

A APLICABILIDADE DA TEORIA DA CULPABILIDADE PELA VULNERABILIDADE NO DIREITO PENAL EMPRESARIAL

THE APPLICABILITY OF THE THEORY OF CULPABILITY
BY VULNERABILITY IN CORPORATE CRIMINAL LAW

Núbio Mendes Parreiras

Mestre em Direito Penal pela PUC-MG. Especialista em Ciências Penais pelo IEC-PUC-MG. Professor dos Cursos de Pós-Graduação lato sensu (Especialização) de Ciências Penais (IEC-PUC-MG) e de Advocacia Criminal (POSESA – ICJ/FUMEC). Advogado.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8461594600460836>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1130-589X>

parreiras.nubio@gmail.com

DOI: <https://doi.org/10.5281/zenodo.10277565>

Resumo: Propõe-se uma investigação para, a partir de uma pesquisa bibliográfica, examinar como o Direito Penal empresarial também se orienta pela seletividade ao vulnerável, característica marcante do Direito Penal tradicional. Para tanto, o artigo abordará a proposta da culpabilidade pela vulnerabilidade se projetar nos crimes no ambiente empresarial, de modo a imprimir maior eficácia na contenção do poder punitivo em face do vulnerável.

Palavras-chave: Vulnerabilidade empresarial; Seletividade penal; Dogmática penal; *Compliance* criminal.

Abstract: An investigation is proposed to, from bibliographic research, examine how the Corporate Criminal Law it is also guided by the selectivity for the vulnerable, a striking feature of traditional Criminal Law. To do so, the article will address the proposal of culpability for vulnerability projecting itself in the crimes in the business environment, to print better effectiveness in the containment of the punitive power in the face of the vulnerable.

Keywords: Corporate vulnerability; Criminal selectivity; Criminal dogmatics; Criminal compliance.

1. Introdução

O Direito Penal do Estado de Direito é constituído a partir de toda uma principiologia que, desde a perspectiva de **Zaffaroni** (2017, p. 172), apresenta-se como uma importante barreira de contenção ao poder punitivo, sem, contudo, desconhecer a seletividade do sistema.

Com efeito, a predileção do poder punitivo por seleção a sujeitos vulneráveis recebeu privilegiada atenção da dogmática penal de **Eugenio Raúl Zaffaroni et al.** (2013, p. 51), de sorte a reconhecer que “a seletividade é estrutural e, por conseguinte, não há sistema penal no mundo cuja regra geral não seja a criminalização secundária em razão da vulnerabilidade do candidato”.

Jean Paul Marat (2000, p. 81 *apud* Pinto, 2009, p. 52) parece ter partido dessa problemática quando da proposição do princípio da coculpabilidade, visando uma espécie de corresponsabilização do

Estado pela omissão em face dos direitos sociais dos vulneráveis que, quando selecionados, mereceriam uma atenuação da pena.

Não obstante, **Eugenio Zaffaroni** (2002, p. 6, tradução nossa) logo percebeu a insuficiência do princípio da coculpabilidade, apresentando as seguintes questões:

A coculpabilidade (Mit-Schuld) é insuficiente porque: a) em princípio resulta no preconceito de que a pobreza é a causa de todos os delitos; b) em segundo lugar, se fosse corrigido esse preconceito, concluiria habilitando mais poder punitivo para as classes hegemônicas e menos para as subalternas, o que pode conduzir a um direito penal classista de duas velocidades; c) Por fim, seja rico ou pobre o selecionado, sempre o será com bastante arbitrariedade, com o qual não considera a seletividade estrutural do poder punitivo.¹

A rigor, **Carvalho** (2018, p. 234), citando Zaffaroni, observou que, sobretudo após Edwin Sutherland publicar suas pesquisas

sobre chamada criminalidade de colarinho branco, o princípio da coculpabilidade foi acometido por consideráveis fissuras, deixando em evidência a sua ineficácia para a contenção do poder punitivo.

Como se não bastasse, em que pese a importância do princípio da coculpabilidade para a dogmática penal, para **Carvalho** (2018, p. 431), a categoria trabalha com um certo reducionismo da questão calcado em um “determinismo economicista”.

No mesmo sentido vem a crítica de **Loureiro** (2019, p. 184), apontando as sérias dificuldades do princípio se projetar para além dos “delitos em que a miserabilidade de suas condições sociais e econômicas tenha sido determinante para a redução do seu espaço de autodeterminação, como ocorre em alguns delitos patrimoniais”.

