mediato, o instrumento deverá, necessariamente, ser penalmente irresponsável – porque é este o sentido de “instrumento”. Para Martínez-Buján, se ele for responsável, aí já não é mais um instrumento e, conseqüentemente, já não mais se estará falando de autoria mediata. Seguindo esse raciocínio, dependendo da situação, o autor mediato se converte em um partícipe (se a conduta daquele que seria o “autor mediato” é, na verdade, acessória porque ele contribuiu, mas não realizou o sentido da ação, o que seria aferível apenas quando o “instrumento” é responsável).

Firmadas essas premissas e resgatando algumas críticas que já haviam sido feitas à pretensa responsabilidade do *compliance officer*, pode-se perceber que, nos casos de autoria mediata da pessoa jurídica, os empregados poderão frequentemente ser seus instrumentos, quando atuarem em erro porque impossível compreender, na

⁴⁴⁸ Como já foi dito antes, a legislação brasileira não define autor e quanto menos autor mediato. Não oferece, assim, critérios para identificar quando seria autor aquele que se utiliza de outrem para realizar o sentido da ação. Por isso, há duas maneiras de interpretar esse ponto de partida de Martínez-Buján Pérez, que está calcado na legislação espanhola. Primeiro, que, por tratar este trabalho de uma exploração teórica, serão testados os resultados desta interpretação da lei espanhola em cenários hipotéticos, a fim de verificar se seriam resultados salutares que poderiam influenciar positivamente a lei brasileira ou a sua interpretação (frisando que, como a ela faltam critérios, acaba-se sempre recorrendo a parâmetros outros para colmatar as suas lacunas). Segundo, que a redação do dispositivo corresponde a uma ideia que parece bastante assentada quanto ao que significa ser autor “mediato”. Da mesma forma que Górriz havia explicado que para compreender o sentido de um tipo de ação, deveria se recorrer ao uso comum da linguagem, bem como o uso linguístico a partir da prática dos tribunais e, na medida em que estabilizam esse sentido, também na doutrina (GÓRRIZ ROYO, Elena María. **El concepto de autor en derecho penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, p. 443/444), pode-se transpor essa lição para compreender a autoria mediata. Assim, é possível dizer que, reconhecer como autor mediato aquele que realiza a ação servindo-se de outra pessoa como instrumento é o sentido que, comumente, dá-se a esta figura. No mais, como se extrai das conclusões de Martínez-Buján (MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. **La autoría en Derecho penal: un estudio a la luz de la concepción significativa (y del Código penal español)**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 107-146) sobre o assunto, a lei não oferece critérios ou exigências que já não seriam naturalmente decorrentes da interpretação de cenários que se consideram de autoria mediata. Portanto, não existe qualquer impedimento de, numa abordagem teórica como a proposta, partir dessas mesmas perspectivas.

situação, que praticam um crime ou quando não tiverem qualquer possibilidade de recusa⁴⁴⁹.

Com efeito, os empregados subalternos não têm poder de decisão sobre as atribuições que desempenham e, muitas vezes, realizam microtarefas tão pulverizadas que, para si, sequer representam o sentido da macrodecisão tomada pela empresa. Além disso, qualquer argumento tendente a defender uma possibilidade ampla de recusa ao cumprimento de ordens superiores ignora a realidade de subordinação e dependência econômica dos contratos de emprego⁴⁵⁰. Se aqui se defende que é importante analisar todas as situações com atenção ao contexto, aos usos e costumes, bem como à assentada prática jurídica, não se pode esquecer que esta é uma relação diferente e que o Direito desenvolveu inúmeros mecanismos para proteger ao trabalhador, justamente porque a relação com seu empregador é assimétrica. Ignorar tais nuances em busca de responsabilizá-los a qualquer custo seria uma busca com resultados e consequências muito discutíveis, ao atrair a atenção a um subalterno, jogando sombra sobre os atos da pessoa jurídica.

Por outro lado, os seus diretores e sócios são pessoas que, em regra, têm ciência do que ocorre e das consequências das suas decisões e das decisões da pessoa jurídica. Por conseguinte, em regra, não serão usados como instrumentos, pois, em princípio, não se pode prever uma causa de exclusão de sua responsabilidade, da mesma forma que acontece, frequentemente, com os empregados mais subalternos.

Entre eles, ficam os cargos médios. Se as consequências não são necessariamente as mesmas para os empregados subalternos e para os diretores em

⁴⁴⁹ Servem aqui as críticas tecidas com relação à responsabilidade penal do *compliance officer*, ao fim do capítulo anterior. Outrossim, como destaca Martínez-Buján Pérez, “se admite ya usualmente en doctrina y jurisprudencia que la conducta de dichos empleados subalternos, que contribuyen a realizar el hecho típico (v. gr., provocar de modo directo el vertido contaminante), debe quedar al margen de toda responsabilidad penal, siempre que su comportamiento se encuentre por completo fuera de su esfera de competencia y decisión, de tal manera que éstos se limitan a desempeñar su trabajo en términos perfectamente neutros. En otras palabras, se entiende que las conductas ‘ordinarias’ enmarcadas en una relación laboral (que responden a un rol socialmente adecuado, sin excederse de los términos de ese rol), ajustada a la actividad empresarial, no pueden ser penalmente relevantes”. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. **La autoría en Derecho penal**: un estudio a la luz de la concepción significativa (y del Código penal español). Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 198.

⁴⁵⁰ Sobre a relação de dependência do trabalhador, CARDONA RUBERT, María Belén. El trabajador. *In*: GOERLICH PESET, José María (dir.). **Derecho del trabajo**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, p. 108-111. Sobre a limitada aceitação do direito de resistência do trabalhador, BLASCO PELLICER, Ángel. La extinción del contrato de trabajo por voluntad del empresario. *In*: GOERLICH PESET, José María (dir.). **Derecho del trabajo**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, p. 481.

todos os casos – mormente se é preciso sempre ter em mente o tipo de ação e o contexto – no caso dos cargos médios é inviável prever o nível de decisão, de ingerência e de conhecimento previamente.

De toda forma, quaisquer dessas situações dependerá, necessariamente, de uma análise contextual e relacionada ao tipo de ação para definir se a pessoa física é, ou não, instrumento.

3.5 A COAUTORIA ENTRE PESSOA JURÍDICA E PESSOAS FÍSICAS EM CRIMES DA EMPRESA

Quando se trata de (co)autoria, de acordo com a base teórica construída, não se pode esquecer que se está a trabalhar no plano da pretensão de relevância. Isso significa que se afere a autoria e, conseqüentemente, a coautoria, de forma lógico-gramatical e num plano objetivo. Ou seja, não pressupõe como presentes, tampouco se demandam as aferições dos planos da pretensão de ilicitude e de reprovabilidade. Como já havia sido dito antes, o que se verifica é o primeiro passo, o primeiro recorte para uma subsequente atribuição de responsabilidade.

Outra consequência que a análise no plano da pretensão de relevância traz é que deve estar bem firmada a premissa de que a ação é um sentido de um substrato, ou seja, a ação não é o substrato da(s) conduta(s). O significado é indivisível⁴⁵¹ e isso é essencial para compreender a coautoria, na medida em que, assim, consegue-se observar com clareza que, apesar das distintas atuações, pode-se compreender que elas, como um todo orgânico⁴⁵², têm um só sentido.

Quando mais de uma pessoa atua, há mais de uma conduta e elas devem ser interpretadas com base no significado – indivisível – do tipo de ação. A interpretação individual e fracionada⁴⁵³, desconectada do sentido do tipo de ação, não oferecerá resposta para o problema de identificar se quem atuou o fez em coautoria.

⁴⁵¹ GÓRRIZ ROYO, Elena María. Op. cit., p. 77.

⁴⁵² MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. **La autoría en Derecho penal**: un estudio a la luz de la concepción significativa (y del Código penal español). Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 263.

⁴⁵³ GÓRRIZ ROYO, Elena María. Op. cit., p. 447.

Górriz explica que o que é, sim, divisível é a análise da proposição normativa, porque, obviamente, ela pode ser composta de distintos elementos⁴⁵⁴, mas o significado do tipo de ação, ao final, é indivisível.

Nos casos de coautoria, portanto, serão identificadas as pessoas que realizam condutas que possuem, em conjunto, nesse todo orgânico, o sentido que se desprende do tipo de ação⁴⁵⁵.

Além disso, segundo Martínez-Buján⁴⁵⁶, outro ponto importantíssimo na análise da coautoria é a tentativa. Isso porque se, para reconhecer um autor é preciso identificar que ele, ao menos, tenha dado início aos atos executivos, para se reconhecer os coautores, é necessário o mesmo exercício: é necessário que cada um, ao menos, tenha dado início a atos executivos⁴⁵⁷. Para o autor, seria impossível identificar quem realiza o sentido do tipo de ação se não há, ao menos, o início da execução e, se não há, ao menos, o início da ação, não se pode dizer que há um autor ou vários autores.

Objetivamente, portanto, a coautoria pressupõe

*... la co-ejecución, esto es, que cada uno de los sujetos realice el hecho típico (...), en el sentido de llevar a cabo (...) cuando menos – una tentativa y que cada una de las aportaciones forme con las demás contribuciones un todo orgánico, portador del sentido específico del tipo penal de que se trate.*⁴⁵⁸

Como se viu, a pessoa jurídica pode realizar o sentido de uma ação como autora (ainda que, muitas vezes, seja autora mediata) e, conseqüentemente, é possível que execute, junto com uma pessoa física, os elementos do tipo.

Mas o elemento objetivo não é suficiente porque, afinal, duas pessoas podem executar de forma concomitante um tipo de ação sem que tenham sequer ideia do que a outra está fazendo e, então, não existe um sentido de todo orgânico, não existe um sentido de atuação em conjunto. O que dá esse caráter é o elemento subjetivo que se exige à coautoria e que não se confunde com outros elementos

⁴⁵⁴ GÓRRIZ ROYO, Elena María. Op. cit., p. 77.

⁴⁵⁵ Ibid., p. 437.

⁴⁵⁶ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. **La autoría en Derecho penal**: un estudio a la luz de la concepción significativa (y del Código penal español). Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 269-279.

⁴⁵⁷ Ibid., p. 269-279.

⁴⁵⁸ Ibid., p. 263.

subjetivos, notadamente, o dolo que, frisa-se, será analisado em outro momento posterior, no plano da pretensão de ilicitude⁴⁵⁹.

Este elemento, segundo Martínez-Buján⁴⁶⁰, é a resolução conjunta de realizar o delito ou o conhecimento recíproco dessa atuação conjunta.

Esse acordo mútuo não se restringe a um plano prévio, expresso e detalhado, que certamente é a forma mais clara e evidente dessa resolução conjunta. Pode se tratar de um acordo mútuo prévio, mas também de um acordo simultâneo à execução; pode ser um acordo expresso escrito ou verbal, ou mesmo um acordo tácito⁴⁶¹. E, aqui se acrescenta, além do que traz Martínez-Buján, que, como qualquer elemento subjetivo, quando se fala do ponto de vista da concepção significativa da ação, não se afere pela busca do que se passava na mente de cada (co)autor, mas do que se compreende de modo objetivo, em virtude de convenções, costumes, hábitos ou normas⁴⁶².

Aqui está um ponto-chave na compreensão da coautoria entre uma pessoa jurídica e uma pessoa física quando se trabalha com a concepção significativa da ação, que é a desnecessidade de busca de elementos psicológicos que são, de toda forma, inalcançáveis. Por exemplo, quando se falou sobre o dolo da pessoa jurídica⁴⁶³, explicou-se que o dolo é aferido normativamente com base nas suas manifestações externas, sem qualquer recurso à mente do autor e que, ao abandonar a concepção de dolo apegada a elementos psicológicos, afastam-se os óbices do reconhecimento de que à pessoa jurídica ele é atribuível. Da mesma maneira, ao buscar o mútuo acordo entre os coautores, não se busca o que passava na cabeça de cada um, suas intenções internas, que supostamente teriam dado causa a uma manifestação acorde com outro autor. O que se busca é compreender, da manifestação externa de ambos, que havia um acordo mútuo, ainda que tácito, ou um conhecimento recíproco de que estavam atuando de maneira conjunta.

E, de fato, a questão da coautoria, como possivelmente todas as demais que envolvem o delito, demandam um ajuste do raciocínio quando se trata da pessoa

⁴⁵⁹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. **La autoría en Derecho penal**: un estudio a la luz de la concepción significativa (y del Código penal español). Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 296.

⁴⁶⁰ Ibid., p. 296-297.

⁴⁶¹ Ibid., p. 299.

⁴⁶² VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del sistema penal**: acción significativa y derechos constitucionales. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 239.

⁴⁶³ Lembre-se que, neste tópico, a análise está num plano prévio, da pretensão de relevância.

jurídica, porque ela atua, ela pode ser responsável, mas ela não age da forma que sempre se pensa para as pessoas físicas. A pessoa jurídica não chama a pessoa física numa garagem para combinar um roubo, a pessoa jurídica não apunhala o inimigo com a pessoa física, a pessoa jurídica não se assusta e atira no morador que, de repente, aparece na casa. Os exemplos que costumam ser usados não ajudam a solucionar problemas que partem de uma tomada de decisão burocrática num órgão colegiado e que são executados de forma muito diferente que os clássicos homicídios, furtos e roubos dos livros. A empresa faz contratos com um parceiro de negócios para vender produtos nocivos; a indústria toma a decisão de poluir um rio com a qual compactuam seus gerentes; a corporação, por meio de seus empregados, e seu presidente subornam funcionários públicos para vencer licitações. A forma de atuação conjunta já não tem o mesmo formato.

Certamente, a concepção significativa da ação, ao se desprender da necessidade de busca de elementos psicológicos e não analisar a ação como um dado ontológico, permite raciocinar com esses problemas de forma muito mais fluida.

3.6 A PARTICIPAÇÃO ENTRE PESSOAS JURÍDICA E FÍSICAS

Assim como não há um conceito de ação, nem um de autor, obviamente, não há um único conceito genérico e abrangente de partícipe, uma vez que suas contribuições podem ser as mais variadas possíveis. Vives Antón explica que

Menos aun puede hablarse de un criterio genérico que delimite la autoría de la participación, pues a la idea de que distintas clases de acciones requieren diversos tipos de realización, hay que sumar la no menos cierta de que el mismo tipo de acción puede ejecutarse de mil maneras distintas y que lo que, en unas sería participación podría calificarse de autoría en otras.⁴⁶⁴

Ainda que reconheça a impossibilidade de se traçar um critério genérico para conceituar o partícipe, aponta que a participação está relacionada à ideia de acessoriedade⁴⁶⁵. A conduta do partícipe contribui para que o crime aconteça e é entendida como acessória a uma ação principal, a do autor.

⁴⁶⁴ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del sistema penal**: acción significativa y derechos constitucionales. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 796.

⁴⁶⁵ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. Prólogo. In: GÓRRIZ ROYO, Elena María. **El concepto de autor en derecho penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, p. 19.

Novamente, como nos demais tópicos, aparece um ponto que vem se repetindo: o início da execução, ou seja, a constatação de, no mínimo, uma tentativa pelo autor, é essencial para a delimitação da participação, como explica Martínez-Buján Pérez:

... para poder castigar al partícipe se requerirá que el autor (en sentido lógico-gramatical) haya dado principio a la ejecución del delito (incluyendo la resolución de consumir el hecho típico).⁴⁶⁶

Antes que alguém inicie a execução dos elementos do sentido do tipo de ação, não há autor e, conseqüentemente, não há partícipe⁴⁶⁷. Qualquer discussão sobre a sua contribuição não tem relevância penal sem a existência de um autor⁴⁶⁸.

