

INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO

**A LEI ESTADUAL PAULISTA N. 14.946/2013 EM CONTRAPOSIÇÃO À
CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

Patricia Tiraboschi Burin
Pós-Graduação em Direito Constitucional

BRASÍLIA/DF

2014

Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP
Pós- Graduação em Direito Constitucional

**A LEI ESTADUAL PAULISTA N. 14.946/2013 EM CONTRAPOSIÇÃO À
CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

Monografia apresentada à Banca
examinadora do Instituto
Brasiliense de Direito Público –
IDP, como parte dos requisitos
para obtenção do grau de
especialista em Direito
Constitucional.

Aluna: Patricia Tiraboschi Burin

BRASÍLIA/DF

2014

Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP

Pós-Graduação em Direito Constitucional

MONOGRAFIA DE PÓS-GRADUAÇÃO

**A LEI ESTADUAL PAULISTA N. 14.946/2013 EM CONTRAPOSIÇÃO À
CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

Patricia Tiraboschi Burin

BANCA EXAMINADORA:

Prof(a). Dr(a).

Prof(a). Dr(a).

Prof(a). Dr(a).

RESUMO

BURIN, Patricia Tiraboschi. *A Lei Estadual Paulista n. 14.946/2013 em contraposição à Constituição Federal*. 2014. Trabalho de conclusão do curso de pós-graduação em Direito Constitucional. Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, Brasília/DF, 2014.

O presente trabalho tem por escopo demonstrar a inconstitucionalidade formal e material da Lei Estadual Paulista n. 14.946/2013, regulamentada pela Portaria CAT n. 19/2013. Tal norma invade o âmbito de atuação legislativa da União e desrespeita não apenas Princípios Constitucionais relacionados ao Direito Penal, mas também as regras da Proporcionalidade e da Livre Iniciativa.

Palavras-chave: Lei. Estadual. Inconstitucionalidade. Matéria. Forma.

ABSTRACT

BURIN, Patricia Tiraboschi. *The Law n. 14.946/2013, from the State of São Paulo against the Brazilian Federal Constitution*. 2014. Post Graduation paper in Constitutional Law. Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, Brasília/DF, 2014.

This paper aims to demonstrate that the Law n. 14.946/2013, from the State of São Paulo, is not compatible with the Brazilian Federal Constitution, both from a material and a formal point of view. The Law invades legislative competencies that belong to the Federal Government and disregards several principles of the Constitution.

Key-words: Law. State. Unconstitutionality. Subject. Form.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
CAPÍTULO I - NOÇÕES INICIAIS.....	14
I.1. O CRIME DE REDUÇÃO A CONDIÇÃO ANÁLOGA À DE ESCRAVO.....	14
I.2. A RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA.....	20
I.3. A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA.....	24
I.4. INCONSTITUCIONALIDADE.....	26
I.5. REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS LEGISLATIVAS.....	30
CAPÍTULO II - NORMAS CONSTITUCIONAIS PERTINENTES.....	34
II.1. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS PERTINENTES.....	34
II.1.a. PRINCÍPIO DA RESPONSABILIDADE PESSOAL DO AGENTE (DA PERSONALIDADE ou DA INTRANSCENDÊNCIA).....	34
II.1.b. PRINCÍPIO DA RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO AGENTE ou DA CULPABILIDADE.....	37
II.1.c. PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA.....	38
II.2. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PROPORCIONALIDADE.....	42
II.3. DA LIVRE INICIATIVA.....	44
CAPÍTULO III - A LEI ESTADUAL PAULISTA N. 14.946/2013 EM CONTRAPOSIÇÃO ÀS NORMAS CONSTITUCIONAIS.....	46
CONCLUSÃO.....	50
REFERÊNCIAS.....	52

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 inaugurou, entre nós, uma nova ordem econômica, que, a par de buscar o desenvolvimento da iniciativa privada, tem como norte a promoção da dignidade da pessoa humana e da justiça social.

No afã de combater o trabalho escravo, tão contrário a esses preceitos, diversos Estados têm atuado legislativamente, buscando penalizar as empresas que, de alguma forma, se beneficiam desse tipo de mão de obra. A título de exemplo, cito Estados nos quais tramitam projetos de lei relacionados ao trabalho escravo:

1. Amazonas – PL 8/2013: dispõe sobre a cassação da inscrição no cadastro de contribuintes do ICMS de qualquer empresa que faça uso direto ou indireto de trabalho escravo ou em condições análogas, no âmbito do Estado do Amazonas;
2. Bahia – PL 19.452/2011: dispõe sobre a proibição de concessão de benefícios às empresas investigadas pela prática do trabalho escravo, e PL 20.140/2013: dispõe sobre a cassação da inscrição no cadastro de contribuintes do ICMS e outras sanções de qualquer empresa que se beneficie de forma direta ou indireta do trabalho escravo ou do trabalho em condições análogas à escravidão;
3. Mato Grosso do Sul – PL 1.273/2006: dispõe sobre vedação à formalização de contratos e convênios c/ órgãos e entidades da administração pública e o cancelamento de concessões de serviço público a empresas que, direta ou indiretamente, utilizem trabalho escravo na produção de bens e serviços, PL 565/2007: proíbe a formalização de contratos públicos entre órgãos e entidades que compõem a administração pública estadual com empresas que direta ou indiretamente utilizem trabalhos escravo na produção de bens e serviços, e PL 240/2013: dispõe sobre a cassação da inscrição no cadastro de contribuintes do ICMS de qualquer empresa que faça uso direto ou indireto de trabalho escravo ou em condições análogas;
4. Minas Gerais – PL 2.173/2008: dispõe sobre a vedação de contratos e convênios com órgãos e entidades da administração pública e o cancelamento de concessões de serviço público a empresas que utilizarem mão-de-obra em situação análoga à de escravos e dá outras

- providências, PL 1.050/2011: dispõe sobre a vedação de contratos e convênios com órgãos e entidades da administração pública e o cancelamento de concessões de serviço público a empresas que utilizarem mão - de - obra em situação análoga à de escravos e dá outras providências, e PL 2.748/2011: dispõe sobre a cassação da inscrição no cadastro de contribuintes do ICMS de qualquer empresa que faça uso direto ou indireto de trabalho escravo ou em condições análogas;
5. Pernambuco – PL 1.311/2013: dispõe sobre a cassação da inscrição no cadastro de contribuintes do ICMS de qualquer empresa que faça uso direto ou indireto de trabalho escravo ou em condições análogas;
 6. Rio de Janeiro – PL 1.205/2012: dispõe sobre a cassação da eficácia da inscrição no Cadastro de contribuintes do Imposto - ICMS, dos estabelecimentos que produzam ou comercializem produtos em cuja fabricação tenha havido a utilização de trabalho caracterizado como forçado ou análogo à escravidão, e PL 1.311/2013: dispõe sobre a cassação da inscrição no cadastro de contribuintes do ICMS de empresas que façam uso direto ou indireto de trabalho escravo ou em condições análogas;
 7. Santa Catarina – PL 252.8/2012: veda a formalização de contratos públicos entre órgãos e entidades que compõem a administração pública estadual com empresas que utilizem trabalho análogo ao de escravo na produção de bens e serviços.

Tem-se notícia da constituição de Comissões Estaduais pela Erradicação do Trabalho Escravo na Bahia, no Ceará, no Espírito Santo, em Goiás, no Maranhão, no Mato Grosso, no Pará, no Piauí, no Rio de Janeiro, no Rio Grande do Sul, em São Paulo e em Tocantins.

Maranhão¹, Paraíba², Tocantins³ e São Paulo já contam com legislação própria visando ao combate do trabalho escravo.

¹ Lei n. 8.566/2007: Estabelece a suspensão de quaisquer benefícios fiscais e a proibição de contratação pela Administração Pública Estadual, de empregadores, pessoas físicas ou jurídicas, incluídos no Cadastro de Empregadores, do Ministério do Trabalho e Emprego - MTE, que tenham mantido trabalhadores em condições análogas à de escravos, e dá outras providências.