Com efeito, significativa parcela do poder punitivo — sobretudo a com natureza empresarial —, acaba por ser ignorada pela coculpabilidade. Daí que, por “decorrência destas insuficiências a culpabilidade pela vulnerabilidade apresenta-se como um corretivo à teoria da coculpabilidade” (Carvalho, 2018, p. 234).

Daí que se apresenta um deslocamento do eixo central da coculpabilidade, de orientação causal-economicista — que vê na exclusão social a causa do crime —, com o objetivo de ampliar o seu espectro de incidência (Loureiro, 2019, p. 185), a tal ponto de lançar sua atenção para processos de criminalização em face de lesões a outros bens jurídicos, inclusive os presentes no ambiente corporativo.

Não obstante, é digno de destaque a constatação de que, como bem abordado por **Carvalho** (2018, p. 235), ao contrário de negar a coculpabilidade, a teoria da culpabilidade pela vulnerabilidade, a bem da verdade, aprimora-a.

E esse aprimoramento ao tratamento da vulnerabilidade é realizado a partir de uma construção muito mais complexa e robusta do que à da coculpabilidade, de sorte a se estruturar na “culpabilidade pelo fato e no legado positivo da teoria da coculpabilidade” (Carvalho, 2018, p. 240).

2. A teoria da culpabilidade pela vulnerabilidade

A partir daí, a culpabilidade pela vulnerabilidade elabora uma segunda dimensão ao elemento do crime, Culpabilidade, considerando, na perspectiva de **Zaffaroni** (2002, p. 6), a vulnerabilidade do sujeito, diante da “seletividade e constata que o poder punitivo selecionaria conforme a culpabilidade do sujeito e não a sua autodeterminação” (Ferraz, 2016, p. 60).

A estruturação da culpabilidade pela vulnerabilidade se dá a partir de uma subdivisão em dois grandes grupos que, conforme demonstra **Zaffaroni** (2010, p. 270), compõem os fatores de vulnerabilidade, representados pela “posição ou estado de vulnerabilidade” e o “esforço pessoal para a vulnerabilidade”.

Com efeito, a teoria reconhece como insuficientes os pressupostos formais da culpabilidade de ato, demandando uma culpabilidade composta, em uma primeira dimensão, por um conteúdo normativo (imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de

conduta diversa), e, na segunda, por elementos valorativos.

Portanto, conforme constatado por **Carvalho** (2018, p. 240), enquanto “a culpabilidade pelo fato indica o limite máximo do poder punitivo habilitável”, a sua contraface considera a seletividade do sistema penal e “fornece elementos para redução da incidência” do poder punitivo em face do vulnerável.

Em outras palavras, a culpabilidade pela vulnerabilidade apresenta uma noção muito mais complexa e robusta do terceiro elemento da Teoria do Crime, acoplando-se como uma contraface do conceito normativo de culpabilidade, exatamente para aprimorar suas carências.

Pois bem, a partir da nova configuração que a culpabilidade pela vulnerabilidade promove no elemento da culpabilidade, a segunda dimensão se ocuparia da aferição da vulnerabilidade, que se iniciaria pela análise da posição/estado de vulnerabilidade do sujeito. Nesse contexto, o grupo da posição de vulnerabilidade cuida da análise da situação em que o sujeito, involuntariamente, pertença a determinado segmento mais suscetível à criminalização, seja um estado marcado por uma natureza social (Zaffaroni, 2010, p. 270), seja, ainda, por situações de vulnerabilidade individual e processual (Carvalho, 2018, p. 433).

No que diz respeito à vulnerabilidade social, **Carvalho** (2018, p. 433) apresenta fatores como analfabetismo, baixo grau de instrução ou escolaridade, miserabilidade e desemprego. Registre-se que, como se observa, até mesmo a vulnerabilidade social já apresenta um aprimoramento ao antigo princípio da coculpabilidade, na medida em que não apenas supera seu determinismo economicista (abrangendo todas as camadas sociais), mas, igualmente, abarca fatores de vulnerabilidade que abrangem criminalizações de (talvez) toda a parte especial do Código Penal e legislação extravagante.

Mas não é só!

Já no tocante à vulnerabilidade individual, via de regra, ela é representada por problemas pessoais e/ou familiares do sujeito, marcadamente sensíveis sob o ponto de vista humanitário, tal qual se extrai, a título de ilustração, de condições previstas em decretos de indulto.