Assim, para que exista participação de uma pessoa física em crime da pessoa jurídica, é necessário que esta tenha dado, ao menos, início aos atos executivos, inclusive se for na qualidade de autora mediata. Da mesma forma, na situação inversa: a pessoa jurídica só poderia ser partícipe de crime da pessoa física se esta tiver dado início aos atos executivos.

Outro ponto que se desprende deste, nessa concepção, é que quem realiza ações executivas, das quais se extrai o sentido do tipo de ação, só pode ser autor e, portanto, se alguém realizou atos executivos, nunca será o partícipe.

A conduta do partícipe sempre será aferida nessa relação de acessoriedade, que é lógica, e não valorativa. Se ela está nesse plano lógico, junto com a autoria, ela está relacionada à pretensão de relevância. A conduta do partícipe é logicamente acessória à realização do tipo de ação pelo autor⁴⁶⁹ (e não à responsabilidade do autor, ao injusto cometido pelo autor, à ação dolosa/imprudente do autor etc.).

Deve-se operar, assim, com a acessoriedade mínima e não com a limitada, o que, segundo Vives Antón, implica a reavaliação do problema da distinção entre autoria e participação⁴⁷⁰ (e, como se verá adiante, talvez a reavaliação seja maior do

⁴⁶⁶ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. **La autoría en Derecho penal**: un estudio a la luz de la concepción significativa (y del Código penal español). Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 43.

⁴⁶⁷ Ibid., p. 43.

⁴⁶⁸ Orts Berenguer e González Cussac lembram que a existência de um autor é diferente de conhecê-lo. ORTS BERENGUER, Enrique; GONZÁLEZ CUSSAC, José L. **Compendio de Derecho penal**: parte general. 8. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 295.

⁴⁶⁹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. **La autoría en Derecho penal**: un estudio a la luz de la concepción significativa (y del Código penal español). Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 21/64.

⁴⁷⁰ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del sistema penal**: acción significativa y derechos constitucionales. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 796.

que parece, em princípio). Martínez-Buján Pérez adjetiva, ademais, a acessoriedade como “mínima objetiva”, para diferenciá-la de quem entende como mínima a acessoriedade relativa ao injusto⁴⁷¹.

Assim, para aferir a participação, por este prisma, é desnecessário analisar, por exemplo, se o autor atua com dolo ou imprudência. Outrossim, se se auxilia ou se induz alguém que está atuando lícitamente – sob uma permissão, por exemplo –, ainda assim, a conduta do indutor ou do auxiliador pode ser considerada ilícita, uma vez que a norma *pessoal* de conduta (em que se avaliam as demais pretensões da norma) corresponde apenas ao autor⁴⁷². Não se pode esquecer, também, que o reconhecimento da acessoriedade mínima objetiva não vincula à conseqüente e necessária responsabilidade do partícipe ainda que o autor esteja atuando sob uma permissão. A violação à norma pessoal de conduta também será analisada e pode resultar que, ao fim, também fique isento de responsabilidade. Por outro lado, permite responsabilizá-lo caso estejam presentes as demais pretensões da norma com relação a si.

Em síntese, a acessoriedade mínima objetiva⁴⁷³ inclui a pretensão de relevância e ofensividade⁴⁷⁴.

3.7 SOLUÇÃO DE CASOS HIPOTÉTICOS SEGUNDO MODELO DESENVOLVIDO POR MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ

⁴⁷¹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. **La autoría en Derecho penal**: un estudio a la luz de la concepción significativa (y del Código penal español). Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 65.

⁴⁷² VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del sistema penal**: acción significativa y derechos constitucionales. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 795.

⁴⁷³ ORTS BERENGUER, Enrique; GONZÁLEZ CUSSAC, José L. **Compendio de Derecho penal**: parte general. 8. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 289-290. Nesse sentido, também MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. **La autoría en Derecho penal**: un estudio a la luz de la concepción significativa (y del Código penal español). Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 21.

⁴⁷⁴ Martínez-Buján explica que, na concepção significativa da ação, a pretensão de relevância inclui tanto a perspectiva formal de subsunção ao tipo, como a perspectiva material de antijuridicidade de ofensividade ao bem jurídico. É por isso que acresce o adjetivo “objetiva” à expressão clássica “acessoriedade mínima”. A versão clássica da expressão designaria apenas a pretensão formal, enquanto a adjetivada incluiria em sua noção, a ideia de que, para haver pretensão de relevância, é preciso identificar também a ofensa ao bem jurídico. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. **La autoría en Derecho penal**: un estudio a la luz de la concepción significativa (y del Código penal español). Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 65.

Retomando o que foi construído até agora, constata-se que a pessoa jurídica pode ser responsabilizada pelas suas próprias ações e pode realizar o sentido de tipos de ação juntamente com pessoas físicas envolvidas na sua atividade empresarial.

Esse tipo de discussão, porém, não pode se dar de maneira abstrata na busca de critérios gerais, sob pena de se incidir nos mesmos equívocos que se apontaram com relação à teoria do domínio do fato. Traçadas as linhas gerais acima, o trabalho *“no puede desarrollarse meramente a la altura de los principios sino que debe alcanzar el detalle de los hechos: es preciso, por tanto, bajar a la arena de la discusión”*⁴⁷⁵.

Parte-se, assim, para uma investigação baseada em tipos de ação específicos, com o intuito de verificar como, naquelas situações, é possível distribuir responsabilidade⁴⁷⁶ entre a pessoa jurídica – em atuações relevantes que possam ser qualificadas de autoria ou participação, conforme recorte antes explicado – e as pessoas físicas, a depender do contexto fático e, especialmente, do tipo de ação, com base nas linhas gerais traçadas acima, que partem do desenvolvimento da ideia de autoria e autoria mediata, coautoria e participação por Martínez-Buján Pérez.

Necessário, então, recorrer a exemplos que possam mimetizar situações concretas, em que se possa fazer a análise de tipos de ação específicos.

Como se trata de uma exploração teórica, tratar-se-á de casos que não têm, necessariamente, previsão de responsabilidade para pessoa jurídica no ordenamento brasileiro.

Além disso, a discussão também não excederá o objeto do problema posto, ou seja, não serão debatidas outras questões relativas aos crimes, aos bens jurídicos de referência ou outras derivações possíveis dos exemplos dados. A análise limita-se à dimensão do problema que se pretende explorar: a autoria e a participação das pessoas envolvidas.

⁴⁷⁵ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. Prólogo de Tomás S. Vives Antón. *In*: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. **La autoría en Derecho penal**: un estudio a la luz de la concepción significativa (y del Código penal español). Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 14.

⁴⁷⁶ Frisa-se que não se olvida que, ao buscar o autor (o coautor, o partícipe etc.) não se identifica, ainda, o responsável. Porém, é indubitável que, para distribuir a responsabilidade aos envolvidos no delito é preciso, primeiro, identificar o autor, o coautor, o partícipe etc. É por isso que aqui se fala de distribuição de responsabilidade, ainda que a discussão, por ora, esteja vinculada apenas ao tipo de ação.

3.7.1 Exemplo 1: apropriação indébita⁴⁷⁷

Este exemplo corresponde ao tipo previsto no artigo 168 do Código penal brasileiro: apropriar-se de coisa alheia móvel, de que tem a posse ou a detenção.

Suponha-se que a empresa Tício Ltda. locou alguns ônibus para transporte de seus empregados até uma das suas fábricas. Os sócios descobriram que os veículos locados tinham um alto valor no mercado e, por isso, cogitaram vendê-los como se fossem da empresa. A ideia surgiu porque a empresa ao lado, Filhos de Caio Ltda., estava enfrentando os mesmos problemas de transporte de empregados até outra planta e seu sócio havia perguntado, há alguns dias, sobre a solução que a Tício Ltda. havia dado para o problema. Já tinham, assim, um possível comprador interessado.

Os três sócios administradores de Tício Ltda., A, B e C, fizeram, então, uma votação para decidir se venderiam, como se fossem seus (da Tício Ltda.), os ônibus locados. O contrato social previa que as decisões da empresa seriam tomadas pela maioria dos sócios administradores.

A se opôs à ideia de vender os veículos. Já B e C votaram pela venda dos veículos que locavam, como se fossem de sua empresa, para Filhos de Caio Ltda. Em suma, a decisão foi de venda dos ônibus locados como se pertencessem a Tício Ltda. e, no mesmo dia, a empresa fez uma oferta dos veículos à vizinha.

Analisa-se, assim, como se poderia solucionar o caso partindo da teoria diferenciadora proposta por Martínez-Buján Pérez.

Apesar de os sócios terem cogitado, numa conversa prévia a venda dos ônibus locados, a decisão sobre isso foi efetivamente tomada pelo colegiado da empresa, momento a partir do qual a Tício Ltda., que tinha a posse lícita dos bens, passou a se comportar como se proprietária fosse.

Trata-se de um delito especial na medida em que somente poderia se apropriar indevidamente do bem quem detinha sua posse originalmente lícita. O

⁴⁷⁷ A escolha do exemplo inspira-se naqueles dados por Martínez-Buján Pérez ao falar de possível coautoria no caso de decisões tomadas por órgãos colegiados. Registra-se que o autor trata da questão por outro ângulo, buscando compreender apenas a possível autoria e coautoria entre os votantes do colegiado, mas não o faz com relação à pessoa jurídica. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. **La autoría en Derecho penal**: un estudio a la luz de la concepción significativa (y del Código penal español). Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 287-288.

sujeito ativo já limita o universo de possíveis autores e, no caso, somente a empresa – e ninguém mais – poderia ser considerada autora da apropriação indébita.

A realização do sentido do tipo de ação, no caso, seria justamente se apropriar de coisa alheia móvel de que tinha posse.

Como o crime se consumou no exato momento em que ela passou a se comportar como proprietária dos bens, pode-se constatar facilmente que, ao decidir vender o bem como se fosse seu, realizou o sentido do tipo de ação de forma completa. Ou seja, nem é preciso verificar se iniciou os atos executivos, pois houve efetiva consumação.

A Tício Ltda. seria, assim, a única autora da apropriação indébita.

E seus sócios?

A votou contra a ideia de vender os bens locados como se fossem da empresa. Logo, não praticou qualquer ato executivo nem contribuiu de alguma forma para que a empresa o fizesse.

A não seria autor nem partícipe.

B e C tampouco praticaram atos executivos. Lembra-se que, para ser autor, é preciso que alguém tenha praticado algum ato executivo que tenha o significado, ao menos, de tentativa. A cogitação que os sócios tiveram na conversa prévia ou mesmo a votação individual de cada um deles (neste caso) não é um ato executivo e, seja por isso, seja porque não detinham a qualidade especial de serem possuidores dos veículos, não podem ser autores.

Todavia, votaram a favor da venda e contribuíram, sem dúvida, para a realização do tipo. É possível dizer, inclusive, que sem suas condutas não seria possível à empresa realizar o sentido do tipo. Se se considera participação toda forma de contribuição ao tipo de ação, que não seja uma conduta de execução⁴⁷⁸, quem vota a favor e acaba compondo a decisão final da empresa pode ser considerado um partícipe.

Dessa maneira, conclui-se que B e C seriam partícipes da apropriação indébita de Tício Ltda.

Numa outra perspectiva que ignore a diferenciação de autor e partícipe, mas leve em conta a relevância das atuações na realização do sentido do tipo de ação,

⁴⁷⁸ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. **La autoría en Derecho penal**: un estudio a la luz de la concepción significativa (y del Código penal español). Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 313.

pode-se dizer que a conduta mais relevante é a da própria empresa, ao tomar a decisão de se comportar como proprietária do bem que não era seu e, num nível apenas um pouco inferior de relevância, estão os votos favoráveis dos sócios. Com efeito, sem seus votos, não se teria chegado na decisão, mas, somente eles, não realizariam o tipo de ação.

3.7.2 Exemplo 2: construção de fábrica sem autorização da autoridade competente

Este exemplo se refere ao tipo previsto no artigo 60, da Lei nº 9.605/1998: construir, reformar, ampliar, instalar ou fazer funcionar, em qualquer parte do território nacional, estabelecimentos, obras ou serviços potencialmente poluidores, sem licença ou autorização dos órgãos ambientais competentes, ou contrariando as normas legais e regulamentares pertinentes.

Parte-se do caso apresentado no segundo capítulo, elaborado por Busato, com as adaptações que seguem:

As regras de gestão de dita empresa propõem que as deliberações se tomarão por maioria simples em votação aberta e simultânea. Identificado o conteúdo da ata de reunião em que se deliberou pela ampliação da fábrica com a construção do novo edifício, identificou-se que a votação foi fracionada em três etapas, sendo que cada votante, sem conhecer os votos dos demais, nem o resultado das decisões das demais etapas, deveria responder sim ou não a três distintas perguntas: 1ª) Devemos ampliar a fábrica com uma nova construção?; 2ª) Construiremos devastando a vegetação da margem do rio?; 3ª) Devemos pedir autorização do órgão de controle ambiental para realizar o desmatamento em nosso terreno? Na primeira pergunta, A e B votaram pela ampliação da fábrica, que não era desejada por C, que votou contra sua realização; à segunda pergunta, A e C votaram a favor de que tivesse lugar a remoção da mata, construindo-se às margens do rio, tema em que foi vencido B, a quem agradaria que a construção se realizasse em novos andares sobre os já existentes; finalmente, na terceira votação, B e C optaram por não solicitar a licença da autoridade para o desmatamento, uma vez que adotam a política corporativa de não submeter-se a regras administrativas do Estado nem sequer do ponto de vista fiscal e temem que uma solicitação pode levar a uma verificação estatal de outra ordem na empresa, tema em que A foi vencido⁴⁷⁹.

A isso, acrescenta-se que, tomada a decisão, sua execução seguiu de forma burocrática pelos diversos níveis da empresa até chegar à equipe responsável pelo

⁴⁷⁹ Trata-se de adaptação do caso apresentado por Busato, em BUSATO, Paulo César. **Tres tesis sobre la responsabilidad penal de personas jurídicas**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 100-101.

corte de vegetação e construção, que eliminou vegetação e construiu a nova área da indústria.

Analisa-se, assim, como se poderia solucionar o caso partindo da teoria diferenciadora proposta por Martínez-Buján Pérez.

Como já havia sido ponderado antes⁴⁸⁰, individualmente, não há qualquer dirigente que tenha votado por uma ampliação que causasse desmatamento desautorizado, mas a decisão da pessoa jurídica, ao fim, foi essa.

Diferente da decisão do exemplo anterior, esta manifestação de vontade não correspondeu a um ato executivo (naquele caso, a decisão era, inclusive, o ato consumativo). O mero resultado da reunião, portanto, não implicaria o reconhecimento de autoria de crime algum, no caso, pois sequer haveria tentativa, uma vez que, conforme delimita Martínez-Buján⁴⁸¹, é preciso que haja o início dos atos de execução.

Nessa perspectiva, a verificação da existência de atos executivos e do começo da tentativa, portanto, varia entre a pessoa de trás e a da frente, a depender da responsabilidade desta última⁴⁸². Se a da frente for responsável, ela que dará início aos atos executivos. Se ela for instrumento irresponsável, o início dos atos executivos estará na sua colocação em marcha.

No caso, pode-se dizer que os empregados responsáveis pelo corte das árvores da mata ciliar têm noção de que estão desmatando o local, mas, segundo explica Martínez-Buján Pérez⁴⁸³, se a atuação do empregado estiver fora de sua esfera de decisão e a tarefa que desempenhar estiver dentro daquelas de seu rol profissional (como é o corte de vegetação ou a construção para esses empregados), numa típica relação de cumprimento de ordem dada por um gerente a um empregado, então se estará diante de instrumentos irresponsáveis.