² Lei n. 9.543/2011: Dispõe sobre proibições à formalização de contratos e convênios pela administração pública direta e indireta do estado da Paraíba e a concessão de serviço público às empresas que, direta ou indiretamente, utilizem trabalho escravo.

Esse último Estado editou a Lei n.14.946/2013, norma jurídica que será avaliada no presente trabalho e cujo teor é o seguinte⁴:

LEI Nº 14.946, DE 28 DE JANEIRO DE 2013.

Dispõe sobre a cassação da inscrição no cadastro de contribuintes do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS, de qualquer empresa que faça uso direto ou indireto de trabalho escravo ou em condições análogas.

O GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO:

Faço saber que a Assembléia Legislativa decreta e eu promulgo a seguinte lei:

Artigo 1º – Além das penas previstas na legislação própria, será cassada a eficácia da inscrição no cadastro de contribuintes do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação (ICMS) dos estabelecimentos que comercializarem produtos em cuja fabricação tenha havido, em qualquer de suas etapas de industrialização, condutas que configurem redução de pessoa a condição análoga à de escravo.

Artigo 2º – O descumprimento do disposto no artigo 1º será apurado na forma estabelecida pela Secretaria da Fazenda, assegurado o regular procedimento administrativo ao interessado.

Artigo 3º – Esgotada a instância administrativa, o Poder Executivo divulgará, através do Diário Oficial do Estado, a relação nominal dos estabelecimentos comerciais penalizados com base no disposto nesta lei, fazendo nela constar, ainda, os respectivos números do Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ), endereços de funcionamento e nome completo dos sócios.

Artigo 4º – A cassação da eficácia da inscrição do cadastro de contribuintes do ICMS, prevista no artigo 1º, implicará aos sócios, pessoas físicas ou jurídicas, em conjunto ou separadamente, do estabelecimento penalizado:

I – o impedimento de exercerem o mesmo ramo de atividade, mesmo que em estabelecimento distinto daquele;

³ Lei n. 1.726/2006: Dispõe sobre vedações à formalização de contratos e convênios pela Administração Pública Direta e Indireta do Estado do Tocantins e a concessão de serviço público às empresas que, direta ou indiretamente, utilizem trabalho forçado ou em condição análoga à de escravo na produção de bens e serviços.

⁴ Vale salientar que essa não foi nem a primeira e nem a última norma desse viés editada pelo Estado de São Paulo. Anteriormente, o governo paulista já havia instituído por lei a pena de casação da inscrição estadual a postos de combustível que comercializassem mercadorias ilegais e, recentemente, publicou a Lei Estadual n. 15.315, de 17 de janeiro de 2014, que determina a cassação da eficácia da inscrição no cadastro de contribuintes do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS na hipótese de o estabelecimento adquirir, distribuir, transportar, estocar, revender ou expor à venda bens de consumo fruto de roubo, furto ou descaminho.

II – a proibição de entrarem com pedido de inscrição de nova empresa, no mesmo ramo de atividade.

§ 1º – As restrições previstas nos incisos prevalecerão pelo prazo de 10 (dez) anos, contados da data de cassação.

§ 2º – Caso o contribuinte seja optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições (Simples Nacional), instituído pela Lei Complementar federal nº 123, de 14 de dezembro de 2006, a cassação da eficácia da sua inscrição no cadastro de contribuintes do ICMS, prevista no artigo 1º, implicará cumulativamente:

1 – a perda do direito ao recebimento de créditos do Tesouro do Estado, instituído pelo Programa de Estímulo à Cidadania Fiscal do Estado de São Paulo, de que trata a Lei nº 12.685, de 28 de agosto de 2007;

2 – o cancelamento dos créditos já calculados ou liberados, referentes ao Programa de Estímulo à Cidadania Fiscal do Estado de São Paulo, citado no item 1, independentemente do prazo previsto no § 2º do artigo 5º da Lei nº 12.685, de 28 de agosto de 2007.

Artigo 5º – Passam a vigorar com a redação que se segue os dispositivos adiante indicados da Lei nº 12.685, de 28 de agosto de 2007:

I – o inciso I do artigo 5º:

“I – utilizar os créditos para reduzir o valor do débito do Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores (IPVA) do exercício seguinte, relativo a veículo de sua propriedade;” (NR)

II – o inciso III do artigo 5º:

“III – solicitar depósito dos créditos em conta corrente ou poupança de sua titularidade, mantida em instituição do Sistema Financeiro Nacional.” (NR)

Parágrafo único – Fica revogado o inciso II do artigo 5º da Lei nº 12.685, de 28 de agosto de 2007.

Artigo 6º – As despesas decorrentes da execução desta lei correrão à conta de dotações orçamentárias próprias, suplementadas se necessário.

Artigo 7º – Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Palácio dos Bandeirantes, 28 de janeiro de 2013.

GERALDO ALCKMIN

Andrea Sandro Calabi

Secretário da Fazenda

Edson Aparecido dos Santos

Secretário-Chefe da Casa Civil

Publicada na Assessoria Técnico-Legislativa, aos 28 de janeiro de 2013.

A norma foi regulamentada pela Portaria CAT n. 19/2013:

Portaria CAT 19, de 22-02-2013.

Altera a Portaria CAT-95/06, de 24-11-2006, que dispõe sobre a suspensão, cassação e nulidade da eficácia da inscrição no Cadastro de Contribuintes do ICMS e dá outras providências.

O Coordenador da Administração Tributária, tendo em vista o disposto nos artigos 30, 31 e 31-A do Regulamento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – RICMS, aprovado pelo Decreto 45.490, de 30-11-2000, e na Lei 14.946, de 28-01-2013, expede a seguinte portaria:

Artigo 1º - Passam a vigorar com a redação que se segue os seguintes dispositivos da Portaria CAT-95/06, de 24-11-2006:

I – o artigo 24-A:

“Artigo 24-A – o Procedimento Administrativo de Cassação (PAC) também será iniciado em relação a contribuinte envolvido na prática de ilícito que, embora sem repercussão direta no âmbito tributário, tenha sido expressamente previsto em lei como ocorrência suficiente a ensejar a cassação da eficácia da inscrição estadual (RICMS, art. 31-A).

§ 1º - Constituem hipóteses suficientes a ensejar a cassação da eficácia da inscrição estadual os seguintes ilícitos:

1 – descumprimento de sanção de interdição imposta aos contribuintes que reincidirem na prática das seguintes infrações (artigo 6º da Lei 14.592/11, artigo 1º da Lei 12.540/07 e artigo 16, I do Decreto 57.524/11):

a) vender, ofertar, fornecer, entregar ou permitir o consumo de bebida alcoólica, ainda que gratuitamente, aos menores de 18 (dezoito) anos de idade;

b) não zelar para que nas dependências de seus estabelecimentos comerciais não se permita o consumo de bebidas alcoólicas por pessoas menores de 18 (dezoito) anos;

c) não exigir documento oficial de identidade, a fim de comprovar a maioridade do interessado em consumir bebida alcoólica ou fornecer o produto, mesmo em caso de recusa da apresentação do documento;

d) não comprovar a autoridade fiscalizadora, quando por esta solicitado, a idade dos consumidores que estejam fazendo uso de bebida alcoólica nas suas dependências;

2 – uma vez cessada a interdição de que trata o item 1, prática da infração de vender, ofertar, fornecer, entregar ou permitir o consumo de bebida alcoólica, ainda que gratuitamente, aos menores de 18 (dezoito) anos de idade (artigo 6º da Lei 14.592/11 e artigo 16, II do Decreto 57.524/11);

3 – comercialização de produtos em cuja fabricação tenha havido, em qualquer de suas etapas de industrialização, condutas que configurem redução de pessoa a condição análoga à de escravo (artigo 1º da Lei 14.946/13);

4 – consentimento com o uso ou a comercialização de drogas (artigo 1º da Lei 12.540/07, na redação dada pela Lei 14.592/11);

5 – venda ou utilização de madeira extraída ilegalmente das florestas brasileiras (artigo 1º da Lei 13.600/09).