Por fim, no que tange à vulnerabilidade processual, lembra **Carvalho** (2018, p. 434) casos em que: (a) a autoridade excedeu no prazo da prisão processual; (b) ocorreu excessiva demora para instrução e/ou julgamento do caso pena; (c) o condenado já tenha sido injustiçado anteriormente quando absolvido em processo que amargou prisão processual; (d) quando o sujeito já tenha sido injustiçado anteriormente por ter cumprido pena em condições que desrespeitem a Lei 7.210/84 (Lei de Execução Penal) ou até mesmo a Constituição da República de 1988.

Pois bem, após a aferição da posição de vulnerabilidade, a dimensão valorativa da culpabilidade reclama pela análise do esforço pessoal para a vulnerabilidade, consistente no nível de exposição ao risco criminalizante que o comportamento da pessoa representa (Zaffaroni, 2010, p. 270). É dizer: aqui será feita a pergunta de quanto

o comportamento pessoal do sujeito incrementa o risco de seleção do poder punitivo.

Na esteira de Zaffaroni, **Loureiro** (2019, p. 202-203) apresenta três hipóteses para exemplificar o esforço pessoal para a vulnerabilidade: 1) quando o sujeito, em que pese ostentar um baixo grau de vulnerabilidade, expõe-se à seleção ao entrar em uma arriscada disputa por poder; 2) o sujeito que, mesmo se encontrando em uma situação extrema de vulnerabilidade, não se esforça para sair dela, como ocorre “em delitos que são praticados com brutalidade, tais como estupros, homicídios entre pessoas da mesma família, roubos com maior emprego de violência etc.”; (3) e, a mais frequente de todas, ocorre quando o sujeito, embora não empreenda esforço para se tornar vulnerável, como já possui uma evidente posição de vulnerabilidade, a seleção lhe resulta inevitável.

Para a conjugação dos dois grupos, **Zaffaroni** (2010, p. 271) apresenta a seguinte fórmula: quanto menor for a posição de vulnerabilidade do sujeito, tanto maior teria de ser seu esforço pessoal para se colocar em uma situação de vulnerabilidade e vice-versa.

Com efeito, como adiantado, uma das vantagens da teoria da culpabilidade pela vulnerabilidade em relação ao princípio da coculpabilidade é exatamente a significativa ampliação do potencial de alcance, promovendo uma aplicabilidade que abrange, a princípio, toda a parte especial e legislação extravagante — inclusive o Direito Penal empresarial — enquanto o princípio se restringia aos tipos penais cuja realização era intimamente ligada à baixa condição econômica do sujeito.

E a necessidade de ampliação do tratamento à vulnerabilidade, promovida pela teoria em análise, justifica-se, sobretudo, quando se pretende uma dogmática penal “que [não] permite que o poder punitivo opere como um poderoso aliado do grande capital para eliminar a concorrência”, permissão que acabaria, inclusive, por “esvaziar a pretensão constitucional de garantir a livre concorrência (art. 170, IV)” (Parreiras, 2023, p. 28-29).

Foi desde essa perspectiva que **Zaffaroni e Santos** (2019, p. 84-85) questionaram como faria o pequeno empresário diante de uma expansão do Direito Penal empresarial que gera riscos de criminalizações de toda ordem? Ora, afinal de contas, a grande promessa para o ambiente corporativo reduzir os riscos penais é exatamente o *criminal compliance*, ferramenta que, como sabemos, não está à disposição do pequeno empreendedor, seja por ausência de condições financeiras ou mesmo culturais.

A rigor, o baixo capital econômico e/ou cultural, frente aos caros e sofisticados programas de cumprimento, evidencia uma significativa vulnerabilidade frente ao poder punitivo, a ponto de, em certa medida, ser capaz de comprometer ideais mercadológicos do porte da livre concorrência, a ponto de inviabilizar o ingresso dessas menores empresas, já que a complexidade normativa da globalização financeira acaba beneficiando o monopólio do grande capital.

Daí a necessidade de uma dogmática penal que considere a vulnerabilidade para a contenção do poder punitivo, inclusive no

Direito Penal empresarial, o que seria muito bem promovido pela teoria da culpabilidade pela vulnerabilidade.

3. A compatibilidade da teoria com o Direito Penal empresarial

E a proposta não parece nada ousada, na medida em que, não bastasse já ter sido mencionada por **Zaffaroni e Santos** (2019, p. 85), é possível encontrar previsão legal da culpabilidade pela vulnerabilidade também para a seara penal empresarial no Brasil, conforme se extrai das possibilidades de redução ou substituição da pena presentes no artigo 168, §4º, da Lei 11.101/05 (Lei de Falências),² em que o legislador disponibiliza benefícios penais a micro- e pequenos empresários que se enquadrem naqueles requisitos que representam, à evidência, uma posição de vulnerabilidade.