Os empregados, como instrumentos e, ainda que irresponsáveis, são autores lógico-gramaticais, porque praticam os atos executivos⁴⁸⁴.

E, como são instrumentos irresponsáveis, a empresa que os mobilizou com a intenção de que o crime se consumasse é autora mediata⁴⁸⁵.

⁴⁸⁰ V. tópico 1.3, sobre o dolo na responsabilidade penal da pessoa jurídica.

⁴⁸¹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. **La autoría en Derecho penal**: un estudio a la luz de la concepción significativa (y del Código penal español). Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 19.

⁴⁸² Ibid., p. 190/193 e 172.

⁴⁸³ Ibid., p. 198-201.

⁴⁸⁴ Ibid., p. 160.

⁴⁸⁵ Ibid., p. 155-156.

A mera decisão da empresa ou mesmo sua tramitação interna não são atos executivos da construção irregular, de acordo com esta perspectiva, que exige uma manifestação positiva de colocação em marcha dos instrumentos que conduzirá à consumação do fato delitivo⁴⁸⁶. Ou seja, é quando os trabalhadores recebem a ordem que se inicia a tentativa e ambos: a empresa como autora mediata e os trabalhadores como autores/instrumentos podem ser caracterizados.

Os sócios, como foram todos contrários, não contribuíram para que o tipo de ação fosse realizado e, portanto, não seriam autores nem partícipes.

A empresa seria, assim, autora mediata e os empregados executores seriam autores ao seu lado, mas considerados instrumentos irresponsáveis.

Numa outra perspectiva que ignore a diferenciação de autor e partícipe, mas leve em conta a relevância das atuações na realização do sentido do tipo de ação, pode-se dizer que a atuação dos sócios é irrelevante. A atuação da empresa é a mais importante, porque dela partiu a decisão e a ordem de construção irregular.

Já a atuação dos empregados tem uma relevância relativizada e algo importante deve ser percebido: são vários empregados e está a se tratar de todos como um grupo, como se sua importância fosse necessariamente equivalente. Mais uma vez, a tentativa de criar parâmetros únicos nubla o caminho para a solução do problema. Como grupo, eles podem representar uma coisa completamente diferente do que cada um. Se eles não serão eventualmente responsabilizados em grupo, mas individualmente. Tratá-los como grupo, na verdade, impede que se verifique a efetiva importância da atuação de cada um. Não se pode comparar aquele empregado que, no primeiro dia em que recebeu a ordem, cortou as araucárias centenárias com motosserra e aquele que foi contratado nos últimos dias da obra sem ter ideia do que havia acontecido antes e colocou as telhas sobre a construção quase finalizada. O primeiro contribuiu para a realização do sentido do tipo de ação, o segundo não, pois já havia uma construção (ele pode ter participado do exaurimento do crime, mas não da realização do tipo).

Agora, pode-se dizer que o primeiro empregado, que cortou as árvores, é mais importante que a própria empresa mesma que deu a ordem? Certamente não, porque apesar de sua conduta do ponto de vista ontológico corresponder a um ato executivo

⁴⁸⁶ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. **La autoría en Derecho penal**: un estudio a la luz de la concepción significativa (y del Código penal español). Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 150-151.

que corresponde ao tipo de construção irregular acima transcrito, certamente sua conduta representa algo muito relevante que a decisão da empresa de construir no local indevido sem autorização para a realização de um sentido de realização do tipo. Aqui há outro ponto-chave do que se quer chamar à atenção: ao mesmo tempo em que se compreende a realização do tipo de ação, compreende-se o que contribuiu para que ela acontecesse, independente do nome que se dá a essa contribuição. Se a responsabilidade dessas pessoas que contribuíram de alguma forma, ao final, remanesce porque satisfeitas as demais pretensões da norma, a importância dessa contribuição deve individualizar sua pena.

3.7.3 Exemplo 3: adulteração e venda de produto alimentício nocivo à saúde

Este caso trata do tipo previsto no artigo 272 do Código Penal brasileiro⁴⁸⁷: corromper, adulterar, falsificar ou alterar substância ou produto alimentício destinado a consumo, tornando-o nocivo à saúde ou reduzindo-lhe o valor nutritivo. (...) Incorre nas penas deste artigo quem fabrica, vende, expõe à venda, importa, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribui ou entrega a consumo a substância alimentícia ou o produto falsificado, corrompido ou adulterado.

Suponha-se que o conselho de administração da Mévio S.A., grande indústria de panificação, formado por D, E e F, decide, numa reunião, por unanimidade, acrescentar um composto químico X ao pão e colocá-lo à venda. Na reunião, está presente também M, empresário individual que compõe um grupo econômico com a Mévio S.A., sendo o responsável por gerir as lojas que vendem os produtos da Mévio S.A. em *shoppings*. Combina com o conselho que colocará os pães mais macios à venda.

O composto químico X é vendido por G, um representante comercial autônomo, que, recebido pelo colegiado, explica que o produto deixa o pão macio por muito mais tempo, mostrando estudos sobre o tema. Não omite que, nesses mesmos estudos, consta que o produto X pode causar enfermidades graves em algumas pessoas, mas convence o colegiado de que os lucros gerados por vender pão macio

⁴⁸⁷ Sobre este crime e outros relacionados, com a análise do bem jurídico protegido, da relação de especialidade e do possível concurso entre eles: SÁ, Priscilla Placha. **Responsabilidade pelo produto**. 2005. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2005.

por muito mais tempo compensam a preocupação com eventuais enfermidades que os consumidores possam ter.

Como os administradores ficaram convencidos e animados com a explicação, o colegiado decide alterar a receita do pão, acrescentando-lhe X. Na fábrica, o empregado responsável ajusta a máquina para acrescentar o novo ingrediente à receita, sem saber do que se trata. Semanas depois, o pão com X é colocado à venda nas lojas de M.

Analisa-se, assim, como se poderia solucionar o caso partindo da teoria diferenciadora proposta por Martínez-Buján Pérez.

Neste caso, aparecem, novamente, as figuras dos administradores que votam a favor da decisão de levar a cabo a conduta delituosa. O simples voto no sentido de adulterar a receita do pão, com o acréscimo do composto químico, não inicia ato executivo algum neste caso. Depois da votação, a decisão nesse sentido também está numa fase anterior à tentativa e, portanto, se a decisão não fosse executada, não haveria nem tentativa e, conseqüentemente, nem autor nem partícipes, sendo irrelevante a conduta de G, inclusive (ao menos para este tipo penal).

A decisão, contudo, foi cumprida. O empregado responsável pela máquina que porciona e mistura os ingredientes, acrescentou à receita, conforme memorando que recebeu, o composto químico X. Como já havia tantos compostos, tantos aditivos, tantos produtos cujo nome técnico sequer compreendia, nem suspeitou que estaria colocando ali um produto que poderia fazer mal à saúde de quem comesse o pão.

É, assim, instrumento, seja porque alienado da decisão tomada, seja porque desconhecia o potencial maléfico do composto que estava adicionando⁴⁸⁸ (se o erro for inescusável, ele deixaria de ser instrumento⁴⁸⁹).

O empregado seria, assim, autor, no sentido lógico-gramatical, mas irresponsável penalmente, porque mero instrumento.

Porém, a empresa, ao fazer chegar nele a ordem, mobilizando-o, deu início aos atos executivos. Lembra-se que se parte da ideia de que a tentativa no caso de utilização de instrumentos é identificada, por Martínez-Buján, pelo momento em que

⁴⁸⁸ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. **La autoría en Derecho penal**: un estudio a la luz de la concepción significativa (y del Código penal español). Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 180 e 198-201.

⁴⁸⁹ Ibid., p. 178 e 209.

se mobiliza a pessoa da frente, o instrumento⁴⁹⁰. A partir daí, identifica-se a autora – mediata –, que seria a empresa. Ela tomou a decisão de assim proceder e deu início aos atos executivos quando seu empregado recebeu a ordem de acrescentar X à receita. Pode-se apreender, daí, o sentido do tipo de ação de adulteração de produto alimentício.

O sentido do tipo de ação também foi realizado pelo empresário individual, parte do grupo econômico, M. Apesar de se tratar de verbos diferentes – adulterar e vender –, “aquele que comete o crime do *caput* e comete o crime do § 1º-A terá realizado um único delito, pois se trata exatamente do mesmo perigo concreto”⁴⁹¹.

Dessa maneira, pode-se constatar que ambos realizaram atos executivos próprios do tipo de ação. Além disso, Mévio S.A., por meio de seu conselho, e M estão mutuamente cientes de que cada um realiza uma ação que, ao fim, corresponde a um todo orgânico. Estão presentes tanto o elemento objetivo quanto o subjetivo da coautoria.

M seria, assim, coautor, e a Mévio S.A. seria, na verdade, coautora mediata. E com as condutas dos coautores, há condutas acessórias.

Seus administradores, nessa hipótese, contribuíram para que realizasse o tipo de ação. Como houve, no mínimo, tentativa (ao fim, se consumou o delito), as condutas dos partícipes passam a ter relevância.

Da mesma forma que no exemplo anterior, os administradores que votaram a favor da realização do tipo de ação seriam partícipes porque não realizaram nenhum ato executivo, mas contribuíram para que eles acontecessem.

Há, ademais, uma outra figura, que é G, o vendedor autônomo que os convenceu a comprar o produto X e adulterar a receita do pão. Ele também seria partícipe, pois induziu o colegiado e, em última análise, a empresa, a tomar a decisão de adulterar e vender o pão com o aditivo nocivo. Como há coautores, sua conduta acessória, de partícipe, é relevante.

Numa outra perspectiva que ignore a diferenciação de autor e partícipe, mas leve em conta a relevância das atuações na realização do sentido do tipo de ação, pode-se dizer que a atuação de G, que ofereceu o composto químico e fez com que

⁴⁹⁰ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. **La autoría en Derecho penal**: un estudio a la luz de la concepción significativa (y del Código penal español). Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 151-152.

⁴⁹¹ BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte especial, volume 3. 2. ed. São Paulo: Grupo GEN, 2020, p. 218.

todos os demais atuassem é bastante importante. Também é assim a atuação de cada um dos membros do conselho da Mévio S.A., cujos votos contribuíram para se chegar à decisão final. As atuações mais importantes parecem ser a da Mévio S.A. e a de M, que efetivamente decidiram cometer o crime em conjunto. E, neste ponto, está a chave de algo que se tratará adiante: a atuação da Mévio S.A. e de M, com suas decisões de colocar em perigo a saúde dos consumidores, têm certamente o maior nível de importância entre todas desse caso. E elas não perderiam importância alguma se o empregado que colocasse o composto X no pão, seu instrumento, estivesse ciente de que produto está colocando (saindo da situação de erro em que foi colocado no exemplo). Esse empregado tem uma conduta que tem relevância para a realização do tipo de ação, mas já bem menos expressiva que de qualquer das pessoas mencionadas antes.

3.7.4 Exemplo 4: corrupção ativa

Este último exemplo se refere ao tipo do artigo 333 do Código penal brasileiro: oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício.

Imagina-se que a empresa Filhos de Caio Ltda. tem diversas fábricas e, em várias delas, desrespeita sistematicamente direitos trabalhistas de seus empregados. Exige labor extraordinário, não oferece transporte para que eles retornem à zona urbana, mantém-nos em ambiente insalubre e perigoso sem pagar os adicionais ou oferecer equipamentos de proteção. Seus sócios (J, K e L) sabem que, nos próximos dias, haverá uma inspeção pelo auditor-fiscal do trabalho e não querem que ele autue a empresa pelas diversas irregularidades.

Fazem, então, uma votação, em que a maioria (K e L) decide que é necessário oferecer ao auditor uma quantia em dinheiro para que ele deixe de ir às fábricas onde as irregularidades acontecem. Um dos sócios, J, que não estava muito convencido e até havia votado contra, acaba mudando de ideia e se dispõe a ir até o auditor para oferecer-lhe e, caso aceite, entregar-lhe o dinheiro, possibilitando, assim, que o plano se concretize. O colegiado concorda que J é a pessoa ideal para isso porque tem bons contatos nos órgãos públicos e saberá conduzir a situação. Ao fim, todos estão de acordo com o plano.

No dia seguinte, J marca um encontro com o auditor-fiscal e oferece-lhe dinheiro em troca de não fiscalizar as fábricas em que se desrespeitam os direitos trabalhistas.

Analisa-se, assim, como se poderia solucionar o caso partindo da teoria diferenciadora proposta por Martínez-Buján Pérez.

No caso, da mesma forma que nos dois exemplos anteriores, seguindo o mesmo raciocínio, nem a votação individual nem a decisão tomada ao fim evidenciam o início dos atos executivos relativos à realização do tipo de ação da corrupção ativa. Se mais nada tivesse acontecido, não poderiam ser identificados autores ou partícipes.

Mas, a execução dos elementos do tipo foi realizada de forma completa pelo sócio J que seria, portanto, o autor.

Nesse caso, diferente dos anteriores, a decisão que foi tomada pela empresa não foi executada por instrumentos irresponsáveis penalmente. Ela foi realizada por um sócio que se convenceu, diante da decisão do colegiado, de que deveria oferecer vantagem indevida ao auditor-fiscal do trabalho.

J seria, portanto, um autor responsável (como Martínez-Buján Pérez⁴⁹² vincula a autoria mediata a um instrumento necessariamente irresponsável, para solucionar o caso, a única solução foi passar, aqui, para um nível de análise posterior à mera relação lógico-gramatical para verificar se J era ou não responsável).

E a empresa? Seria, como nos outros exemplos, uma autora mediata?

Nesse caso, ela não seria autora mediata, apesar de aparentemente o mecanismo parecer semelhante: decisão da empresa e execução por outrem. Aqui, a situação muda porque não há instrumento.

Como havia sido explorado no tópico da autoria mediata, o sentido de servir-se de alguém como instrumento, para Martínez-Buján⁴⁹³, pressupõe que o autor mediato trata essa pessoa como uma coisa, da mesma forma que usaria, por exemplo, um animal ou até mesmo uma força da natureza para levar a cabo a realização do tipo.

⁴⁹² MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. **La autoría en Derecho penal**: un estudio a la luz de la concepción significativa (y del Código penal español). Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 181.

⁴⁹³ Ibid., p. 174.

Nesta hipótese, a empresa não executou os elementos do tipo por um instrumento. Na verdade, ela não executou qualquer elemento do tipo, que foi realizado na sua inteireza por J, o autor. A atuação da pessoa jurídica, nessa hipótese, converter-se-ia, então, em participação dela na autoria da pessoa física.

Já, os sócios que votaram a favor (K e L) da prática da corrupção, seriam, da mesma forma, partícipes porque seus votos também serviram para convencer J, o autor, a realizar o tipo.

Numa outra perspectiva que ignore a diferenciação de autor e partícipe, mas leve em conta a relevância das atuações na realização do sentido do tipo de ação, pode-se dizer que a atuação da empresa aqui, assim como nos casos anteriores, está no maior nível de importância do cenário. Foi a empresa que tomou a decisão de corromper o auditor. Junto consigo e no mesmo nível de importância, está seu sócio que, depois de persuadido, aderiu à sua vontade e decidiu levar a cabo o crime, executando-o. A conduta de J é igualmente importante. Não há um critério que justifique adequadamente como sendo mais importante ou mais reprovável a conduta de J e, especialmente, que coloque em outro patamar a conduta da empresa. Por fim, os sócios que votaram desde o princípio a favor têm importância, ainda que um pouco menor que o que efetivamente aderiu à conduta da empresa e a executou para a realização do sentido do tipo.