§ 2º - A cassação da eficácia da inscrição de estabelecimento, em razão das hipóteses previstas nos itens 1 a 4 do § 1º, sujeitará os sócios, pessoas físicas ou jurídicas, em conjunto ou separadamente, às seguintes restrições, pelo prazo de 10 (dez) anos, contados da data da cassação (Lei 12.540/07, art. 4º, e Lei 14.946/13, art. 4º, “caput”):

1 - o impedimento de exercerem o mesmo ramo de atividade, mesmo que em outro estabelecimento;

2 - impossibilidade de obter inscrição de nova empresa no mesmo ramo de atividade.” (NR);

II – o artigo 36-A:

“Artigo 36-A - Tratando-se de ilícitos referidos no § 1º do artigo 24-A, o Procedimento Administrativo de Cassação (PAC) será iniciado:

I - nas hipóteses dos itens 1 e 2: após o recebimento, pela Secretaria da Fazenda, de ofício expedido pelo PROCON/SP ou pela Secretaria da Saúde, esta por intermédio do Centro de Vigilância Sanitária, acompanhado de cópia do procedimento administrativo sancionatório com decisão administrativa definitiva (parágrafo único do artigo 16 do Decreto 57.524/11);

II - na hipótese do item 3: após o recebimento, pela Secretaria da Fazenda, de comunicação, expedida pelo Poder Judiciário ou Ministério Público, da condenação das pessoas envolvidas no crime de redução de pessoa a condição análoga à de escravo, devendo o Procedimento Administrativo de Cassação ser instruído com cópia (artigo 2º da Lei 14.946/13):

a) da decisão judicial condenatória, transitada em julgado, de pessoa vinculada ao contribuinte fabricante, na condição de sócio ou administrador da sociedade empresarial ou, se for o caso, da aplicação da pena restritiva de direitos ou multa, decorrente de transação penal, nos termos da legislação pertinente;

b) das principais peças do processo penal nas quais se evidencie que a prática do crime está associada ao estabelecimento do contribuinte fabricante;

III – na hipótese do item 3, quando não se tratar do contribuinte fabricante referido na alínea “a” do inciso II deste artigo, e nas demais hipóteses: após o recebimento, pela Secretaria da Fazenda, de comunicação da ocorrência do ilícito, sendo que, quando este configurar, em tese, crime ou contravenção penal, o Processo Administrativo de Cassação:

a) somente será iniciado após o recebimento, pela Secretaria da Fazenda, de comunicação, expedida pelo Poder Judiciário ou Ministério Público, da condenação das pessoas envolvidas no crime ou contravenção penal, ou se for o caso, da aplicação da pena restritiva de direitos ou multa, decorrente de transação penal, nos termos da legislação pertinente;

b) deverá ser instruído com cópia:

1 - da decisão judicial condenatória, transitada em julgado, de pessoa vinculada ao contribuinte, na condição de sócio ou administrador da sociedade empresarial ou, se for o caso, da aplicação da pena restritiva de direitos ou multa, decorrente de transação penal, nos termos da legislação pertinente;

2 - das principais peças do processo penal nas quais se evidencie que a prática do crime ou contravenção penal está associada ao estabelecimento do contribuinte.” (NR).

Artigo 2º - Esta portaria entra em vigor na data de sua publicação.

Como se percebe, a Portaria CAT n. 19/2013 extrapola os limites da Lei Estadual Paulista n. 14.946/2013, abrangendo outros crimes que não apenas o de redução a condição análoga à de escravo. Não obstante, o presente trabalho se limitará a essa lei.

A hipótese é tratar-se de norma inconstitucional não apenas sob o aspecto formal, mas também em seu conteúdo.

O desenvolvimento do trabalho demanda o domínio de alguns conceitos que servirão de premissas para a verificação da constitucionalidade, ou não, da norma em estudo.

Assim, no primeiro Capítulo, estudaremos o crime de redução a condição análoga à de escravo, a responsabilidade penal da pessoa jurídica, a desconsideração da personalidade jurídica, a inconstitucionalidade e a repartição de competências legislativas.

No segundo Capítulo serão abordadas normas constitucionais relevantes para o trabalho. Analisaremos os Princípios Constitucionais Penais da Responsabilidade Pessoal do Agente (também conhecido como Principio da Personalidade ou da Intranscendência), da Responsabilidade Subjetiva do Agente (ou da Culpabilidade) e da Individualização da Pena. Enfrentaremos a questão da Proporcionalidade e a Livre Iniciativa, fundamento que e da ordem econômica nacional.

Como se nota, serão visitados o Direito Constitucional, o Direito Penal, o Direito Civil e o Direito Econômico.

No terceiro Capítulo, a Lei Estadual Paulista n. 14.946/2013 e seu regulamento serão confrontados com as premissas estabelecidas nos capítulos precedentes, levando à Conclusão do trabalho.

O método de pesquisa foi doutrinário, com incursões pela jurisprudência.

CAPÍTULO I

NOÇÕES INICIAIS

O estudo da Lei Estadual Paulista n. 14.946/2013 e de seu regulamento pressupõe a compreensão de alguns conceitos que estudaremos a seguir: (1) o crime de redução a condição análoga à de escravo, (2) a responsabilidade penal da pessoa jurídica, (3) a desconsideração da personalidade jurídica, (4) a inconstitucionalidade e (5) a repartição de competências legislativas.

I.1. O CRIME DE REDUÇÃO A CONDIÇÃO ANÁLOGA À DE ESCRAVO.

Primeiramente, analisemos a infração penal sob a ótica da Teoria Geral do Direito.

O fato jurídico, em sentido amplo, é qualquer acontecimento que cria, modifica ou extingue direitos. Há fatos jurídicos em sentido estrito e há atos humanos.

O fato jurídico em sentido estrito é o acontecimento que emana da natureza (v.g. nascimento, morte natural, avulsão).

O ato humano é o acontecimento que decorre da vontade do homem. Pode ser um ato lícito (sinônimo de ato jurídico – quando os efeitos são desejados pelo homem, v.g. contrato) ou um ato ilícito (que são aqueles acontecimentos que emanam do dolo ou culpa, produzindo efeitos indesejados pelo homem).

Na Teoria Geral do Direito, o crime nada mais é do que um ato ilícito, visto que seus efeitos (pena, reparação do dano, etc) são indesejados pelo homem.

Em essência, não há diferença entre um crime e um ilícito administrativo ou civil. Todos eles constituem condutas contrárias ao ordenamento. Diferem apenas no tocante às penalidades, que nesses podem ser a anulação do ato, a obrigação de indenizar o dano, a suspensão do servidor, a multa administrativa, etc.

Vale salientar que a tendência do Direito Penal moderno é a eliminação da pena de prisão, sendo ela apenas uma das armas do sistema. Assim, não é mais adequado

considerar crime apenas aqueles atos ilícitos para os quais a lei comine pena de detenção ou reclusão.⁵

Prossigamos.

Pelo Princípio da Intervenção Mínima, o Direito Penal deve se ocupar da proteção dos bens mais importantes e necessários à vida em sociedade, de modo que cabe ao legislador, em opção política, selecionar os bens jurídicos a serem tutelados por esse ramo do Direito. Essa seleção, como alerta Rogério Greco, tem sua primeira fonte de pesquisa na Constituição Federal:

Sendo a finalidade do Direito Penal a proteção dos bens essenciais ao convívio em sociedade, deverá o legislador fazer a sua seleção. Embora esse critério de escolha de bens fundamentais não seja completamente seguro, pois que nele há forte conotação subjetiva, natural da pessoa humana encarregada de levar a efeito tal seleção, podemos afirmar que a primeira fonte de pesquisa encontra-se na Constituição.

Os valores abrigados pela Constituição, tais como a liberdade, a segurança, o bem-estar social, a igualdade e a justiça, são de tal grandeza que o Direito Penal não poderá virar-lhes as costas, servindo a Lei Maior de norte ao legislador na seleção dos bens tidos como fundamentais.⁶

⁵ Exemplo claro dessa tendência é o ilícito previsto no art. 28 da lei de drogas que não é punido com pena privativa de liberdade, embora seja bastante tranquilo não ter havido a descriminalização do porte de entorpecentes para consumo próprio:

Lei n. 11.343/2006

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

§ 1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.