Nesse contexto, a culpabilidade pela vulnerabilidade promoveria muito mais do que uma mera corresponsabilização do Estado representada por uma atenuação de pena, como advogava o princípio da coculpabilidade.

Muito pelo contrário, como já adiantado, o novo conceito se acoplaria à Teoria do Crime como uma contraface dos elementos normativos da culpabilidade, de sorte a reduzir o poder punitivo quando da combinação dos já referidos dois grandes grupos de fatores de vulnerabilidade, a partir da seguinte fórmula de aferição da vulnerabilidade: quanto menor o estado/posição de vulnerabilidade do sujeito, tanto maior teria de ser seu esforço pessoal para se colocar em uma situação de vulnerabilidade. E vice-versa.

Três hipóteses de aplicabilidade exemplificam a compatibilidade da teoria da culpabilidade pela vulnerabilidade ao Direito Penal empresarial.

Aqui vale um destaque. Por ser uma segunda etapa da culpabilidade, essa dimensão valorativa não pressupõe apenas o preenchimento dos elementos normativos da culpabilidade, mas, naturalmente, a tipicidade e a antijuridicidade presentes. Ou seja, quando se analisa a culpabilidade pela vulnerabilidade, está-se diante de um injusto penal com a primeira etapa (normativa) da culpabilidade presente, de modo a consistir em uma nova possibilidade de lançar luzes a dados que eventualmente não configuraram excludentes de crime, mas poderiam, sim, demandar a atenção da dimensão valorativa da culpabilidade.

Pois bem, a primeira hipótese se dá a partir da situação em que um gestor, diante do fato de ter à disposição um programa de integridade eficaz — em uma joalheria, mineração ou em um comércio de cavalos de um haras —, acaba por ostentar um baixo grau de vulnerabilidade. Não obstante, passa a se colocar em deliberada exposição por se arriscar, por exemplo, concorrencialmente, de modo a violar importantes protocolos ambientais ou fiscais implantados pelo programa, a ponto de caracterizar um esforço pessoal à exposição à persecução criminal de crimes tributários, ambientais, lavagem de capitais, entre outros.

Note-se que, nessa hipótese, em que pese a eficaz implantação do programa de integridade, o esforço pessoal do gestor para a exposição prejudicou o baixo grau de vulnerabilidade do sujeito,

exatamente por provocar a exposição à seleção criminalizante. Assim, não se faz presente a necessidade de contenção do poder punitivo pela culpabilidade pela vulnerabilidade.

Lado outro, caso esse mesmo gestor que empreendeu esforços pessoais para se expor ostentasse um grau de vulnerabilidade caracterizado por baixa ou talvez nenhuma escolarização para assimilar o conteúdo normativo e/ou mesmo baixas condições econômicas para contratar bons programas de integridade, acarretaria, ainda que reduzida, uma abertura para a aplicação da culpabilidade pela vulnerabilidade. É que o sujeito, em que pese o esforço pessoal empreendido para se expor aos riscos, ostentava um elevado estado de vulnerabilidade.

Por fim, na última situação, a culpabilidade pela vulnerabilidade seria ainda mais demandada, uma vez que se trataria de uma hipótese em que o gestor, além de ostentar alto grau de vulnerabilidade, não chega a empreender esforços para a exposição a riscos, optando por uma postura mais conservadora, comedida. Aqui também se teria uma necessidade de se conter o poder punitivo, haja vista que, não bastasse o elevado grau de vulnerabilidade, há também a inexistência de esforço de exposição, assumindo destaque a seletividade estrutural do sistema penal pelo vulnerável.

Daí que a culpabilidade pela vulnerabilidade, nessa terceira hipótese, apresenta-se ainda mais necessária, seja para reduzir ou até mesmo excluir a responsabilidade penal.

4. Conclusão

A dogmática penal, sobretudo na periferia capitalista, não pode mais ignorar a vulnerabilidade no âmbito da culpabilidade, devendo reconhecer, como “elementos valorativos, o estado de vulnerabilidade do agente e o esforço pessoal por ele realizado para alcançar a situação concreta de vulnerabilidade” (Loureiro, 2019, p. 204).

E o Direito Penal empresarial, como não pode ser apartado da dogmática, merece também ter em sua composição essa contraface dos elementos normativos da culpabilidade, quanto mais pela dificuldade de acesso do pequeno empresário aos programas de integridade — seja por falta de condições econômicas e/ou culturais.