3.8 ANÁLISE DOS RESULTADOS E CRÍTICA

Nos tópicos anteriores, buscou-se solucionar diferentes casos, com diferentes tipos de ação e com diversas combinações de condutas de uma pessoa jurídica com pessoas físicas, com base no desdobramento da ideia de autoria que faz Martínez-Buján Pérez, baseado na teoria significativa da ação.

Ocorre que, ao fazer esta análise, além do resultado da aplicação dos delineamentos teóricos de Martínez-Buján sobre autoria mediata, coautoria e participação nas atividades empresariais, surgiram algumas outras reflexões sobre o concurso de pessoas, que colocam em xeque alguns dos resultados oferecidos por este desenvolvimento da teoria.

Nos primeiros parágrafos do trabalho, havia sido mencionado que analisar as questões que se põem ao intérprete do Direito penal exige o uso de lentes

principiológicas, que se referem aos princípios que se consideram mais caros (aqui, neste trabalho, sobressaem a legalidade e a culpabilidade).

Antes de solucionar os problemas práticos propostos, já havia sido oferecida uma crítica com relação à teoria mais difundida sobre o concurso de pessoas, a do domínio do fato e, por isso, seguiu-se a análise com base no desdobramento de Martínez-Buján Pérez sobre o concurso de pessoas com base na ação significativa. Porém, ao solucionar os casos que se propuseram acima, percebeu-se que, em alguns momentos, essas lentes foram esquecidas. Apresentam-se as razões dessa constatação.

O estudo da concepção significativa da ação partiu da ideia de que, para cada tipo de ação e a depender de cada contexto, pode-se obter resultados diferentes para quem é autor e quem é partícipe. Isso é uma consequência natural do ponto de partida teórico da ação significativa: não há um supraconceito de ação, porque se reconhece que cada uma tem um sentido diverso (ainda que possa se assemelhar a outras com um mesmo ar de família⁴⁹⁴) e não há um conceito único e genérico de autor⁴⁹⁵. Isso se evidenciou na solução dos problemas propostos, em que, a depender do tipo de ação e do contexto, pessoas em situações semelhantes ocuparam posições diferentes (ainda que, como se verá adiante, existam alguns resultados que sejam questionáveis).

Assim, não há como desenvolver, previamente, critérios fixos, gerais e abstratos de um conceito de autor mediato, de coautor e de partícipe. Se não se pode conceituar o autor porque não há uma característica comum a todos os autores, não há como conceituar um autor qualificado como mediato, nem um que é autor com outro e, tampouco, o partícipe, que dele depende. É inviável traçar conceitos prévios, como numa teoria geral da autoria e da participação, partindo da concepção significativa da ação.

Mas, da mesma forma que, sem um conceito, se reconhece um tipo de ação e se reconhece um autor, como aquele que a realiza, é possível reconhecer quem realiza o sentido por meio de outrem, aqueles que realizam o sentido em conjunto e aqueles que participam, de forma acessória, na realização desse sentido. O sentido é

⁴⁹⁴ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del sistema penal**: acción significativa y derechos constitucionales. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 228.

⁴⁹⁵ GÓRRIZ ROYO, Elena María. Op. cit., p. 434.

indivisível⁴⁹⁶ e é nessa inteireza que é compreendido, não importa quantas pessoas tenham o realizado.

Como explica Górriz,

*... si no existe un sentido general que pueda definir en todo caso el concepto de acción, sino una multitud de conductas de las que, respectivamente, cabe extraer concretos sentidos, tampoco puede haber un concepto que, con carácter general, nos indique quién realiza dicho sentido.*⁴⁹⁷

Então, o que se deve fazer não é tentar construir um conceito, mas é buscar “*quién realiza el sentido de la acción que se desprende del tipo previsto en la ley*”⁴⁹⁸. Consequentemente, a busca de quem realiza esse sentido por meio de outra pessoa, ou de quem realiza esse sentido junto com outra pessoa, ou de quem participa da realização desse sentido é muito semelhante. Não há outros parâmetros que devam ser criados para essa identificação. Deve-se compreender o sentido dessas manifestações que, pelas regras que regem o uso da linguagem⁴⁹⁹, nos permitem identificá-las.

Essas regras de uso da linguagem permitem também identificar algo mais. Sem que saibamos se alguém seria conceitualmente definido como autor, partícipe ou quaisquer das várias figuras que vão aparecendo nas leis e nas teorias (como o instrumento, o homem de trás, o cooperador etc.), as regras de uso da linguagem permitem compreender a importância da atuação de cada um que contribuiu para a realização do sentido expresso no tipo de ação.

Seguindo este raciocínio, a conclusão é de que não é preciso criar, nem buscar conceitos de autor mediato, de coautores e nem de partícipes. É preciso delimitar quem são esses intervenientes no contexto a fim de que se possa, conforme a lei, atribuir a eles responsabilidade desta ou daquela forma.

Deste exato ponto, segue uma outra questão: é realmente preciso diferenciar um do outro?

Nos sistemas diferenciadores, não há questionamento sobre isso. Se a lei impõe uma diferenciação, é evidente que a imputação parte dela. Mas nos sistemas

⁴⁹⁶ GÓRRIZ ROYO, Elena María. Op. cit., p. 77.

⁴⁹⁷ Ibid., p. 440.

⁴⁹⁸ Ibid., p. 441.

⁴⁹⁹ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del sistema penal**: acción significativa y derechos constitucionales. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 229.

unitários (ou pretensamente unitário, como o brasileiro), percebeu-se que não há esta necessidade.

Diz-se que, ainda que o sistema legal seja unitário e não exija essa identificação, no momento da aplicação da pena, ela deveria ser feita para garantir uma reprovação adequada⁵⁰⁰. De fato, quando se analisaram os sistemas unitários e os diferenciadores⁵⁰¹, foi mencionado que, tradicionalmente, o sistema unitário é visto como um sistema autoritário, porque parte do mesmo marco penal para todos os intervenientes no crime. O sistema diferenciador, por sua vez, é visto como um sistema mais garantista e democrático, porque, já de plano, permite que se diferencie a conduta do autor e do partícipe, atribuindo a cada um deles um marco de pena próprio, que permite que aquele interveniente de menor importância não parta de um mesmo marco penal daquele interveniente cuja atuação foi mais relevante.

Esse resultado mais satisfatório parece, à primeira vista, estar atrelado justamente à diferenciação entre autor e partícipe, ou seja, supostamente é esta diferenciação que refletiria uma garantia de um resultado mais justo na aplicação da pena.

Ocorre que um olhar mais atento revela que a essência do que se busca não é a diferenciação com marcos penais diversos, mas é que, para intervenções mais relevantes seja atribuída uma pena mais gravosa que para intervenções menos relevantes, que merecem pena mais branda.

Isso fica muito claro quando se percebe quais os mecanismos que cada uma das concepções estudadas usa para, ao mesmo tempo em que se mantém fiel às suas premissas, alcançar o resultado que espera quanto à pena das intervenções que considera mais gravosas.

Veja-se, por exemplo, o caso em que há alguém responsável por trás de um executor também responsável.

⁵⁰⁰ Além das referências que já haviam sido indicadas no tópico que analisou o “sistema” legal brasileiro, que entendem salutar a diferenciação (GONZÁLEZ CUSSAC, José L.; BUSATO, Paulo César; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Compêndio de direito penal brasileiro**: parte geral. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2017, p. 272 e, sob outro prisma, GRECO, Luís; TEIXEIRA, Adriano. *Autoria como realização do tipo: uma introdução à ideia de domínio do fato como fundamento central da autoria no Direito penal brasileiro*. In: GRECO, Luís *et al.* **Autoria como domínio do fato**. Estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 47-80), também, por exemplo, BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito penal**: parte geral. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 200.

⁵⁰¹ V. tópicos 2.1 e 2.2 deste capítulo.

Nesses casos, a teoria do domínio do fato recorre à ideia dos aparatos organizados de poder, em que, se uma ordem cujo cumprimento é entregue a executores fungíveis, não teria havido apenas instigação, mas autoria mediata dos fatos realizados⁵⁰². Como havia sido descrito anteriormente, o domínio do fato é um conceito aberto, a partir do qual, em grupos de casos, criam-se parâmetros. Obedecidos os parâmetros criados para estes grupos, consegue-se identificar, mesmo em casos de executores responsáveis (autores, portanto), também um autor por trás (mediato, o chamado homem de trás). A ideia de domínio do fato serve como uma ferramenta para chegar no resultado esperado: que uma intervenção que se considera relevante no crime, a desse homem de trás, receba uma pena condizente, ou seja, tão gravosa quanto se considera a relevância de sua atuação. A relevância, no caso, para esta teoria, passa a estar vinculada à ideia de autoria (uma conduta mais relevante deveria equivaler à autoria) que, conseqüentemente, partiria de uma ideia de pena maior que uma de participação.

Martínez-Buján Pérez soluciona o problema de maneira diversa. Como parte do pressuposto de que o autor é delimitado em sentido lógico-gramatical, somente seria autor aquele que pratica atos executivos relacionados ao tipo de ação. E, como visto, nesse ponto, faz uma importante diferenciação: é autor mediato apenas aquele que atua por meio de um instrumento, o que pressupõe a irresponsabilidade deste último e a vinculação do início dos atos executivos pelo autor mediato com a mobilização do instrumento para realização do tipo de ação. Quando se atua por meio de um executor responsável, o início da execução muda de lugar, tanto no aspecto subjetivo como no aspecto temporal. Nesses casos, para Martínez-Buján, o início da execução está vinculado ao executor responsável, que realizará o sentido do tipo de ação. E, nessa hipótese, a figura do homem de trás muda: ele deixa de ser autor mediato e passa a ser um partícipe, porque não teria, nesse caso, realizado nem uma tentativa, ou seja, não teria realizado algum ato executivo. Ocorre que, para Martínez-Buján⁵⁰³, esse partícipe é um cooperador necessário ou indutor o que, na legislação espanhola, leva à aplicação de uma pena equivalente à de autor⁵⁰⁴.

⁵⁰² GRECO, Luís; LEITE, Alaor. Op. cit., p. 27.

⁵⁰³ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. **La autoría en Derecho penal**: un estudio a la luz de la concepción significativa (y del Código penal español). Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 190.

⁵⁰⁴ ORTS BERENGUER, Enrique; GONZÁLEZ CUSSAC, José L. **Compendio de Derecho penal**: parte general. 8. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 296.

A teoria do domínio do fato cria parâmetros que constroem a ideia de um autor onde não houve execução imediata pela pessoa. Já no desenvolvimento da concepção significativa, por Martínez-Buján, considera-se esta pessoa um partícipe que merece a pena de um autor.

Isso significa que apesar dos diferentes caminhos que cada concepção percorreu para identificar se a pessoa atrás do executor responsável era um autor ou um partícipe, ambos convergem na conclusão de que essa pessoa merece o maior marco penal previsto no sistema.

Tal fato levanta, com relação à concepção de Martínez-Buján, duas questões que foram opostas por Vives Antón e por Górriz Royo⁵⁰⁵, à teoria do domínio do fato.

Primeiro, a necessidade de se recorrer a critérios judiciais. Usando a sua concepção, esse recurso não se daria para identificar o autor ou o partícipe, uma vez que parte de uma premissa firme de que somente é autor quem realizou, no mínimo, tentativa, ou seja, algum ato executivo, sendo partícipes os demais intervenientes sem esta característica. O recurso aos critérios do juiz, porém, se dá, depois, quando é preciso definir entre os tipos de cooperação. É inegável que, apesar de estar fortemente vinculado à perspectiva lógico-gramatical e de defender de forma expressa que a verificação da autoria é diferente da aferição da responsabilidade e do merecimento de pena, acaba por reconhecer, em determinados pontos, que o partícipe merece a mesma pena de autor, ou seja, deve partir de um marco penal mais gravoso. É o que faz claramente na hipótese acima, da autoria mediata. Assim, ainda que, em princípio, pareça estar muito mais vinculado a critérios seguros e exclusivamente legais para definição do autor e do partícipe, em algum momento também relega à apreciação do intérprete, a questão de se deve seguir o marco penal gravoso de autor ou o marco penal brando de partícipe. Faz isso quando explica que haverá hipóteses em que, lógico-gramaticalmente, o interveniente não é autor, mas é cooperador necessário. Na legislação espanhola, a figura do cooperador necessário é a de um partícipe que parte do mesmo marco penal de autor⁵⁰⁶. Com isso, admite, por um lado, que o que realmente importa, ao fim, é o quanto se considera importante a contribuição de alguém e, por outro, relega ao juiz esta aferição, na medida em que

⁵⁰⁵ V. sobre esas críticas, o tópico relativo à tomada de posição sobre o marco teórico (tópico 4, deste capítulo).

⁵⁰⁶ ORTOS BERENQUER, Enrique; GONZÁLEZ CUSSAC, José L. **Introducción al Derecho penal:** parte general. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, p. 145.

a diferença entre um cooperador necessário (que parte do marco penal de autor) e de um cooperador simples (que parte do marco penal de cúmplice) é extraordinariamente complexa na prática⁵⁰⁷.

A segunda crítica que à sua construção também é oponível, na mesma toada da teoria do domínio do fato, é a de que acabou se preocupando com tantos critérios para que a teoria “fechasse” em todos os pontos, que acabou se afastando do pressuposto de observância legal. O que aparece já, de plano, é a identificação do autor seguidamente relacionada ao início dos atos executivos. Ainda que a perspectiva seja válida para a aferição, por exemplo, de se é preciso perquirir sobre autoria e participação se o crime sequer chegou a ser tentado, ela acaba se sobrepondo ao critério essencial que havia sido traçado por Górriz Royo e que estava verdadeiramente atrelado ao cumprimento do princípio da legalidade: o de verificar a autoria como a realização do sentido do tipo de ação. Não é que a tentativa não seja importante, é que o foco nos atos de execução em detrimento da realização do sentido também acaba criando uma dependência ontológica que havia sido abandonada quando se falou que a ação era o sentido e que isso deveria ser uma premissa inafastável de toda a análise.

Outro ponto em que se percebe a prevalência dos critérios teóricos é o da diferenciação da autoria mediata (com o instrumento irresponsável) com o do partícipe indutor/cooperador necessário (atrás do executor responsável). Para ilustrar essa questão, vale a pena utilizar alguns exemplos.

No caso da mulher que pretendia envenenar o ex-marido⁵⁰⁸, dando à cozinheira o veneno, mas mentindo que era um pó qualquer, a cozinheira foi induzida em erro. Pressupondo que o erro fosse escusável, a cozinheira seria irresponsável e, com base na construção de Martínez-Buján, a ex-esposa seria autora mediata. Como a autoria mediata está vinculada à colocação em marcha do instrumento, a tentativa corresponderia ao momento em que a cozinheira foi mobilizada para a tarefa pela ex-esposa, não importando se, depois disso, a empregada desistiu, se o vidro de pó caiu etc. para se considerar autora a ex-esposa, no mínimo, da tentativa.

⁵⁰⁷ ORTS BERENGUER, Enrique; GONZÁLEZ CUSSAC, José L. **Introducción al Derecho penal:** parte general. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, p. 145.

⁵⁰⁸ V. exemplo no tópico 3.1.