§ 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

§ 3º As penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses.

§ 4º Em caso de reincidência, as penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 10 (dez) meses.

§ 5º A prestação de serviços à comunidade será cumprida em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos, que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas.

§ 6º Para garantia do cumprimento das medidas educativas a que se refere o caput, nos incisos I, II e III, a que injustificadamente se recuse o agente, poderá o juiz submetê-lo, sucessivamente a:

I - admoestação verbal;

II - multa.

§ 7º O juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado.

⁶ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal, Parte Geral*. Niterói: Impetus, 2013. 15ª edição. P. 4.

O autor ainda cita as lições de André Copetti:

É nos meandros da Constituição Federal, documento onde estão plasmados os princípios fundamentais de nosso Estado, que deve transitar o legislador penal para definir legislativamente os delitos, se não quer violar a coerência de todo o sistema político-jurídico, pois é inconcebível compreender-se o direito penal, manifestação estatal mais violenta e repressora do Estado, distanciado dos pressupostos éticos, sociais, econômicos e políticos constituintes de nossa sociedade.⁷

É nessa ordem de idéias que o ordenamento tipificou o crime de Redução a condição análoga à de escravo dentre os Crimes Contra a Pessoa (Código Penal, Parte Geral, Título I, Capítulo VI – Dos Crimes Contra a Liberdade Individual, Seção I – Dos Crimes Contra a Liberdade Pessoal, art. 149):

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)

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem: (Incluído pela Lei nº 10.803, de 11.12.2003)

I - cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho; (Incluído pela Lei nº 10.803, de 11.12.2003)

II - mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho. (Incluído pela Lei nº 10.803, de 11.12.2003)

§ 2º A pena é aumentada de metade, se o crime é cometido: (Incluído pela Lei nº 10.803, de 11.12.2003)

I - contra criança ou adolescente; (Incluído pela Lei nº 10.803, de 11.12.2003)

II - por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem. (Incluído pela Lei nº 10.803, de 11.12.2003)

Esse crime, que também é conhecido como plágio (*plagium*)⁸, representa a completa sujeição de uma pessoa ao domínio de outra. Brito Filho conceitua trabalho escravo como: “o exercício do trabalho humano em que há restrição, em qualquer forma, à liberdade

⁷ COPPETTI, André, *Direito Penal e estado democrático de direito*, P. 137/138, apud GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal, Parte Geral*. Niterói: Impetus, 2013. 15ª edição. P. 4/5.

⁸ CUNHA, Rogério Sanches e ARAÚJO, Fábio Roque. *Crimes Federais*. Salvador: Jus Podium, 2013. P. 37.

do trabalhador, e/ou quando não são respeitados os direitos mínimos para o resguardo da dignidade do trabalhador.”⁹

Podemos ainda tomar emprestada a definição da Organização Internacional do Trabalho, na Convenção n. 29/1930, ratificada pelo Brasil em 25/04/1957:

Artigo 2º

1 – Para fins desta Convenção, a expressão “trabalho forçado ou obrigatório” compreenderá todo trabalho ou serviço exigido de uma pessoa sob a ameaça de sanção e para a qual não se tenha oferecido espontaneamente.¹⁰

A incriminação de tal conduta não ocorre apenas em nosso Direito. Segundo Rogério Sanches e Fábio Roque Araújo:

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de dezembro de 1948, assim dispõe em seu art. 4º: “Ninguém será mantido em escravidão ou em servidão; a escravidão e o trato dos escravos serão proibidos em todas as suas formas”.

A escravidão é uma situação de direito em virtude da qual o homem perde a própria personalidade, tornando-se simplesmente coisa.¹¹

Isso decorre da constatação de que a escravidão ou a redução a condição análoga à de escravo fere profundamente a dignidade da pessoa humana¹², atingindo dramaticamente a liberdade individual (*status libertatis*), objeto jurídico do crime em estudo.

Vale salientar que a valorização do trabalho humano é um dos fundamentos da Ordem Econômica:

⁹ BRITO FILHO, apud MELO, L.A.C. *Premissas para um eficaz combate ao trabalho escravo*. Revista LTR. Legislação do Trabalho, v. 26. P. 11/33, 2003.

¹⁰ Corroborada pela Convenção OIT 105/1957 - ratificada pelo Brasil em 18/06/1965

Artigo 1º

Todo País-membro da Organização Internacional do Trabalho que ratificar esta Convenção compromete-se a abolir toda forma de trabalho forçado ou obrigatório e dele não fazer uso:

- a) como medida de coerção ou de educação política ou como punição por ter ou expressar opiniões políticas ou pontos de vista ideologicamente opostos ao sistema político, social e econômico vigente;
- b) como método de mobilização e de utilização da mão-de-obra para fins de desenvolvimento econômico;
- c) como meio de disciplinar a mão-de-obra;
- d) como punição por participação em greves;
- e) como medida de discriminação racial, social, nacional ou religiosa.

¹¹ CUNHA, Rogério Sanches e ARAÚJO, Fábio Roque. *Crimes Federais*. Salvador: Jus Podium, 2013. P. 37/38.

¹² Fundamento da República:

Constituição Federal,

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III - a dignidade da pessoa humana;

Constituição Federal:

Art. 170. **A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano** e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995)

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

E não poderia ser diferente, pois é inviável o desenvolvimento de qualquer atividade econômica sem a valorização do trabalho, que deve ser realizado sob condições dignas. Fabiano Del Masso, ao discorrer sobre essa norma constitucional, consigna:

Como já visto, no *caput* do art. 170 da Constituição Federal encontram-se os fundamentos e os fins da ordem econômica. A valorização do trabalho humano é o primeiro fundamento que representa, de forma preliminar, o próprio direito ao trabalho. Dessa forma, o Estado cria para si uma obrigação imediata de criação de possibilidades de trabalho, pois é assim que o valoriza. A criação de condições específicas de proteção ao trabalhador deve vir apenas após a garantia da empregabilidade, o que envolve a possibilidade de estudo, de desenvolvimento cultural, etc. A valorização do trabalho humano extrapola, dessa maneira, o simples e ineficiente amparo ao empregado desqualificado que foi excluído pelo próprio Estado das possibilidades de trabalhar. Daí a expressão utilizada pelo legislador constitucional “fundamento”, ou seja, a base da atividade econômica.

A questão da valorização do trabalho humano deve iniciar-se em momento anterior ao da efetiva prestação do serviço, pois não terá como sustentar o sistema econômico com um dos principais fatores da produção econômica, o trabalhador desprovido de valor produtivo. Assim, o fundamento a que se refere o legislador constitucional deve ser constituído de acordo com o signo da capacidade de produzir; o que pode garantir a possibilidade de empregar é a qualidade da mão-de-obra.¹³

¹³ MASSO, Fabiano Del. *Direito Econômico*. Série Direito Ponto a Ponto. Rio de Janeiro: Elsevier. 2007. P. 43/44.

Quanto às características do crime em estudo, consigne-se poder ele ser cometido por qualquer pessoa (o sujeito ativo é comum), sendo, entretanto, apenas punível a título de dolo direto¹⁴ (elemento subjetivo do tipo).

O sujeito passivo será sempre o trabalhador transformado em escravo, isto é, pessoa absoluta e totalmente submetida à vontade de outrem.

Desde o advento da Lei n. 10.803/2003, o ordenamento enumera as hipóteses nas quais o crime se considerará ultimado:

- (a) Sujeitando-se a vítima a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva;
- (b) Sujeitando-se a vítima a condições degradantes de trabalho;
- (c) Restringindo-se, por qualquer meio, a locomoção da vítima, em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto;
- (d) Cerceando-se o uso de qualquer meio de transporte, por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho;
- (e) Mantendo-se vigilância ostensiva no local de trabalho, com o fim de lá reter o trabalhador;
- (f) Apoderando-se de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho.