Já no tocante à resposta dogmática à vulnerabilidade, não obstante a ausência de uma norma genérica positivando os elementos valorativos, apresentam-se como possibilidades tanto a atenuante genérica do art. 66 do Código Penal — tradicionalmente utilizada para a coculpabilidade —, quanto o recurso da analogia *in bonam partem* do tratamento da vulnerabilidade pelo artigo 168, §4º, da Lei de Falências poderia suprir o descuido legislativo. Isso sem ignorar a possibilidade de uma causa supralegal de exclusão da culpabilidade, para determinadas situações cuja equação do estado de vulnerabilidade com o esforço pessoal evidenciar uma vulnerabilidade mais contundente.

Informações adicionais e declarações do autor (integridade científica)

Declaração de conflito de interesses: o autor confirma que não há conflitos de interesses na condução desta pesquisa e na redação deste artigo. **Declaração de autoria:** todos e somente os pesquisadores que cumprem os requisitos de autoria deste artigo são listados como autores; todos os coautores são totalmente responsáveis por

este trabalho em sua totalidade. **Declaração de originalidade:** o autor garantiu que o texto aqui publicado não foi publicado anteriormente em nenhum outro recurso e que futuras republicações somente ocorrerão com a indicação expressa da referência desta publicação original; ele também atesta que não há plágio de terceiros ou autoplágio.

Como citar (ABNT Brasil)

MENDES PARREIRAS, N. A aplicabilidade da teoria da culpabilidade pela vulnerabilidade no Direito Penal Empresarial. *Boletim IBCCRIM*, [S. l.], v. 32, n. 374, [s.d.]. DOI:

10.5281/zenodo.10277565. Disponível em: https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/boletim_1993/article/view/777. Acesso em: 6 dez. 2023.

Notas

¹ No original: *La co-culpabilidad (Mit-Schuld) es insuficiente porque: a) en principio evoca el prejuicio de que la pobreza es la causa de todos los delitos; b) en segundo lugar, si se corrigiese ese prejuicio, concluiría habilitando más poder punitivo para las clases hegemónicas y menos para las subalternas, lo que puede conducir a un derecho penal clasista a dos velocidades; c) en tercer término, sea rico o pobre el seleccionado, siempre lo será con bastante arbitrariedad, con lo cual no logra hacerse cargo de la selectividad estructural del poder punitivo.*

² Art. 168. Praticar, antes ou depois da sentença que decretar a falência, conceder a

recuperação judicial ou homologar a recuperação extrajudicial, ato fraudulento de que resulte ou possa resultar prejuízo aos credores, com o fim de obter ou assegurar vantagem indevida para si ou para outrem. Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa. [...] Redução ou substituição da pena § 4º Tratando-se de falência de microempresa ou de empresa de pequeno porte, e não se constatando prática habitual de condutas fraudulentas por parte do falido, poderá o juiz reduzir a pena de reclusão de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços) ou substituí-la pelas penas restritivas de direitos, pelas de perda de bens e valores ou pelas de prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas.

Referências

CARVALHO, Salo. *Penas e medidas de segurança no Direito Penal brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

FERRAZ, Hamilton Gonçalves. Culpabilidade pela vulnerabilidade: uma introdução aos seus pressupostos, fundamentos e controvérsias. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 24, n. 120, p. 41-73, mai./jun. 2016.

LOUREIRO, Bruna Gonçalves da Silva. *Culpabilidade e vulnerabilidade: proposta para um novo conceito de culpabilidade penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2019.

PARREIRAS, Núbio Mendes. *Culpabilidade pela vulnerabilidade empresarial?: A questão do criminal compliance*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2023.

PINTO, Simone. *O princípio da coculpabilidade em uma análise garantista do Direito Penal*. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2009. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucminas.br/>

teses/Direito_PintoSM_1.pdf. Acesso em: 22 nov. 2023.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Culpabilidad por la vulnerabilidad*, Doutorado *Honoris causa*: Lectio Doctoralis, Universidade de Macerata, Macerata, Itália, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. Tradução: Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no Direito Penal*. Tradução: Sérgio Lamarão. 3. ed. 5. reimp. Rio de Janeiro: Revan, 2017.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: teoria geral do direito penal*, v. I. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SANTOS, Ílison Dias dos. *La nueva crítica criminológica: criminología en tiempos de totalitarismo financiero*. Buenos Aires: Ediar, 2019.

Autor convidado