Se, por outro lado, a cozinheira tivesse consciência de que se tratava de veneno, a mulher nunca seria considerada autora porque, neste caso, não se consideraria que ela usou um instrumento e, portanto, a mesma conduta de entregar o veneno para que a empregada o colocasse na sopa seria um mero ato preparatório, especialmente ao imaginar que a cozinheira, a seguir, desistisse. Como, nessa situação, se consideraria que somente a cozinheira poderia realizar atos executivos, o mesmo ato de pedir para que colocasse o pó na sopa teria um sentido diverso, de mera participação e deslocaria no tempo e com relação ao sujeito o momento da tentativa. No primeiro caso, a tentativa ocorreria com a mobilização da cozinheira, pela ex-mulher, para colocar o pó na sopa. Neste caso, a tentativa ocorreria quando a cozinheira adicionasse o pó à sopa. Antes disso, não haveria autora e a ex-mulher não seria punida, uma vez que, sendo partícipe, a relevância de sua atuação estaria vinculada a algum ato executivo da cozinheira.

Acrescenta-se, ainda, um grão de sal (ou de veneno) a este exemplo: e se a cozinheira não soubesse que era veneno quando este lhe foi entregue, mas tivesse percebido isso antes de colocá-lo na sopa? Ela seria instrumento ou seria executora responsável? A ex-esposa trocaria de posição no momento em que ela percebesse? Em que momento teria começado a tentativa?

No início do trabalho, foi pontuado que muitos dos exemplos partem dos crimes mais comuns e de condutas exclusivas de pessoas físicas e que isso faz com que, toda vez que tenha que se analisar um cenário de atividade empresarial, a tarefa pareça inusitada e difícil. Por isso, estende-se aqui a análise aos cenários de atividade empresarial. Nos casos dos exemplos que foram usados para trabalhar a concepção de Martínez-Buján, percebe-se que os problemas são os mesmos.

Pense-se no caso da adulteração do pão: a autoria da empresa deveria depender do conhecimento ou não do empregado que alterou a receita na máquina? Se o empregado que fez a alteração for trocado por uma bioquímica que reconhece a fórmula de X, a empresa deixa de ser autora e se torna partícipe? E como ficaria M, seu coautor? Continuaría sendo coautor, agora da bioquímica, ou seria mais um partícipe?

Percebe-se, com isso, que foram criados critérios que se afastam da ideia de que é autor aquele que realiza o sentido que se desprende do tipo penal⁵⁰⁹, pois não é concebível que o sentido de realização do tipo de ação por essas pessoas de trás mude a cada vez que muda alguma questão relativa à responsabilidade da pessoa da frente.

Nota-se, também, que a tentativa e a conseqüente identificação do autor mediato acabaram por ficar vinculados a um critério estático, o do momento de mobilização do instrumento. Mas se são diferentes os sentidos dos tipos de ação, criou-se um critério que não se vincula ao sentido do tipo de ação.

Além disso, esses critérios, como construídos, afastam-se da premissa de análise lógico-gramatical da autoria. Se é preciso verificar a responsabilidade ou não do homem da frente, a relação já não é mais lógico-gramatical, mas já passou a se preocupar com outras pretensões da norma e, ao fim, a preocupação, que deveria originalmente ser apenas com relação à objetividade da pretensão de relevância, se estendeu por toda a aferição de responsabilidade. Não bastasse, se é preciso fazer toda essa análise que excede a perspectiva lógico-gramatical, não se buscaria mais o significado que se expressa na ação e que permite identificar o autor quem a realiza, mas se buscariam outros critérios tanto ontológicos como normativos para sua identificação, escapando da simplicidade de observar o princípio da legalidade.

Outra crítica que pode ser levantada é que o critério da acessoriedade mínima faz avançar os limites de imputação. É evidente que, ao fazer isso, alcança situações que antes restavam impunes⁵¹⁰ – é o que acontece toda vez que se avança além desses limites. Porém, é este o problema que se está tentando solucionar? Realmente a aplicação da acessoriedade limitada estava criando lacunas de punibilidade intoleráveis? E quiçá esta crítica seja, na verdade, um desdobramento da anterior. Isso porque existem alguns pontos da concepção significativa que são essenciais: o reconhecimento da ação como sentido é um deles e, junto, o reconhecimento da autoria como realização do sentido do tipo de ação, que garante o respeito ao princípio da legalidade. A adoção da acessoriedade mínima, por sua vez, parece estar mais relacionada à necessidade de se manter uma coerência teórica no momento da

⁵⁰⁹ GÓRRIZ ROYO, Elena María. **El concepto de autor en derecho penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, p. 441.

⁵¹⁰ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. **La autoría en Derecho penal: un estudio a la luz de la concepción significativa (y del Código penal español)**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 64.

análise da participação que a uma real necessidade político-criminal. Talvez neste ponto, a fidelidade ao que seria logicamente decorrente da concepção não seja tão essencial e nem represente um ganho de rendimento sensível para a solução dos problemas mas, ao contrário, represente uma perda, ao criar avanços nos limites de imputação que demandarão a criação de parâmetros outros para justificar que alguns casos simplesmente não merecem pena.

Além disso, em alguns momentos a relação de acessoriedade parece se converter em uma relação de subordinação. A participação da pessoa de trás que, por vezes, já é bastante relevante num cenário real, depende – só nos casos de pessoa da frente responsável – de que esta atue. Porém, imagine-se um prefeito que tentou fraudar a licitação usando de um funcionário público que percebeu o problema e cessou a continuidade do procedimento. A atuação do prefeito não teria relevância alguma porque o autor lógico-gramatical (o funcionário responsável) não deu início aos atos executivos? Mas já não haveria a compreensão de que houve tentativa do sentido de ação, quando ele, após combinar a fraude com terceiro tentou movimentar a máquina pública para atingir o resultado? Há uma relação invertida de subordinação, em que uma contribuição bastante importante passa a ter sua relevância subordinada à atuação de outrem.

De fato, somando-se essas críticas àquelas que já haviam sido mencionadas com relação à teoria do domínio do fato, percebe-se que, no desenvolvimento dessas teorias diferenciadoras, houve diversos momentos em que foram esquecidas aquelas lentes que deveriam sempre ser usadas para resolver os problemas. De uma ou outra forma, percebe-se um apreço maior à teoria e à uma pretensão de perfeição técnica, que leva ao cientificismo⁵¹¹ e afasta-se da pretensão de justiça⁵¹².

De tudo isso, extraem-se algumas conclusões.

A constatação de que o desenvolvimento da ideia de autoria e participação feito por Martínez-Buján Pérez não oferece o rendimento esperado não pode servir para “repristinar” a teoria do domínio do fato como solução para todos os problemas. Por compartilharem algumas das mesmas críticas e por esta última partir de bases que não correspondem à da concepção significativa da ação, não é a alternativa ideal.

⁵¹¹ BUSATO, Paulo César. Crítica à ciência jurídico-penal a partir da linguagem wittgensteiniana. **Revista de estudos criminais**, Porto Alegre, v. 19, n. 78, p. 103-129, 2020.

⁵¹² VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del sistema penal**: acción significativa y derechos constitucionales. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 490.

Esse caminho parece estar na atenção aos postulados básicos que traçou Górriz Royo para a autoria como realização do sentido do tipo de ação, que estão firmemente atrelados ao cumprimento do princípio de legalidade.

O outro princípio que deve guiar a solução desses problemas é o da culpabilidade. E aqui, dentre as inúmeras garantias que dele decorrem, destaca-se a de “dotar de dimensão pessoal a imputação de responsabilidade” e “da pena”⁵¹³. Nota-se que, quando se coloca, como dito acima, que a diferenciação entre autor e partícipe são a solução para o problema de se atribuir a adequada responsabilidade a cada um dos intervenientes do crime é ao princípio da culpabilidade que se faz referência, no sentido de que o que se pretende é que a responsabilidade e a pena da pessoa sejam efetivamente condizentes com o fato, ou melhor, com a sua contribuição para o fato.

Percebeu-se, porém, que a essência dessa diferenciação se refere de forma muito mais forte e sensível à diferença da importância da intervenção e uma pena a ela proporcional, que propriamente à diferenciação entre autor e partícipe.

Tanto é assim que as diferentes teorias vão se construindo e se moldando de forma a justificar como contribuições que são mais importantes podem ser consideradas autoria e como contribuições menos relevantes e mais marginais podem ser consideradas participação. E, quando em construções, como a de Martínez-Buján Pérez, a perspectiva lógico-gramatical atribui ao instrumento a qualificação de autor e ao homem de trás a qualificação de partícipe nos casos do homem da frente responsável, necessariamente se segue a isso uma correção, um ajuste: o instrumento é autor, mas, não nos preocupemos, ele não é responsável; o homem de trás é partícipe, mas não nos preocupemos, ele receberá a mesma pena de autor. Claro que essa acomodação não acontece só na sua construção. Toda a ideia de domínio do fato busca traduzir a sensação de quem é importante – central – deve ser autor por meio de um critério supralegal. E, ao fazer isso, o que ambas as construções buscam é justificar que o que se considera como uma intervenção mais importante deve merecer uma pena maior.

Tal forma de proceder, antes de confirmar a necessidade de se diferenciar o autor e o partícipe em sistemas que seriam, em princípio unitários, como o brasileiro, a fragiliza. Porque, se ao fim, o que interessa é dar uma pena mais gravosa àquela

⁵¹³ BUSATO, Paulo César. **Fundamentos para um Direito Penal Democrático**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 209.

contribuição que se considera mais importante e toda a construção que se faz para diferenciar autor e partícipe, ou trabalha para colocar o autor nessa posição principal, ou trabalha para que o partícipe nessa posição principal tenha a pena de autor, então se reconhece, ao fim, que o que importa não é a diferenciação conceitual de autor e partícipe, mas a adequada atribuição de pena de acordo com a importância da contribuição.

A questão está muito mais relacionada a uma necessidade político-criminal de atribuir penas diferentes a intervenções diversas na realização do tipo de ação, que com qualquer delimitação teórica e dogmática sobre as formas de contribuição. Afinal, o papel da dogmática não é de se retroalimentar para conseguir as soluções mais lógicas de um ponto de vista interno, mas, sim, de ser coerente com os anseios político-criminais, dando soluções racionais.

Dessa forma, partindo da ideia de que a autoria deve ser reconhecida como a realização do sentido do tipo de ação e que esse sentido, por vezes, se compreenderá não pela análise do que *uma* pessoa fez, mas do que *várias* pessoas fizeram em conjunto, é possível se pensar num ponto de partida unitário que respeite o princípio da legalidade. E, ao atribuir a cada uma dessas pessoas penas que são diferentes de acordo com o que se considera uma contribuição mais ou menos importante, depois de aferida sua responsabilidade, será respeitado o princípio da culpabilidade.

Outra consequência disso é que a faceta autoritária dos sistemas unitários não está vinculada à não diferenciação entre autor e partícipe, mas à não diferenciação entre as penas que recebem intervenções que se consideram relevantes e contribuições menos importantes. Numa alternativa como a que se enxerga aqui, esse caráter autoritário não mais existiria.

Outrossim, frisa-se que, por mais que se tente colocar garantias legais em todo esse caminho da responsabilidade penal para evitar que nele se interponham teorias ou de que nele prevaleça o sentimento de justiça material do juiz, sempre haverá pontos que não foram completamente cobertos pelas amarras legais e que, em algum ponto, deixarão o caminho aberto a interpretações próprias. O que é preciso para evitar discricionariedades e arbitrariedades é que, nestes pontos, não se esqueçam aquelas lentes principiológicas pelas quais devem ser vistos todos os

problemas do Direito penal, oferecendo argumentos racionais que busquem uma pretensão de justiça⁵¹⁴.

⁵¹⁴ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del sistema penal**: acción significativa y derechos constitucionales. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 489.

CONCLUSÃO

O objetivo deste trabalho era compreender como se distribuiria responsabilidade penal entre pessoa jurídica e pessoas físicas em crimes que acontecem na atividade empresarial partindo de um sistema diferenciador desenvolvido com base na ação significativa.

Foi feita uma exploração teórica que passou por delineamentos criminológicos, de responsabilidade penal da pessoa jurídica e de concurso de pessoas, usando a atividade empresarial como campo de prova para testar o rendimento de uma teoria diferenciadora de autoria e participação desenvolvida a partir da concepção significativa.

No decorrer do trabalho, algumas tendências foram se apresentando.

Já no primeiro capítulo, ao examinar aspectos históricos da criminalidade empresarial, foi possível perceber o quanto a pessoa jurídica protagoniza decisões que violam bens jurídicos essenciais de forma muito mais danosa e perigosa que pessoas físicas individualmente. Essa constatação permitiu que se afastasse uma percepção disseminada de que a criminalidade empresarial seria uma novidade relacionada a uma classe específica de crimes que se referem a bens jurídicos pouco palpáveis e que, portanto, permitiria que ainda se pensasse melhor sobre a necessidade de intervenção do Direito penal. Mostrou-se que as atividades empresariais podem destruir bens jurídicos tão essenciais como a vida e a liberdade e de forma exponencialmente mais violenta que qualquer pessoa natural.

O que acabou se evidenciando na exploração dos exemplos históricos foi que há um protagonismo da pessoa jurídica no cenário, mas certamente não é um monólogo. A própria atividade empresarial já pressupõe a existência de uma combinação de atuação de pessoas naturais e jurídicas, que compõem estruturas e realizam negócios numa constante sinergia entre si que também se manifesta quando atuam criminosamente.

A escravidão e o navio Zong foram didáticos quanto à forma como uma atividade comercial pode tratar pessoas como mercadoria (ou menos que isso) e como decisões da pessoa jurídica, como a prática de pedir indenização pelos escravizados “perdidos”, afetam a tomada de decisão em níveis mais baixos, causando a deliberada morte pela tripulação de mais de cem escravizados jogados acorrentados no mar.

As terríveis condições de trabalho na Revolução Industrial mostraram como as fábricas desrespeitavam os direitos mais básicos das crianças, oferecendo-lhes condições de trabalho tão deploráveis que ficavam doentes, deformadas e frequentemente morriam trabalhando. Os seus gerentes e encarregados, além de exigirem o trabalho nessas condições cumprindo as normas empresariais, ainda espancavam as crianças para mantê-las trabalhando para os seus superiores.

Além disso, foi apresentada a eugenia e o forte investimento empresarial na prática de esterilização e de eliminação de pessoas. As grandes empresas não se contentaram em investir dinheiro nas pesquisas, mas contribuíram materialmente para o nazismo que a adotou como essência de seu regime. Ficou claro como envolviam-se as corporações, seus principais dirigentes e mesmo figuras intermediárias, como médicos e pesquisadores, que iam se movimentando entre elas e o governo para contribuir com o planejamento e a execução da eliminação de pessoas.

A criminalidade do século XXI, portanto, não é uma novidade. É uma extensão do que já acontecia antes. A diferença é que, mais recentemente, a atuação passou a estar vinculada a um certo padrão ético, a uma certa necessidade de (aparência de) cumprimento de estândares mínimos de conduta. O que isso acarretou para algumas foi apenas uma mudança em como passaram a operar condutas criminosas. Além disso, nessa criminalidade mais recente, as novas tecnologias potencializaram os perigos que essas corporações podem oferecer e tornaram ainda mais fluida a sua capilaridade pelo mundo. Constatou-se, assim, que a criminalidade empresarial sempre mereceu a atenção do Direito penal.

Por isso, justificada a legítima preocupação do Direito penal e o protagonismo da pessoa jurídica na criminalidade empresarial, o segundo capítulo tratou de demonstrar como é possível a sua responsabilização.