O crime é considerado mais gravoso se cometido contra criança ou adolescente e ainda se tem por motivo preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem, hipóteses em que a pena é aumentada de metade.

Trata-se de crime permanente¹⁵.

A ação penal é pública incondicionada, o que implica dizer que a persecução penal não demanda qualquer manifestação de vontade da vítima¹⁶.

¹⁴ O tipo penal incriminador, como se viu, não prevê a possibilidade de a conduta ser realizada a título de dolo eventual ou de culpa.

¹⁵ Crimes permanentes são aqueles cujo momento consumativo se prolonga no tempo por vontade do agente. STJ, HC 109.966/PA, Relator: Ministro JORGE MUSSI, j. 26/08/2010, QUINTA TURMA, DJe 04/10/2010.

¹⁶ Vale tecer algumas observações acerca do Direito Processual Penal, para o que nos valeremos das lições de Renato Brasileiro de Lima:

“Ação penal condenatória é aquela em que é deduzida em juízo a pretensão punitiva, por meio da denúncia ou da queixa, imputando-se ao acusado a prática de conduta típica, ilícita e culpável, a fim de que seja proferida sentença em que se torne concreta a sanção que a lei prevê, em abstrato, quer no sentido da imposição da pena privativa de liberdade (sentença penal condenatória), quer no sentido da aplicação de medida de segurança (sentença absolutória imprópria).

(...)

No âmbito processual penal, a doutrina costuma classificar a ação penal a partir da legitimação ativa. Tem-se, assim, a ação penal pública e a ação penal de iniciativa privada. (...) A ação penal pública, cujo titular é o Ministério Público, subdivide-se em:

I.2. A RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA.

Como regra, o sujeito ativo (ou agente) de crimes é o ser humano capaz que atingiu a maioridade penal (dezoito anos de idade).¹⁷ Modernamente, entretanto, tem-se discutido a responsabilização penal não só das pessoas físicas, mas também das pessoas jurídicas. Tal idéia traz em si certa perplexidade, pois a pessoa jurídica, obviamente, não existe fisicamente e não atua por si só.¹⁸ Trata-se de uma criação do homem que, para interagir com a coletividade, depende das pessoas naturais que lhe dão vez e voz.¹⁹

Daí a grande divergência a respeito da possibilidade de a pessoa jurídica cometer crimes.

Alguns autores não admitem a sua responsabilização penal ante a ausência de vontade própria. Sustentam que a punição da pessoa jurídica atingiria, em verdade, seus sócios, o que seria inadmissível ante o Princípio da Intransmissibilidade da Pena²⁰.

a) ação penal pública incondicionada: nesta espécie de ação penal, a atuação do Ministério Público independe do implemento de qualquer condição. Verificando-se, assim, a presença das condições da ação penal e havendo justa causa para o oferecimento da denúncia, o Ministério Público é obrigado a oferecer denúncia;

b) ação penal pública condicionada: nessa hipótese, a atuação do Ministério Público está subordinada ao implemento de uma condição – representação do ofendido ou requisição do Ministro da Justiça;

c) ação penal pública subsidiária da pública: sua inserção como espécie de ação penal pública não é ponto pacífico na doutrina.” (LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. Niterói: Impetus, 2012. Volume I, 2ª edição. P. 267/268. Negrítei).

Observo que a escolha por uma ou outra categoria de ação penal é opção de política criminal, sendo notório que o legislador reserva para o âmbito da ação penal pública incondicionada aqueles crimes que considera mais graves, como é o caso do crime de redução a condição análoga à de escravo, ora em estudo, que é considerado, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, como violador da própria dignidade da pessoa humana (RE 696.763/TO, Relator: Min. CELSO DE MELLO, j. 09/08/2012, DTe-164 DI-VULG 20/08/2012 PUBLIC 21/08/2012).

¹⁷ Discute-se se os inimputáveis podem ser sujeito ativo de crimes. A resposta a essa questão depende do conceito analítico de crime a ser adotado. Para os que entendem que o crime é fato típico e antijurídico, os inimputáveis praticam crime, embora sejam inculpáveis e, conseqüentemente, não se submetam às penas. Por outro lado, para os que consideram o crime fato típico, antijurídico e culpável, não haverá crime porque o inimputável, embora atue com voluntariedade, não atua com culpabilidade.

¹⁸ A pessoa jurídica é a união de pessoas ou de patrimônios destinados a um fim a quem a ordem jurídica defere a possibilidade de ser sujeito de direitos e de obrigações, isto é, a quem a legislação confere personalidade jurídica (própria e distinta da de seus membros).

¹⁹ Segundo a doutrina civilista, duas teorias se propõem a explicar a natureza da pessoa jurídica. Para a Teoria da Ficção, a pessoa jurídica não tem existência real, não tem vontade ou consciência. Para a Teoria da Realidade ou Orgânica, a pessoa jurídica tem vontade própria e distinta da dos seus membros. Apenas no âmbito extra-penal há certo prevailecimento da Teoria da Realidade, pois a pessoa jurídica tem capacidade civil, podendo praticar atos jurídicos em geral.

²⁰ Ao tratar do Princípio da Responsabilidade Pessoal do Agente, que considera um desdobramento do Princípio da Pessoalidade (ou Personalidade da Pena), Luiz Flavio Gomes discorre sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica:

O princípio da responsabilidade pessoal nos conduz a cuidar do tema da responsabilidade penal da pessoa jurídica (prevista, entre nos, na Lei Ambiental 9.605/98, art. 3º). A CF prevê duas hipóteses possíveis de responsabilidade penal da pessoa jurídica (crimes ambientais e econômicos – CF, arts. 173,

Outros argumentam que a pessoa jurídica é uma realidade, sendo sim dotada de vontade própria. Aduzem ser irrelevante que a pessoa jurídica não possa se submeter à pena de prisão, porque essa é apenas uma das armas do direito penal.

Polêmicas a parte, é inquestionável que o ordenamento jurídico brasileiro admitiu a possibilidade de responsabilização da pessoa jurídica. A própria Constituição Federal a prevê:

CAPÍTULO VI
DO MEIO AMBIENTE

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

(...)

§ 3º - **As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas**, independentemente da obrigação de reparar os danos causados. (destaquei)

Esse dispositivo foi implementado pela Lei n. 9.605/98²¹ que, evidentemente, estabeleceu penalidades compatíveis com a personalidade jurídica: multa, proibição de contratar com o Poder Público, etc.²²

p. 5º, e 225, p. 3º). Mas ate agora apenas no que concerne aos crimes ambientais o assunto foi regulamentado.

Para nos, a única interpretação possível desse texto legal consiste em admitir que a responsabilidade da pessoa jurídica não é penal no sentido estrito da palavra. Alias, segundo nossa visão, essa responsabilidade faz parte de um tipo novo de Direito, que estamos chamando de sancionador. Responsabilidade pessoal e responsabilidade penal da pessoa jurídica são duas realidades inconciliáveis. Para os que admitem a responsabilidade penal da pessoa jurídica, parece inevitável ao menos conceber a teoria da dupla imputação, leia-se, jamais poderia a pessoa jurídica isoladamente aparecer no pólo passivo da ação penal (sempre seria necessário descobrir quem dentro da empresa praticou o ato criminoso). Desse modo, são processadas a pessoa que praticou o crime e a pessoa jurídica. Direito Penal, Parte Geral, Introdução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. 3ª edição. P. 104.

²¹ Lei n. 9.605/98

Art. 3º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.

Parágrafo único. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato.

Art. 4º Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente.

²² Lei n. 9.605/98

Art. 21. As penas aplicáveis isolada, cumulativa ou alternativamente às pessoas jurídicas, de acordo com o disposto no art. 3º, são:

I - multa;

II - restritivas de direitos;

III - prestação de serviços à comunidade.

Art. 22. As penas restritivas de direitos da pessoa jurídica são:

A Constituição Federal ainda estabelece a possibilidade de responsabilização criminal da pessoa jurídica pela prática de crimes contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular:

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

(...)