Para tanto, partiu-se do marco da ação significativa, desenvolvida por Vives Antón, para uma exploração teórica que, por um lado, observou a previsão constitucional de responsabilidade penal da pessoa jurídica, e, por outro, tomou a liberdade de investigar situações que podem estar além dos limites legais atualmente vigentes no Brasil.

Nesse ponto, foi firmada uma premissa essencial para a solução do problema central do trabalho e de todos os subproblemas que se apresentam no caminho para solucioná-lo: a ação depende do significado que socialmente se atribui a ela, ou seja,

a atribuição de sentido depende das práticas sociais⁵¹⁵. Abandona-se, com isso, a ideia de ação como um substrato, como um dado ontológico, como um resultado de uma intenção psicológica, e se passa a entendê-la como o próprio sentido desse substrato. E esse sentido se compreende por meio dos usos e costumes, das práticas sociais que estabilizam esses significados.

Partindo dessa concepção, a ação da pessoa jurídica já não apresenta aqueles óbices tradicionais que se lhe opõem, como a incapacidade de se movimentar. Esses óbices, aliás, já poderiam ser afastados por questões bem mais prosaicas, que foram levantadas por autores como Carbonell Mateu e González Cussac, consistentes no fato de que as pessoas jurídicas são sujeitos de direitos capazes de atuar em qualquer âmbito do Direito, inclusive firmando contratos (e eventualmente os descumprindo), enquanto para o Direito penal se insistia que essa situação não era a mesma. O apego a teorias pretensamente científicas e construídas em torno da pessoa natural reforçava a ideia de que a responsabilidade não “caberia” dentro dos postulados que se defendiam. Ao se desprender dessas teorias e conceber a ação como um significado compreendido por meio das normas sociais, pode-se concluir que a pessoa jurídica é capaz de ação.

Outrossim, como nessa concepção a intenção deixa de ser algo que poderia ser buscado na cabeça de alguém, ela deixa de ter o caráter psicológico e, conseqüentemente, exclusivamente humano. Como a intenção está inserida na ação, ela é compreendida pelas práticas sociais e pelos costumes. O dolo passa a ser compreendido, assim, como o compromisso verificável pelo exame das regras sociais e jurídicas que definem a ação em comparação com as competências do autor. E, sendo assim, passa a ser um elemento apreensível com relação a qualquer pessoa – física ou jurídica. Como a imprudência parte dessa mesma base e representa a ausência desse compromisso somada à ausência de compromisso com o resultado, ela também é aferível no caso da pessoa jurídica.

A análise da culpabilidade, por sua vez, apresentou dois caminhos que partem igualmente da concepção significativa da ação. Para alguns autores, como González Cussac, é preciso comprovar a infração de um dever juridicamente exigível ao sujeito nas circunstâncias em que atuou. Como se considera que uma pessoa jurídica é

⁵¹⁵ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del sistema penal**: acción significativa y derechos constitucionales. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 230-261.

capaz de violar esses deveres, conclui ser possível reconhecer a sua culpabilidade. Já Busato considera que sequer é necessário verificar os elementos da culpabilidade como categoria do delito (pois eles foram construídos para as pessoas naturais), mas justifica a intervenção do Direito penal por meio de medidas de segurança, vez que as pessoas jurídicas são, reconhecidamente, perigosas (muito mais que aqueles a quem se costuma direcionar as medidas de segurança).

Firmada a possibilidade de responsabilizar a pessoa jurídica, analisou-se o assunto que costuma ser levantado quando se fala sobre o tema: o *compliance*. Constatou-se que os programas de *compliance* têm sido utilizados para construir maneiras de isentar a pessoa jurídica de responsabilidade. Isso se dá por mecanismos que acabam jogando luz às atuações do *compliance officer*, o que poderia surgir a preocupação se ele é importante no caso do concurso de pessoas. Demonstrou-se que, na verdade, toda a construção teórica sobre o tema busca apresentar um ponto de fuga da responsabilidade de quem realmente atua de forma relevante nos crimes da atividade empresarial (pessoa jurídica e seus dirigentes), usando como bode expiatório o *compliance officer*, o que não pode ser admitido. Ao *compliance officer* empregado ou contratado, não se podem simplesmente atribuir deveres sobre questões que ele não tem poder de decisão algum, fazendo com que, artificialmente, a responsabilidade penal caia com toda a sua força sobre ele. Com isso, afastou-se a importância dessa figura como alguém relevante na distribuição de responsabilidade na atividade empresarial.

O terceiro capítulo partiu, então, das conclusões dos dois primeiros: é possível responsabilizar penalmente a pessoa jurídica, mas os exemplos estudados demonstram que sua atuação é sempre permeada de atuações de pessoas físicas, fazendo necessário o estudo sobre a distribuição da responsabilidade penal.

Como a exploração teórica havia partido da concepção significativa da ação, continuou-se, neste capítulo, por este marco, usando o concurso de pessoas na atividade empresarial como campo de prova para analisar como seria possível solucionar alguns cenários de crime na atividade empresarial utilizando o desdobramento da ideia de autoria elaborado por Martínez-Buján Pérez.

Para chegar nesse ponto, foi preciso analisar qual seria o sistema de concurso de pessoas utilizado no Código penal brasileiro. Apresentaram-se, assim, as linhas gerais dos sistemas unitários (que não diferenciam os marcos penais das diversas contribuições para o crime) e diferenciadores (que partem de um marco penal

diferente para autores e partícipes) e como a doutrina brasileira compreende o cenário legislativo. Com base na exposição de motivos, poderia se deduzir que se trata de um sistema unitário, o que, inclusive, seria condizente com o período em que ele foi publicado, ao fim da ditadura militar. Porém, na própria exposição e em diversos dispositivos do código, depreende-se que também se quis diferenciar autor e partícipe, afastando-se (aparentemente por imperícia ou imprudência legislativa) da ideia inicial de um sistema unitário autoritário. Por outro lado, não se ofereceu nenhum critério prévio para diferenciar autor e partícipe no código. Como se parte da ideia disseminada de que o sistema diferenciador, por conter marcos penais diversos para as diferentes contribuições dos intervenientes, é mais garantista e democrático, a doutrina defende que, frente às disposições legais brasileiras, é preciso utilizar uma teoria diferenciadora, pois não é de todo repelida pelo código e ofereceria resultados mais salutares.

Seguindo essa ideia, apresentou-se a teoria diferenciadora mais difundida atualmente – a do domínio do fato, como desenvolvida por Roxin – e as críticas que normalmente se opõem a ela, especialmente partindo do marco teórico aqui escolhido. O que se evidenciou é que essa teoria parte da ideia de que o autor é a figura central do acontecer delitivo. Para delimitá-lo nos diferentes cenários, criou-se o conceito aberto de domínio do fato, que deve ser aplicado em diferentes grupos de casos hipotéticos para, neles, construir-se parâmetros de forma que, quando o intérprete tiver em mãos um caso concreto, utilize-os para solucioná-lo de acordo com aquele critério reitor. Vives Antón e como Górriz Royo tecem diversas críticas à teoria, como o fato de que não há, na verdade, um conceito, e que há uma preocupação tão grande de construção de parâmetros teóricos que acaba se afastando do princípio da legalidade. Apontam, ainda, a incompatibilidade entre ambas porque a autoria não está atrelada à realização do tipo de ação (mas ao domínio do fato) e porque a consequência de sua utilização é a acessoriedade limitada (enquanto na concepção significativa, seria a acessoriedade mínima).

A seguir, apresentou-se a teoria objetivo-formal, que é a base do desenvolvimento da perspectiva de autoria da ação significativa. A teoria objetivo-formal está vinculada ao critério de identificar o autor como aquele que realiza o tipo (o verbo núcleo do tipo) e recorre, inclusive, aos tipos da parte especial para explicar a autoria. Na perspectiva da ação significativa, quem desenvolveu o tema do conceito de autor, ou melhor, da inexistência de um conceito de autor foi Górriz Royo, cuja obra

serviu de base para compreender a delimitação de autor. Nessa concepção, como não existe um supraconceito de ação, porque cada ação tem um sentido e é impossível reuni-las sob um único conceito, tampouco há um conceito de autor. Se somente se compreende o autor por meio da ação realizada e os sentidos são tantos quantos são as ações, seria inviável buscar um ponto comum que conceituasse o autor. O que é possível é delimitá-lo no caso concreto, compreendendo quem realizou o sentido que se desprende do tipo de ação. Essa contribuição de Górriz Royo está firmemente conectada com a premissa que acima se indicou como aquela que deveria nortear a solução do problema central e dos demais subproblemas do trabalho, no sentido de que a ação não é o substrato de conduta, mas é o sentido. Essa constatação, de que o autor é quem realiza o sentido do tipo de ação, é imprescindível para se compreender a questão do concurso de pessoas, uma vez que nele há uma multiplicidade de condutas que, ao fim, somam-se para realizar o sentido do tipo de ação, que é indivisível.

Seguindo, assim, o caminho de exploração teórica que havia sido proposto e a necessidade, apontada pela doutrina, de que se utilizasse uma teoria diferenciadora para solucionar os problemas de concurso de pessoas, passou-se à análise do desdobramento teórico que propôs Martínez-Buján Pérez com relação à autoria mediata, coautoria e participação. Trata-se de um desenvolvimento baseado no marco teórico aqui proposto e que parte do sistema diferenciador espanhol. Como se trata de uma exploração teórica e se parte da ideia de que o sistema brasileiro reclama uma teoria diferenciadora para colmatar suas lacunas e afastar suas contradições, essa opção deveria ser testada.

Foram traçadas as linhas gerais sobre as situações mencionadas de autoria mediata, coautoria e participação, inserindo nelas alguns matizes relativos à atividade empresarial, como o papel dos empregados subalternos, a importância da atuação de pessoas com poder de decisão na empresa e a diferente maneira de se interpretar o acordo mútuo entre uma pessoa jurídica e uma física (ponto em que a compreensão da ação como sentido auxilia bastante na solução do problema).

Assim, foram analisados casos hipotéticos de concurso na atividade empresarial, que tentaram mimetizar situações possíveis, a fim de testar como seriam os resultados aplicando o que propõe Martínez-Buján Pérez.

Desse exercício, foram se evidenciando alguns pontos bastante relevantes: a forte recorrência ao critério do início da tentativa para delimitação do autor sobrepôs-

se à premissa da concepção significativa da ação de que a identificação do autor deveria se dar pela constatação de quem realizou o sentido do tipo de ação; a ideia de instrumento vinculada a um critério inafastável de irresponsabilidade penal causou distorções na identificação da pessoa de trás e no momento da tentativa; a necessidade de análise da responsabilidade do instrumento fez avançar às demais pretensões da norma, quando a identificação do autor deveria estar relacionada apenas à análise lógico-gramatical da pretensão de relevância; a acessoriedade mínima implicou os avanços dos limites de imputação sem que isso fosse reclamado político-criminalmente, relegando a outros planos de análise a necessidade de encontrar critérios para sintonizar o merecimento de pena; ao final, se criaram critérios e se buscaram soluções que se vincularam mais ao balanço técnico da teoria que à pretensão de justiça.

Porém, a mais relevante das conclusões extraída desse exercício é que, de todos os exemplos, era possível identificar, sem recurso à classificação conceitual de autor ou partícipe, quais eram as condutas mais importantes para a realização do sentido do tipo.

Analisando a essência das teorias diferenciadoras, percebeu-se que os mecanismos que utilizam para justificar o posicionamento de alguém como autor ou os ajustes que criam para elevar as penas dos partícipes e vice-versa, têm origem na necessidade político-criminal de que as contribuições que se reconhecem como importantes sejam punidas de forma mais gravosa e de que as contribuições que se reconhecem como menos importantes sejam punidas de forma mais branda. Se é isso que importa ao final, todo o esforço dogmático de diferenciar o autor de um partícipe fica fragilizado e perde o sentido num ordenamento como o brasileiro. Não é preciso recorrer a uma teoria diferenciadora, é preciso apenas ter diretrizes de modulação de pena que permitam impor pena mais gravosa às contribuições mais importantes e pena mais branda às demais. Tais possibilidades, aliás, estão previstas em nosso ordenamento e, afinal, parece que ele, além de ser menos autoritário do que pretendia, também é menos insatisfatório do que comumente se diz.

Outrossim, poder-se-ia levantar a necessidade de criar critérios para delimitar a importância da contribuição de cada um dos intervenientes.

Criar tais critérios retornaria ao problema das teorias diferenciadoras, em que se criariam parâmetros prévios, gerais e abstratos, quando a importância de cada

contribuição para realização do sentido de cada tipo de ação em cada contexto seria compreendida de forma diversa.

E como reconhecê-la? A importância da contribuição se reconhece da mesma maneira que se reconhece o sentido da ação: pelos usos, costumes e práticas sociais que permitem que se identifique, primeiro, que mais de uma pessoa, em conjunto, realizou o sentido de um tipo de ação e, segundo, se essa contribuição foi importante para aquele tipo, naquelas circunstâncias. Afinal, se não há um supraconceito de ação, nem um de autor, tampouco é possível construir uma teoria geral de autoria (e participação). Mas, se é possível, sem o conceito, compreender o sentido de uma ação e reconhecer o autor (ou os autores) que o realizaram, também é possível, pelos usos e práticas sociais, delimitar nos casos concretos a importância de suas contribuições.

Além disso, como visto acima, um sistema diferenciador, apesar de parecer, inicialmente, mais seguro, porque haveria menos espaço de decisão ao juiz quanto à imputação penal, sempre encontra a necessidade de acomodação de seus conceitos com relação à importância da contribuição, permitindo equiparações ou abrandamento/agravamento de pena, por critérios legais ou supralegais teóricos. Ao fim, os sistemas acabam oferecendo essas possibilidades, ante a inexorável necessidade de adequação da reprovação. Não diferenciar o autor do partícipe e permitir, independente disso o ajuste, pode oferecer respostas político-criminais mais adequadas, desde que observados os princípios de aplicação da lei penal. Se o sistema não oferecesse qualquer espaço para o juiz adaptar as consequências ao caso concreto, bastaria um autômato para aplicar a pena e se fecharia qualquer espaço à sensibilidade necessária para interpretar o contexto.

De toda a exploração teórica construída, conclui-se que, tendo a ação significativa como base, é viável adotar uma perspectiva unitária na identificação dos autores que realizaram o sentido do tipo de ação, desde que observada a importância de suas contribuições como um critério de pena, o que oferece soluções satisfatórias tanto em cenários de concurso de pessoas em atividades empresariais, como em qualquer outro cenário. Essa solução respeita os princípios da legalidade, ao observar a realização do tipo de ação como premissa da imputação, e da culpabilidade, ao individualizar a pena independente da necessidade de subsunção conceitual, mas atenta à necessidade político-criminal de atribuir penas mais gravosas para as atuações mais importantes e mais brandas, às demais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMAZON. **1-16 of over 1,000 results for "jack the ripper"**. Disponível em: https://www.amazon.com/s?k=jack+the+ripper&language=en_US&ref=nb_sb_noss_1. Acesso em: 7 dez. 2021.

AMAZON. **1-16 of over 1,000 results for "charles manson"**. Disponível em: https://www.amazon.com/s?k=charles+manson&ref=nb_sb_noss. Acesso em: 7 dez. 2021.

AMAZON. **34 resultados para "suzane richthofen"**. Disponível em: https://www.amazon.com.br/s?k=suzane+richthofen&__mk_pt_BR=%C3%85M%C3%85%C5%BD%C3%95%C3%91&ref=nb_sb_noss_1. Acesso em: 7 dez. 2021.