§ 5º - A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.
(destaquei)

Essa hipótese, entretanto, ainda não foi regulamentada, de forma que, por ora, o único crime que pode ser cometido pela pessoa jurídica é o crime contra o meio ambiente, exigindo-se os seguintes requisitos:

- (a) O delito deve ser cometido por decisão do representante legal ou contratual da pessoa jurídica ou por deliberação de seu órgão colegiado;
- (b) O delito deve ser cometido no interesse ou em benefício da pessoa jurídica.

Insisto que, na atualidade, a responsabilização penal da pessoa jurídica apenas poderá ocorrer nos crimes previstos na legislação ambiental.

Convém salientar que, nos termos do art. 3º da Lei n. 9.605/98, a responsabilidade da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade das pessoas físicas

I - suspensão parcial ou total de atividades;

II - interdição temporária de estabelecimento, obra ou atividade;

III - proibição de contratar com o Poder Público, bem como dele obter subsídios, subvenções ou doações.

§ 1º A suspensão de atividades será aplicada quando estas não estiverem obedecendo às disposições legais ou regulamentares, relativas à proteção do meio ambiente.

§ 2º A interdição será aplicada quando o estabelecimento, obra ou atividade estiver funcionando sem a devida autorização, ou em desacordo com a concedida, ou com violação de disposição legal ou regulamentar.

§ 3º A proibição de contratar com o Poder Público e dele obter subsídios, subvenções ou doações não poderá exceder o prazo de dez anos.

Art. 23. A prestação de serviços à comunidade pela pessoa jurídica consistirá em:

I - custeio de programas e de projetos ambientais;

II - execução de obras de recuperação de áreas degradadas;

III - manutenção de espaços públicos;

IV - contribuições a entidades ambientais ou culturais públicas.

Art. 24. A pessoa jurídica constituída ou utilizada, preponderantemente, com o fim de permitir, facilitar ou ocultar a prática de crime definido nesta Lei terá decretada sua liquidação forçada, seu patrimônio será considerado instrumento do crime e como tal perdido em favor do Fundo Penitenciário Nacional.

envolvidas na prática da conduta. Não é por outro motivo que o Supremo Tribunal Federal entende que a responsabilidade penal da pessoa jurídica deve ser pautada pela teoria da dupla imputação obrigatória, segundo a qual é indispensável a responsabilização simultânea das pessoa naturais que agiram em nome da pessoa jurídica. Confira-se precedente:

EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. CRIME AMBIENTAL. HABEAS CORPUS PARA TUTELAR PESSOA JURÍDICA ACUSADA EM AÇÃO PENAL. ADMISSIBILIDADE. INÉPCIA DA DENÚNCIA: INOCORRÊNCIA. DENÚNCIA QUE RELATOU a SUPOSTA AÇÃO CRIMINOSA DOS AGENTES, EM VÍNCULO DIRETO COM A PESSOA JURÍDICA **CO-ACUSADA**. CARACTERÍSTICA INTERESTADUAL DO RIO POLUÍDO QUE NÃO AFASTA DE TODO A COMPETÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA E BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. EXCEPCIONALIDADE DA ORDEM DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ORDEM DENEGADA.

I - Responsabilidade penal da pessoa jurídica, para ser aplicada, exige alargamento de alguns conceitos tradicionalmente empregados na seara criminal, a exemplo da culpabilidade, estendendo-se a elas também as medidas assecuratórias, como o habeas corpus.

II - Writ que deve ser havido como instrumento hábil para proteger pessoa jurídica contra ilegalidades ou abuso de poder **quando figurar como co-ré em ação penal que apura a prática de delitos ambientais**, para os quais é cominada pena privativa de liberdade.

III - Em crimes societários, a denúncia deve pormenorizar a ação dos denunciados no quanto possível. Não impede a ampla defesa, entretanto, quando se evidencia o vínculo dos denunciados com a ação da empresa denunciada.

IV - Ministério Público Estadual que também é competente para desencadear ação penal por crime ambiental, mesmo no caso de curso d'água transfronteiriços.

V - Em crimes ambientais, o cumprimento do Termo de Ajustamento de Conduta, com conseqüente extinção de punibilidade, não pode servir de salvo-conduto para que o agente volte a poluir.

VI - O trancamento de ação penal, por via de habeas corpus, é medida excepcional, que somente pode ser concretizada quando o fato narrado evidentemente não constituir crime, estiver extinta a punibilidade, for manifesta a ilegitimidade de parte ou faltar condição exigida pela lei para o exercício da ação penal.

VII - Ordem denegada.

(HC 92921, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 19/08/2008, DJe-182 DIVULG 25-09-2008 PUBLIC 26-09-2008 EMENT VOL-02334-03 PP-00439 RJSP v. 56, n. 372, 2008, p. 167-185) (destaquei)

Os delitos imputáveis às pessoas jurídicas, portanto, serão sempre plurissubjetivos, pois ela jamais os praticará isoladamente, sem a concorrência de pessoas físicas.

I.3. A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA.

É da natureza do ser humano querer agrupar-se. Além disso, historicamente, a necessidade de circulação de riquezas fez com que se estabelecessem grupos de atuação conjunta que o Direito não poderia ignorar. Surgiram, assim, as pessoas jurídicas.

Esses grupos de pessoas naturais ou de patrimônios foram reconhecidos pelo ordenamento jurídico como sujeitos de direitos e obrigações, isto é, foram dotados de personalidade jurídica própria, distinta da de seus membros (Princípio da Autonomia). Para a doutrina civilista majoritária, a pessoa jurídica existe de fato e não como mera abstração (Teoria da Realidade).

Para o presente estudo, releva tratar das pessoas jurídicas de Direito Privado. Nos termos do Código Civil:

Art. 44. São pessoas jurídicas de direito privado:

I - as associações;

II - as sociedades;

III - as fundações.

IV - as organizações religiosas; (Incluído pela Lei nº 10.825, de 22.12.2003)

V - os partidos políticos. (Incluído pela Lei nº 10.825, de 22.12.2003)

VI - as empresas individuais de responsabilidade limitada. (Incluído pela Lei nº 12.441, de 2011) (Vigência)

§ 1º São livres a criação, a organização, a estruturação interna e o funcionamento das organizações religiosas, sendo vedado ao poder público negar-lhes reconhecimento ou registro dos atos constitutivos e necessários ao seu funcionamento. (Incluído pela Lei nº 10.825, de 22.12.2003)

§ 2º As disposições concernentes às associações aplicam-se subsidiariamente às sociedades que são objeto do Livro II da Parte Especial deste Código. (Incluído pela Lei nº 10.825, de 22.12.2003)

§ 3º Os partidos políticos serão organizados e funcionarão conforme o disposto em lei específica. (Incluído pela Lei nº 10.825, de 22.12.2003)

Essas pessoas jurídicas são instituídas pela vontade dos particulares e nascem de um ato jurídico composto de duas fases: a elaboração e o registro público de seus atos constitutivos (contrato social ou estatutos) no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, no Tribunal Superior Eleitoral (no caso dos partidos políticos) ou na Junta Comercial (para as sociedades empresárias). O Código Civil disciplina a constituição e o registro:

Art. 46. O registro declarará:

I - a denominação, os fins, a sede, o tempo de duração e o fundo social, quando houver;

II - o nome e a individualização dos fundadores ou instituidores, e dos diretores;

III - o modo por que se administra e representa, ativa e passivamente, judicial e extrajudicialmente;

IV - se o ato constitutivo é reformável no tocante à administração, e de que modo;

V - se os membros respondem, ou não, subsidiariamente, pelas obrigações sociais;

VI - as condições de extinção da pessoa jurídica e o destino do seu patrimônio, nesse caso.

Art. 47. Obrigam a pessoa jurídica os atos dos administradores, exercidos nos limites de seus poderes definidos no ato constitutivo.

A pessoa jurídica existe, assim, a partir de seu registro, passando a ter aptidão genérica para titularizar relações jurídicas (personalidade jurídica):

Art. 45. Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo.

Parágrafo único. Decai em três anos o direito de anular a constituição das pessoas jurídicas de direito privado, por defeito do ato respectivo, contado o prazo da publicação de sua inscrição no registro.

Já a extinção da pessoa jurídica de direito privado pode se dar por diversas formas:

- (a) Distrato;
- (b) Morte de seus membros;
- (c) Determinação legal;
- (d) Decurso do prazo contratual;
- (e) Decisão judicial.

Em todas essas hipóteses, a extinção não se opera instantaneamente, sendo necessário primeiro liquidar a entidade para depois promover o cancelamento da inscrição da pessoa jurídica no respectivo registro. Essa é a dicção expressa do Código Civil:

Art. 51. Nos casos de dissolução da pessoa jurídica ou cassada a autorização para seu funcionamento, ela subsistirá para os fins de liquidação, até que esta se conclua.

§ 1º Far-se-á, no registro onde a pessoa jurídica estiver inscrita, a averbação de sua dissolução.

§ 2º As disposições para a liquidação das sociedades aplicam-se, no que couber, às demais pessoas jurídicas de direito privado.

§ 3º Encerrada a liquidação, promover-se-á o cancelamento da inscrição da pessoa jurídica.

Como mencionado, a pessoa jurídica tem existência distinta das pessoas físicas que a compõem (Princípio da Autonomia). O ordenamento jurídico prevê, entretanto, episódios em que essa distinção é desprezada (o que não se confunde com a extinção da pessoa jurídica de direito privado). Cuida-se das hipóteses de Desconsideração da Personalidade Jurídica, também previstas no Código Civil:

Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

A Desconsideração da Personalidade Jurídica visa a evitar que a pessoa moral sirva como escudo protetor de distorções e fraudes perpetradas pelas pessoas físicas que a compõem, permitindo que terceiros lesados se socorram no patrimônio próprio das pessoas físicas para lograrem reparação.

Desconsiderar implica ignorar a pessoa jurídica, alcançando o patrimônio das pessoas físicas que nela se escondem. Trata-se de medida excepcional que, repito, não representa a extinção da pessoa jurídica de direito privado, mas apenas a expansão dos efeitos de certas e determinadas obrigações a seus sócios.

Vale aqui salientar, porque relevante ao presente estudo, que o tema personalidade, quer se trate de pessoa natural ou jurídica, é afeto ao Direito Civil. Como se pôde observar, a constituição, a extinção e a desconsideração da personalidade jurídica de direito privado foram todos tratados no Código Civil.

I.4. INCONSTITUCIONALIDADE.

Com as Revoluções Liberais do final do século XVIII, nasce o Constitucionalismo Clássico ou Liberal. Aqui surgem as primeiras Constituições escritas, entre elas a Norte Americana de 1787, formal, rígida e dotada de supremacia.

A supremacia, ao contrário do que ocorria nos Estados Autoritários, não é mais privilégio de um soberano, mas sim uma característica do texto constitucional.

Ensinam Sylvio Motta e William Douglas:

Com o advento, no século XVIII, de um movimento revolucionário mais tarde denominado Constitucionalismo, criou-se uma situação favorável para o surgimento de um novo referencial concreto do poder soberano do Estado, em vez do clássico *l'État c'est moi* (“O Estado sou eu”) do Rei Luis XIV, o advento do texto constitucional. O rei teocrático do *Ancien Régime* (“Antigo Regime”) é substituído por uma Constituição escrita.

Toda autoridade agora somente encontra fundamento nesta Constituição escrita. O poder soberano deixa de ser personalizado, nenhuma pessoa (física ou jurídica, de direito público ou privado) encarna a soberania, todos os súditos do Estado ficam limitados, expressa ou tacitamente, pelas normas constitucionais. É o texto constitucional que passa a estabelecer “o que cabe a cada qual fazer”, ou seja, a repartir competências entre as diversas pessoas que compõem o conceito de Estado Contemporâneo.²³

Esse ideário de supremacia da Constituição persiste no Constitucionalismo Moderno (Estado de Direito²⁴) que reconhece a força normativa da Constituição.²⁵ A supremacia é formal e material.²⁶

²³ MOTTA, Sylvio e DOUGLAS, William. *Controle de Constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Impetus, 2004. 3ª edição. P. 09

²⁴ “O Estado de Direito que representa a obediência e cumprimento de leis surgiu para impor limites ao poder do monarca do Estado Absolutista, caracterizado por uma total indeterminação jurídica. Com a evolução do Estado de Direito, as sub-esferas de poder – o Legislativo, o Judiciário e o Executivo – delimitaram o alcance de seus exercícios, e progressivamente o modelo de Constituição Nacional se firmou como a lei maior que rege todo o ordenamento jurídico de uma nação e determina toda a estrutura política de um Estado.” *Democracia e Controle de Constitucionalidade a partir da teoria discursiva do direito de Jürgen Habermas*. Editora Del Rey, P. 29, Belo Horizonte, 2012.

²⁵ Na Constituição Brasileira de 1988 apenas o preâmbulo não é dotado de força normativa. Confira-se a resposta de Paulo Gustavo Gonet Branco ao questionamento “Há norma constitucional no preâmbulo da Constituição?”:

No preâmbulo da Constituição são inseridas informações relevantes sobre a origem da Constituição e os valores que guiaram a feitura do Texto. É da tradição brasileira que os diplomas constitucionais sejam antecedidos de um preâmbulo, em linha com o que acontece também em vários outros países.

A questão que se pode colocar é a de saber se esse preâmbulo possui valor jurídico. O disposto no Preâmbulo pode consistir no único argumento para estabelecer a inconstitucionalidade de uma lei? É possível extrair direitos, exigíveis em juízo, do Preâmbulo? O disposto no Preâmbulo obriga e vincula os Estados-membros, quando elaboram o seu próprio Texto constitucional?

*Essa última indagação foi respondida pelo Supremo Tribunal Federal, em acórdão que revela qual o ‘status’ jurídico a ser atribuído ao Preâmbulo entre nós. Afirmou o STF que o **Preâmbulo “não constitui norma central da Constituição, de reprodução obrigatória na Constituição do Estado-membro. O que acontece é que o Preâmbulo contém, de regra, proclamação ou exortação no sentido dos princípios inscritos na Carta. (...) Esses princípios, sim, inscritos na Constituição, constituem norma de reprodução obrigatória”***

*No corpo do acórdão, realiza-se um apanhado da doutrina, para apontar a **tendência predominante de considerar que o Preâmbulo não tem força obrigatória, não cria direitos nem obrigações. A opinião corrente, efetivamente, “dá ao preâmbulo caráter enunciativo e não dispositivo”**. Não há inconstitucionalidade por violação do preâmbulo por si mesmo – o que há é inconstitucionalidade por desconcerto com princípio mencionado pelo Preâmbulo e positivado no corpo da Constituição.* MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011. 6ª edição. P. 88/89.

²⁶ Kelsen já falava em supremacia da Constituição, mas tratava apenas do aspecto formal dessa característica, isto é, reconhecia que o modo de produção do Direito era ditado pela Constituição. Na atualidade, reconhece-se também o aspecto material: o legislador está subordinado aos direitos fundamentais.

A Constituição está no ápice do ordenamento jurídico nacional e nenhuma norma pode contrariá-la formal ou materialmente, sob pena de dessa contrariedade advir uma inconstitucionalidade (Princípio da Supremacia Constitucional). Por outro lado, a norma constitucional deve ser tida por imperativa, de ordem pública, externando a vontade popular. Por isso, a interpretação de um dispositivo constitucional deve dar-lhe a mais ampla extensão (Princípio da Imperatividade da Norma Constitucional).²⁷

Kelsen convencionou representar o ordenamento na forma de sua tão conhecida pirâmide. No ápice, como mencionado, encontra-se a Constituição, fundamento jurídico-político de todas as normas a ela subordinadas. Logo abaixo, posicionam-se as leis, que são atos normativos produzidos pelo Poder Legislativo, gerando direitos e deveres. Sua nota básica é a generalidade de seu conteúdo.²⁸

A inconstitucionalidade é um vício de incompatibilidade vertical, isto é, de incompatibilidade da norma com a Constituição na qual deveria ter buscado seu fundamento de validade. Esse vício pode decorrer da inobservância de formalidades no processo legislativo, ou do desrespeito ao conteúdo material da Constituição. Michel Temer alerta que:

Controlar a constitucionalidade de ato normativo significa impedir a subsistência da eficácia de norma contrária à Constituição. (...)