AMAZON. **1-48 de 58 resultados para "o bandido da luz vermelha"**. Disponível em: https://www.amazon.com.br/s?k=o+bandido+da+luz+vermelha&__mk_pt_BR=%C3%85M%C3%85%C5%BD%C3%95%C3%91&ref=nb_sb_noss. Acesso em: 7 dez. 2021.

AMBOS, Kai. **Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder**. Trad. Manuel Cancio Meliá. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.

ANITUA, Gabriel Inacio. **Historias de los pensamientos criminológicos**. Buenos Aires: Del Puerto, 2005.

ANTOLISEI, Francesco. **Manuale di diritto penale: parte generale**. 15. ed. Milano: Dott. A. Giuffrè, 2000.

BAIGÚN, David. **La responsabilidad penal de las personas jurídicas: ensayo de un nuevo modelo teórico**. Buenos Aires: Depalma, 2000.

BALLESTEROS SÁNCHEZ, Julio. **Responsabilidad penal y eficacia de los programas de cumplimiento normativo en la pequeña y la gran empresa**. Ciudad de México: Tirant lo Blanch, 2021.

BECK, Ulrich. **La metamorfosis del mundo**. Trad. Fernando Borrajo Castanedo. Barcelona: Paidós, 2017.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**. Rumo a uma outra modernidade. Trad. Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo global**. Trad. Jesús Alborés Rey. Madrid: Siglo XXI de España, 2002.

BINDING, Karl; HOCHÉ, Alfred. **La licencia para la aniquilación de la vida sin valor de vida**. Trad. Bautista Serigós. Buenos Aires: Ediar, 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Direito penal das licitações**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito penal**: parte geral. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

BLACK, Edwin. **Conexão nazista**: a história revelada da colaboração de grandes corporações americanas com o holocausto e a Alemanha de Hitler. Trad. Fernanda Oliveira. Bauru: Idea, 2018.

BLACK, Edwin. **War against the weak**: eugenics and America's campaign to create a master race. New York: Thunder Mouth Press, 2004.

BLASCO PELLICER, Ángel. La extinción del contrato de trabajo por voluntad del empresario. *In*: GOERLICH PESET, José María (dir.). **Derecho del trabajo**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, p. 545-553.

BORGES, Doriam. Vitimização e sentimento de insegurança no Brasil em 2010: teoria, análise e contexto. **Mediações**, Londrina, v. 18, n. 1, p. 141-163, jan./jul. 2013.

BRANDÃO, Claudio. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 2. ed. São Paulo: Grupo GEN, 2010.

BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. **El modelo gerencial-actuarial de penalidad**: eficiencia, riesgo y sistema penal. Madrid: Dykinson, 2016.

BRASIL. **Exposição de Motivos nº 211**, de 9 de maio de 1983. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-exposicaodemotivos-148972-pe.html>. Acesso em: 28 dez. 2021.

BRICKEY, Kathleen F. **Corporate and white collar crime**: cases and materials. 4. ed. New York: Aspen, 2006.

BROADBERRY, Stephen. Britain, the industrial Revolution, and modern economic growth. *In*: BROADBERRY, Stephen; FUKAO, Kyoji (ed.). **The Cambridge economic history of the modern world**, v. I, 1700-1870. Cambridge: Cambridge University Press, 2021, p. 2-44.

BUSATO, Paulo César. Apresentação. *In*: CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Dolo e linguagem**: rumo a uma nova gramática do dolo a partir da filosofia da linguagem. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p.

BUSATO, Paulo César. A responsabilidade criminal de pessoas jurídicas na história do direito positivo brasileiro. **Revista de Informação Legislativa: RIL**, v. 55, n. 218, p. 85-98, abr./jun. 2018.

BUSATO, Paulo César. Autoria e participação nos delitos de pessoas jurídicas: uma análise crítica da responsabilidade por ricochete adotada pelo Superior Tribunal de Justiça. *In*: CHOUKR, Fauzi Hassan; LOUREIRO, Maria Fernanda; VERVAELE, John

(org.). **Aspectos contemporâneos da responsabilidade penal da pessoa jurídica**. Vol. II. São Paulo, Fecomercio SP, 2014, p. 89-109.

BUSATO, Paulo César. Crítica à ciência jurídico-penal a partir da linguagem wittgensteiniana. **Revista de estudos criminais**, Porto Alegre, v. 19, n. 78, p. 103-129, 2020.

BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Grupo GEN, 2020.

BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte especial, volume 3**. 2. ed. São Paulo: Grupo GEN, 2020.

BUSATO, Paulo César. **Fundamentos para um Direito Penal Democrático**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

BUSATO, Paulo César. **La tentativa del delito**: análisis a partir del concepto significativo de la acción. Lisboa: Juruá, 2011.

BUSATO, Paulo César. O Leviatã de Brumadinho. **Boletim Ibccrim**, ano 27, n. 316, p. 7-8, mar. 2019.

BUSATO, Paulo César. O que não se diz sobre *compliance* em Direito penal. *In*: COUTINHO, Aldacy Rachid; BUSATO, Paulo César (orgs.). **Aspectos Jurídicos do Compliance**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 49-90.

BUSATO, Paulo César. Razões Criminológicas, político-criminais e dogmáticas para a adoção da responsabilidade penal de pessoas jurídicas na reforma do Código Penal brasileiro. *In*: BUSATO, Paulo César; GUARAGNI, Fábio André. **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica**: fundamentos criminológicos, superação de obstáculos dogmáticos e requisitos legais do interesse e benefício do ente coletivo para a responsabilização criminal. Curitiba: Juruá, 2012, p. 17-86.

BUSATO, Paulo César. Responsabilidade penal de pessoas jurídicas no projeto do novo Código penal brasileiro. **Revista Liberdades**, edição especial – reforma do Código penal, p. 98-128, set. 2012.

BUSATO, Paulo César. **Tres tesis sobre la responsabilidad penal de personas jurídicas**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.

BUSATO, Paulo César; CAVAGNARI, Rodrigo. A teoria do domínio do fato e o Código penal brasileiro. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, v. 9, n. 17, p. 175-208, jul./dez. 2017.

BUSATO, Paulo César; CESTO, Mariana. **A eutanásia, a eugenia e o bem jurídico vida frente à cessação de cuidados paliativos**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021.

CALDEIRA, Jorge. **História da riqueza no Brasil**. Rio de Janeiro: Estação Brasil, 2017.

CAMERON, Rondo; NEAL, Larry. **A concise economic history of the world: from paleolithic times to the present**. 4. ed. New York: Oxford University Press, 2003.

CARBONELL MATEU, Juan Carlos. Aproximación a la dogmática de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. *In*: CARBONELL MATEU, Juan Carlos; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis; ORTS BERENGUER, Enrique (dir.). **Constitución, derechos fundamentales y sistema penal: semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón**. Tomo I. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, p. 307-328.

CARDONA RUBERT, María Belén. El trabajador. *In*: GOERLICH PESET, José María (dir.). **Derecho del trabajo**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, p. 109-138.

CARLEN, Pat. Criminologias alternativas. Trad. Leandro Ayres França. *In*: CARLEN, Pat; FRANÇA, Leandro Ayres (org.). **Criminologias alternativas**. Porto Alegre: Canal Ciências Criminais, 2017, p. 19-34.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CARREÑO AGUADO, Julen A. Caso Enron. *In*: SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo (coord.). **Casos que hicieron doctrina en Derecho penal**. Madrid: La Ley, 2011, p. 969-987.

CESTO, Mariana. Resíduos autoritários em Direito penal. *In*: BUSATO, Paulo César; SÁ, Priscilla Placha (coord.). **Autoritarismo e controle social punitivo**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021, p. 32-55.

CHILDREN'S EMPLOYMENT COMISSION. **Report by Elijah Waring, Esq., on the Employment of Children and Young Persons in the Collieries of South Gloucestershire and on the State, Condition, and Treatment of such Children and Young Persons.** Disponível em: https://www.cmhrc.co.uk/cms/document/1842_Gloucester.pdf. Acesso em: 9 dez. 2021.

CHILDREN'S EMPLOYMENT COMISSION. **Report by Jelinger c. Symons Esq., on the Employment of Children and Young Persons in the Mines and Collieries of the West Riding of Yorkshire, and on the State, Condition and Treatment of such Children and Young Persons.** Disponível em: https://www.cmhrc.co.uk/cms/document/1842_Yorkshir__1.pdf. Acesso em: 9 dez. 2021.

CHILDREN'S EMPLOYMENT COMISSION. **Report by Anthony Austin, Esq., on the Employment of Children and Young Persons in the Mines and Quarries in the North of Lancashire, and on the State, Condition and Treatment of such Children and Young Persons.** Disponível em: https://www.cmhrc.co.uk/cms/document/1842_N_Lancs.pdf. Acesso em: 9 dez. 2021.

CHURCHILL, Winston S. **Uma história dos povos de língua inglesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira: Univercidade, 2009.

CONRAD, Joseph. **Coração das trevas**. Trad. Sergio Flaksman, São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

CUGOANO, Ottobah. **Thoughts and sentiments on the evil and wicked traffic of the slavery and commerce of the human species**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

DAVID, Décio Franco; BUSATO, Paulo César. A empresa é capaz de ação? Uma proposta de discussão sobre a capacidade de rendimento da concepção significativa da ação no Direito penal empresarial. **Revista justiça e sistema criminal**, v. 9, n. 16, p. 205-232, jan./jun. 2017.

DAVIES, Norman. **Europa na guerra**. Rio de Janeiro: Record, 2009.

DIAS, Augusto Silva. **“Delicta in se” e “delicta mere prohibita”**: uma análise das discontinuidades do ilícito penal moderno à luz da reconstrução de uma distinção clássica. Coimbra: Coimbra, 2008.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia**: o homem delincente e a sociedade criminógena. Coimbra: Coimbra, 2013.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. La autoría em Derecho penal: caracterización general y especial atención al Código penal colombiano. **Derecho penal y criminología**, v. 25, n. 76, p. 33-66, 2004.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. **Derecho penal español**: parte general en esquemas. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo. Posición de garante del *compliance officer* por infracción del “deber de control”: una aproximación tópica. *In*: ARROYO ZAPATERO, Luis Alberto; NIETO MARTÍN, Adán (dir.). **El derecho penal económico en la era compliance**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 165-190.

DOTTI, René Ariel. A incapacidade criminal da pessoa jurídica (uma perspectiva do direito brasileiro). *In*: PRADO, Luiz Régis; DOTTI, René Ariel (coord.). **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 157-194.

DRINKWATER, John Elliot. Evidence taken by Mr. Drinkwater. *In*: FACTORIES INQUIRY COMMISSION. **First report of the central board of his Majesty’s Commissioners appointed to collect information in the manufacturing districts, as to employment of children in factories, and as to the propriety and means of curtailing the hours of their labour**: with minutes of evidence, and reports by the district commissioners, 28 June 1833. New York: Augustus M. Kelley Publishers, 1968, p. 27.

ELLIOTT, John H. **Imperios del mundo atlántico**: España y Gran Bretaña en América (1492-1830). Trad. Marta Balcells. Madrid: Santillana, 2006.

ENGELS, Friedrich. **A situação da classe trabalhadora na Inglaterra**. Trad. B. A. Schumann. São Paulo: Boitempo, 2010.

FACTORIES INQUIRY COMMISSION. **First report of the central board of his Majesty's Commissioners appointed to collect information in the manufacturing districts, as to the employment of children in factories, and as to the propriety and means of curtailing the hours of labour**: with minutes of evidence, and reports by the district commissioners, 28 June 1833. New York: Augustus M. Kelley Publishers, 1968.

FELIU, Gaspar; SUDRIÁ, Carles. **Introducción a la historia económica mundial**. Valencia: Universidad de Valencia, 2013.

FERGUSON, Niall. **A ascensão do dinheiro: a história financeira do mundo**. 2. ed. São Paulo: Planeta, 2017.

FERGUSON, Niall. **Império**. São Paulo: Editora Planeta do Brasil, 2010.

FRANCO, Affonso Arinos de Mello. **Responsabilidade Criminal das pessoas jurídicas**. Rio de Janeiro: Ypiranga, 1930.

FUKUYAMA, Francis. **Ordem e decadência política: da revolução industrial à globalização da democracia**. Rio de Janeiro: Rocco, 2018.

GABARDO, Emerson; CASTELLA Gabriel Morettini e. A nova lei anticorrupção e a importância do compliance para as empresas que se relacionam com a Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, v. 15, n. 60, p. 129-147, jun. 2015.

GABARDO, Emerson; CASTELLA, Gabriel Morettini e. O *compliance* e a dosimetria da pena nas ações de improbidade: ponderações a partir da nova lei anticorrupção. **Juris plenum**, n. 80, p. 7-26, mar. 2018.

GALÁN MUÑOZ, Alfonso. La responsabilidad penal de la persona jurídica tras la reforma de la LO 5/2010: entre la hetero y la autorresponsabilidad. **REJ Revista de estudios de la justicia**, n. 15, p. 171-217.

GALTON, Francis. **Inquiries into human faculty and its development**. 2. ed. London: J.M. Dent and Co., 1907.

GARCÍA DEL BLANCO, Victoria. **La coautoría en Derecho penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Criminología: una introducción a sus fundamentos teóricos**. 8. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.

GASPAR, Malu. **A organização**. A Odebrecht e o esquema de corrupção que chocou o mundo. São Paulo: Companhia das Letras, 2020.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. **Autor y cómplice en Derecho penal**. Buenos Aires: B de F, 2006.

GOMES, Laurentino. **Escravidão: do primeiro leilão de cativos em Portugal até a morte de Zumbi dos Palmares**, volume 1. Rio de Janeiro: Globo Livros, 2019.

GÓMEZ TOMILLO, Manuel. **Compliance penal y política legislativa: el deber personal y empresarial de evitar la comisión de ilícitos en el seno de las personas jurídicas**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.

GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. **Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.

GONZÁLEZ CUSSAC, José L.; BUSATO, Paulo César; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Compêndio de direito penal brasileiro: parte geral**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2017.

GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis; MIRA BENAVENT, Javier. Autoría o participación en determinados supuestos de "vigilancia": comentarios a la STS de 21 de febrero de 1989. **Poder judicial**, n. 27, p. 189-216, 1992.

GÓRRIZ ROYO, Elena María. **El concepto de autor en derecho penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.

GRACIA MARTÍN, Luís. La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas. *In*: ROMEO CASABONA, Carlos María. **Dogmática penal, política criminal y criminología en evolución**. Peligros: Comares, 1996, p. 103-137.

GRECO, Luís. Esclarecimientos terminológicos. *In*: GRECO, Luís *et al.* **Autoria como domínio do fato**. Estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 13-14.

GRECO, Luís; TEIXEIRA, Adriano. Autoria como realização do tipo: uma introdução à ideia de domínio do fato como fundamento central da autoria no Direito penal brasileiro. *In*: GRECO, Luís *et al.* **Autoria como domínio do fato**. Estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 47-80.

GRECO, Luís; LEITE, Alaor. A distinção entre autor e partícipe como problema do legislador. Autoria e participação no projeto de Código Penal (PLS 236/2012). *In*: GRECO, Luís *et al.* **Autoria como domínio do fato**. Estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 169-201.

GRECO, Luís; LEITE, Alaor. O que é e o que não é a teoria do domínio do fato: sobre a distinção entre autor e partícipe no Direito penal. *In*: GRECO, Luís *et al.* **Autoria como domínio do fato**. Estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 19-45.

GUARAGNI, Fábio André. *Criminal compliance* e prevenção de delitos econômicos: o problema dos desvios cognitivos e volitivos na origem da prática criminosa. *In*: COUTINHO, Aldacy Rachid; BUSATO, Paulo César (org.). **Aspectos jurídicos do compliance**. Florianópolis: Empório do Direito, p. 210-243.

GUARAGNI, Fábio André. "Interesse ou benefício" como critérios de responsabilização da pessoa jurídica decorrente de crimes - a exegese italiana como contributo à interpretação do art. 3º da lei 9.605/98. *In*: BUSATO, Paulo César; GUARAGNI, Fábio André. **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica**: fundamentos criminológicos, superação de obstáculos dogmáticos e requisitos legais do interesse e benefício do ente coletivo para a responsabilização criminal. Curitiba: Juruá, 2012, p. 93-129.

GUARAGNI, Fábio André. Responsabilidade penal do ente coletivo: pilastras político-criminais derivadas das noções de sociedade de risco e alteridade. *In*: CHOUKR, Fauzi Hassan; LOUREIRO, Maria Fernanda; VERVAELE, John (org.). **Aspectos contemporâneos da responsabilidade penal da pessoa jurídica**. v. II. São Paulo: Fecomércio, 2014.

GUARAGNI, Fábio André. Princípio da confiança no Direito Penal como argumento em favor de órgãos empresariais em posição de comando e *compliance*: relações e possibilidades. *In*: GUARAGNI, Fábio André; BUSATO, Paulo César (coords). **Compliance e Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 70-94.

HANSMANN, Henry; KRAAKMAN, Reinier; SQUIRE, Richard. Law and the rise of the firm. **Harvard law review**, v. 119, n. 5, p. 1333-1403, mar. 2006.

HARARI, Yuval Noah. **Sapiens**: uma breve história da humanidade. 38. ed. Porto Alegre: L&PM, 2018.

HASSEMER, Winfried. Los elementos característicos del dolo. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, v. 43, p. 909-932, 1990.

HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción a la criminología y a la política criminal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.

HOBSBAWM, Eric. **La era de la revolución**: 1789-1848. 6. ed., Buenos Aires: Crítica, 2009.

HUNGRIA, Néelson. **Comentários ao Código penal**: volume V – arts. 121 a 136. 5. ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2018.

IMDb. **A menina que matou os pais**. Disponível em: https://www.imdb.com/title/tt10605812/?ref_=nm_filmg_act_2. Acesso em: 7 dez. 2021.

IMDb. **Displaying 10 results for "jack the ripper"**. Disponível em: https://www.imdb.com/find?s=k&q=jack+the+ripper&ref_=nv_sr_sm. Acesso em: 7 dez. 2021.

IMDb. **Displaying 5 results for "charles manson"**. Disponível em: https://www.imdb.com/find?s=kw&q=charles+manson&ref_=nv_sr_sm. Acesso em: 7 dez. 2021.

IMDb. **O bandido da luz vermelha**. Disponível em: https://www.imdb.com/title/tt0144782/?ref_=nm_knf_i1. Acesso em: 7 dez. 2021.

IMDb. **O menino que matou meus pais**. Disponível em: https://www.imdb.com/title/tt10975604/?ref_=nm_filmg_act_3. Acesso em: 7 dez. 2021.

JAKOBS, Günther. **¿Protección de bienes jurídicos?** Sobre la legitimación del Derecho penal. Trad. Javier Fernando Quiñones. Buenos Aires: B de F, 2020.

KARAM, Maria Lúcia. A esquerda punitiva. **Revista Discursos Sediciosos**, v. 1, n. 1, p. 79–92, jan./jun. 1996.

KERSHAW, Ian. **Hitler**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

KRIKLER, Jeremy. A chain of murder in the slave trade: a wider context of the Zong massacre. **International review of social history**, v. 57, n. 3, p. 393-415, set. 2012.

LANDES, David S. **A riqueza e a pobreza das nações**: por que algumas são tão ricas e outras tão pobres. Rio de Janeiro: Campus, 1998.

LASCURAÍN SANCHEZ, Juan Antonio. Salvar al oficial Ryan. *In*: MIR PUIG, Santiago; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; GÓMEZ MARTÍN, Víctor (dir.). **Responsabilidad de la empresa y compliance**: programas de prevención, detección y reacción penal. Madrid: Edisofer, 2014, p. 301-336.

LEIRIA, Antônio José Fabrício. **Autoria e participação criminal**. 2. ed. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2010.

LEITE, Alaor. Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros: os conceitos de autor e partícipe na AP 470 do Supremo Tribunal Federal. *In*: GRECO, Luís *et al.* **Autoria como domínio do fato**. Estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 123-168.

LEÓN ALAPONT, José. **Compliance penal**: especial referencia a los partidos políticos. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.

LOMBARDO, Paul A. **Three generations no imbeciles**: eugenics, the Supreme Court and Buck vs. Bell. Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 2008.

LOMBARDO, Paul A. The power of heredity and the relevance of eugenic history. **Genetics in medicine**, v. 20, n. 11, p. 1305-1311, nov. 2018.

LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen. La discusión sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas y las consecuencias accesorias del art. 129 Cp, once años después. *In*: MUÑOZ CONDE, Francisco (dir.). **Problemas actuales del Derecho penal y de la criminología**: estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita. Valencia: Tirant lo blanch, 2008, p. 563-594.

LORAUX, Nicole. Éloge de l'anachronisme en histoire. **Espaces Temps**, n. 87-88, p. 127-139, 2005.

MARTINELLI, João Paulo. O Código penal e o Código de processo penal de 1941. **Revista Criminalis**, 1. ed., 2021, p. 23-36.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del "big crunch" en la selección de bienes jurídicos-penales (especial referencia al ámbito económico). **Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña**, n. 7, p. 953-985, 2003.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. **La autoría en Derecho penal**: un estudio a la luz de la concepción significativa (y del Código penal español). Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. **Derecho penal económico y de la empresa**: parte general. 5. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. La expansión, la reducción y la legitimidad del Derecho penal económico. *In*: PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando (ed.); GARCÍA ALFARAZ, Isabel (coord.), DÍAZ CORTÉS, Lina Mariola (coord.). **Serta**: in memoriam Louk Hulsman. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2016, p. 465-483.

MAZOWER, Mark. **O império de Hitler**: a Europa sob o domínio nazista. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

MELLO, Evaldo Cabral de. **O negócio do Brasil**: Portugal, os Países Baixos e o Nordeste 1641-1669. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

MESTRE, Aquiles. **Las personas morales y su responsabilidad penal**. Madrid: Gongora, 1930.

MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal**. 2. ed. Buenos Aires: B de F, 2002.

MOKYR, Joel; VICKERS, Chris; ZIEBARTH, Nicolas L. The History of Technological Anxiety and the Future of Economic Growth: Is This Time Different?. **The Journal of Economic Perspectives**, vol. 29, n.3, 2015, pp. 31-50.

MORALES ROMERO, Marta Muñoz de. Programas de cumplimiento "efectivos" en la experiencia comparada. *In*: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán (dir.). **El Derecho penal económico en la era compliance**. México D.F.: Tirant lo Blanch, 2013, p. 211-230.

MORIN, Edgar; KERN, Anne Brigitte. **Terra-pátria**. Trad. Paulo Neves. 6. ed. Porto Alegre: Sulina, 2011.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Derecho penal y control social**. 2. ed. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1999.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Edmund Mezger e o Direito penal do seu tempo**. Trad. de Paulo César Busato. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al Derecho penal**. Barcelona: Bosch, 1975.

MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Derecho penal**: parte general. 10 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.

NAVARRETE PELEZ, Mara Cristina. Los años inciertos del comercio esclavista a los reinos de Indias: 1640-1680. **Historia y espacio**, n. 45, p. 11-37, ago. dez. 2015.

NETTO, Alamiro Velludo Salvador. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

NEWSON, Linda A.; MINCHIN, Susie. **From capture to sale**: the Portuguese slave trade to Spanish South America in the early seventeenth century. Leiden: Koninklijke Brill NV, 2007.

NIETO MARTÍN, Adán. O cumprimento normativo. *In*: NIETO MARTÍN, Adán (coord.). **Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2018.

NIETO MARTÍN, Adán. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho penal. *In*: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz (eds.). **Compliance y teoría del Derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 21-50.

NOLAN, Justine. Refining the rules of the game: the corporate responsibility to respect human rights. **Utrecht Journal of International and European Law**, v. 30, n. 78, p. 7-23, fev. 2014.

NORDHOFF, Charles. **The Syndicate! What is it?** Ottawa: Woodburn, 1881.

ORTS BERENQUER, Enrique; GONZÁLEZ CUSSAC, José L. **Compendio de Derecho penal**: parte general. 8. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.

ORTS BERENQUER, Enrique; GONZÁLEZ CUSSAC, José L. **Introducción al Derecho penal**: parte general. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.

PARGENDLER, Mariana. Cinco mitos sobre a história das sociedades anônimas no Brasil. *In*: KUYVEN, Luiz Fernando Martins (Org.). **Temas essenciais de Direito empresarial**: estudos em homenagem a Modesto Carvalhosa. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 865-883.

PARKER, Malcolm. Diagnosis, power and certainty: response to Davis. **Bioethical inquiry**, v. 7, n. 3, 2010.

PATEMAN, Carole. **O contrato sexual**. Trad. Marta Avancini. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993.

PICHLER, Pegaret; WILHELM, William. A Theory of the syndicate: form follows function. **The journal of finance**, v. LVI, n. 6, p. 2237-3364, dez. 2001.

PYERITZ, Reed E. Medical genetics: ending of the beginning or beginning of the end? **Genetics in medicine**, v. 1, p. 56-60, nov. 1998.

PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. Tema 21: el concepto jurídico de delito. *In*: ZUGALDÍA ESPINAR, José M. (dir.). **Derecho penal**: parte general. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p. 379-391.

PRAZERES, Ângela dos; BUSATO, Paulo César. Heterorresponsabilidade e autorresponsabilidade penal de pessoas jurídicas. Especial referência ao fato de conexão. *In*: BUSATO, Paulo César (org.). **Responsabilidade penal de pessoas jurídicas**: anais do III seminário Brasil-Alemanha. Vol. II. São Paulo: Empório do Direito; Tirant lo Blanch, 2020, p. 9-34.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **El dolo y su prueba en el proceso penal**. Barcelona: José Maria Bosch, 1999.

ROBLES PLANAS, Ricardo. La responsabilidad penal del *compliance officer*. **Revista IV Jornada de Derecho Penal**, p. 45-54, mar. 2015.

ROSA, Alessandra. **Quando a eugenia se distancia do saneamento**: as ideias de Renato Kehl e Octávio Domingues no Boletim de Eugenia (1929-1933). 2005. Dissertação. (Mestrado em História das ciências da Saúde). Casa de Oswaldo Cruz – FIOCRUZ, Rio de Janeiro, 2005.

ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en Derecho penal**. 9. ed. Trad. Joaquín Cuello Contreras. Madrid: Marcial Pons, 2016.

ROXIN, Claus. O domínio por organização como forma independente de autoria mediata. Trad. Pablo Alflen. **Panóptica**, n. 27, p. 69-94, nov. 2009.

RUGGIE, John Gerard. **Quando os negócios não são apenas negócios**: as corporações multinacionais e os direitos humanos. Trad. Isabel Murray. São Paulo: Abril, 2014.

SÁ, Priscilla Placha. **Responsabilidade pelo produto**. 2005. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2005.

SÁ, Priscilla Placha; FREITAS JÚNIOR, Renato Almeida de; MARTINS, Daniel Fauth. Concurso de pessoas em aparatos de poder organizados. *In*: BUSATO, Paulo César

(org.). **Teoria do delito**: Direito penal baseado em casos. Curitiba: Juruá, 2012, p. 329-345.

SALDAÑA, Quintiliano. **Capacidad criminal de las personas sociales**. Madrid: Reus, 1927.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Criminologia radical**. 4.ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2018.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 9. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

SANTOS, Juarez Cirino dos. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. *In*: PRADO, Luiz Régis; DOTTI, René Ariel (coord.). **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 265-282.

SCANDELARI, Gustavo Britta. As posições de garante na empresa e o *criminal compliance* no Brasil: primeira abordagem. *In*: GUARAGNI, Fábio André; BUSATO, Paulo César (coords). **Compliance e Direito Penal**. São Paulo, Atlas, 2015, p. 158-200.

SCANDELARI, Gustavo Britta. **Compliance e law enforcement**: propostas para o aperfeiçoamento da prevenção corporativa de ilícitos no Brasil. 2021. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2021.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Direito penal econômico**. Parte geral. 2. ed. rev. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018.

SCHÜNEMANN, Bernd. Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, n. 2, p. 529-558, 1988.

SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012** - (NOVO CÓDIGO PENAL). Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>. Acesso em: 21 dez. 2021.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

SIEGEL, Dina. From Marco Polo to the syndicate: the history of a multilevel organization. *In*: SIEGEL, Dina. **The mazzel ritual**: culture, customs and crime in the diamond trade. New York: Springer, 2009, p. 15-40.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **La expansión del Derecho penal**: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001.

TOOKE, Thomas; CHADWICK, Edwin; SMITH, Thomas Southwood. Report. *In*: FACTORIES INQUIRY COMMISSION. **First report of the central board of his**

Majesty's Commissioners appointed to collect information in the manufacturing districts, as to employment of children in factories, and as to the propriety and means of curtailing the hours of their labour: with minutes of evidence, and reports by the district commissioners, 28 June 1833. New York: Augustus M. Kelley Publishers, 1968, p. 1-74.

VARGAS LLOSA, Mario. **La civilización del espectáculo**. Madrid: Alfaguara, 2012.

VARGAS LLOSA, Mario. **O sonho celta**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2011.

VASSALLI, Giuliano. The Reform of the Italian Penal Code. **Wayne Law Review**, vol. 20, n. 4, p. 1031-1072, jul. 1974.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador; CUERDA ARNAU, María Luisa. De nuevo sobre la autoría: algunos problemas metodológicos. *In*: MORALES PRATS, Fermín; TAMARIT SUMALLA, Josep Maria; GARCÍA ALBERO, Ramón (coord.). **Represión penal y Estado de Derecho**. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2018, p. 505-512.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del sistema penal:** acción significativa y derechos constitucionales. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. Primer seminario: Lady Macbeth y la doctrina de la acción. *In*: VIVES ANTÓN, Tomás S.; CUERDA ARNAU, M^a Luisa; GÓRRIZ ROYO, Elena. **Acción significativa, comisión por omisión y dogmática penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, p. 17-112.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Libertad de prensa y responsabilidad criminal:** la regulación de la autoría en los delitos cometidos por medio de la imprenta. Madrid: Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1977.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. Prólogo. *In*: GÓRRIZ ROYO, Elena María. **El concepto de autor en derecho penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, p. 13-20.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. Prólogo de Tomás S. Vives Antón. *In*: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. **La autoría en Derecho penal:** un estudio a la luz de la concepción significativa (y del Código penal español). Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 13-15.

VUILLARD, Éric. **A ordem do dia**. Trad. Sandra M. Stroparo. São Paulo: Planeta, 2019.

WALVIN, James. **The Zong:** a massacre, the law and the end of slavery. New Haven: Yale University Press, 2011.

WEBSTER, Jane. The Zong in the context of the eighteenth-century slave trade. **Journal of legal history**, v. 28, n. 3, p. 285-298, dez. 2007.

WILSON, Robert. The theory of the syndicates. **Econometrica**, v. 36, n. 1, p. 119-132, jan. 1968.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Sobre la certeza**. Trad. Josep Lluís Prades e Vicent Raga. Barcelona: Gedisa, 2000.

ZOLA, Émile. **Germinal**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.