Pressupõe, necessariamente, a supremacia da Constituição; a existência de escalonamento normativo, ocupando a Constituição o ponto mais alto do sistema normativo. É nela que o legislador encontrará a forma de elaboração legislativa e o seu conteúdo. Aquele, ao inovar a ordem jurídica infraconstitucional, haverá de obedecer à forma prevista e ao conteúdo anteposto. Se um deles for agravado, abre-se espaço para o controle de constitucionalidade daquele ato normativo cujo objetivo é expelir, do sistema, o ato agravador.²⁹

Nessa mesma linha, Gilmar Ferreira Mendes esclarece que:

Como anota Jorge Miranda, constitucionalidade e inconstitucionalidade designam conceitos de relação, isto é, “a relação que se estabelece entre uma coisa – a Constituição – e outra coisa – um comportamento – que lhe está ou não conforme, que com ela é ou não compatível, que cabe ou não no seu sentido”. Não se cuida, porém, de uma relação de caráter normativo e valorativo.

Em verdade, é essa relação de índole normativa que qualifica a inconstitucionalidade, pois somente assim logra-se afirmar a obrigatoriedade do texto constitucional e a ineficácia de todo e qualquer ato normativo contraveniente. “Não estão em causa – diz Jorge Miranda – simplesmente a adequação de uma

²⁷ MOTTA, Sylvio e DOUGLAS, William. *Controle de Constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Impetus, 2004. 3ª edição. P. 22.

²⁸ TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2012. 24ª edição. P. 137.

²⁹ TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2012. 24ª edição. P.40

realidade a outra realidade, de um *quid* a outro *quid*, ou a desconformidade entre este e aquele ato, mas o cumprimento ou não de certa norma jurídica”.

(...)

Assenta Kelsen que uma Constituição que não dispõe de garantia para anulação dos atos inconstitucionais não é, propriamente, obrigatória. E não se afigura suficiente uma sanção direta ao órgão ou agente que promulgou o ato inconstitucional, porquanto tal providência não o retira do ordenamento jurídico.³⁰

A despeito da possibilidade de extermínio da norma tida por inconstitucional, pressupõe-se, até por uma questão de segurança jurídica, que toda espécie normativa nasce de acordo com a Constituição (Princípio da Presunção de Constitucionalidade). Apenas mediante a declaração de inconstitucionalidade tal presunção será rompida.³¹

Socorro-me novamente nos ensinamentos Sylvio Motta e William Douglas que esclarecem:

A questão, no entanto, torna-se muito mais complexa quando pretendemos definir o que seja inconstitucionalidade. Aplicar a lógica reversa aqui é fatal: inconstitucionalidade seria tudo aquilo que de alguma forma contrariasse a Constituição. Não mesmo! Para definir o fenômeno da inconstitucionalidade, é imperativo que percebamos o que pode e o que não pode ser objeto dessa espécie de conflito. Sem esse cuidado elementar, corremos sério risco de confundir ilegalidade com inconstitucionalidade.

(...)

Isso posto, podemos definir inconstitucionalidade como sendo:

1 – a desconformidade do ato normativo primário ou da norma constitucional derivada com o conteúdo material da constituição.

Ou

2 – o vício da norma elaborada sem a observância das normas constitucionais concernentes ao processo legislativo ou aos limites ao poder de reforma do texto constitucional.³²

Em resumo, há duas formas de inconstitucionalidade: a inconstitucionalidade material e a inconstitucionalidade formal, ambas representando incompatibilidade da norma com a Constituição. A inconstitucionalidade será material quando seu conteúdo contrariar dispositivo constitucional sobre o mesmo tema e será formal quando o

³⁰ MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011. 6ª edição. P. 1.055/1.057.

³¹ Luiz Guilherme Marinoni explica que “a liberdade do legislador para conformar a lei deve ser exercida dentro dos limites constitucionais. Dentro desses limites, a lei, qualquer que seja o seu conteúdo, é absolutamente legítima. Veda-se ao legislador, porém, exceder ou ficar aquém dos limites da Constituição”. SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. 2ª edição. P. 867.

³² MOTTA, Sylvio e DOUGLAS, William. *Controle de Constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Impetus, 2004. 3ª edição. P. 48/49

vício decorrer de incompatibilidade do procedimento legislativo adotado com o procedimento preconizado no texto constitucional (pode haver inadequação da forma de tramitação ou da competência para iniciativa legislativa³³).

A inconstitucionalidade formal é em regra sanável, demandando no mais das vezes apenas que se refaça tempestivamente o ato ou a iniciativa viciada.³⁴

Por fim, vale lembrar que as normas estaduais devem buscar seu fundamento de validade não apenas na Constituição Federal, mas também na Constituição Estadual.³⁵ A inconstitucionalidade pode decorrer, assim, de desrespeito a normas de ambas. Sacha Calmon ensina que:

Em razão da estrutura federal do Brasil, os Estados-Membros são dotados de Constituições. As leis estaduais e municipais devem submissão às Constituições respectivas, sob pena de não o fazendo serem increpadas de inválidas (invalidez formal ou material). Dá-se que entre nós, as fontes legislativas são federais em sua porção maior. A competência legislativa, com efeito, está extremamente concentrada no Congresso Nacional, bicameral. As linhas mestras da organização política do Estado brasileiro, por outro lado, estão desde logo delineadas na Constituição Federal.³⁶

1.5. REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS LEGISLATIVAS.

No que tange à forma, que é um mecanismo de distribuição do poder político, um Estado pode ser unitário ou composto, esse abrangendo a Confederação e a Federação.³⁷

³³ A inconstitucionalidade formal subdivide-se em:

- (a) objetiva (também conhecida como vício de rito ou de procedimento) - caracteriza-se por uma desobediência do rito legislativo constitucional, por exemplo: um projeto de emenda à Constituição aprovado em apenas um turno de votação em uma das Casas Legislativas em afronta ao que determina o art. 60, p. 2º da Constituição Federal; ou
- (b) subjetiva (também chamada de vício de iniciativa ou de competência) - configura-se quando a iniciativa legislativa prevista é desrespeitada, por exemplo: um projeto de lei complementar que disponha sobre o Estatuto da Magistratura apresentado pelo Procurador Geral da República, em flagrante ofensa ao art. 93, caput da Lei Maior.

³⁴ MOTTA, Sylvio e DOUGLAS, William. *Controle de Constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Impetus, 2004. 3ª edição P. 49/51.

³⁵ Daí submeterem-se a duas possibilidades de controle de constitucionalidade. “*Determinada lei estadual pode ser considerada congruente com a Constituição Federal, porém ser incompatível com a Constituição Estadual.*”, SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. 2ª edição. P. 1.248.

³⁶ COELHO, Sacha Calmon Navarro. *O Controle da Constitucionalidade das Leis*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. 3ª edição. P. 199.

³⁷ “*Federação (...) significa aliança, pacto, união. Pois é da união, da aliança, do pacto entre Estados que ela nasce.*” TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2012. 24ª edição. P. 59.

Foi o Constitucionalismo norte americano quem inaugurou o Federalismo como forma de Estado caracterizada, em apertadíssima síntese, por (a) descentralização político-administrativa fixada pela Constituição, (b) participação das vontades regionais na formação da vontade nacional³⁸ e (c) possibilidade de auto-organização dos entes federativos por meio de Constituições próprias³⁹.

Nossa Constituição Federal, seguindo o modelo que aqui impera desde a Proclamação da República, adotou, como forma de Estado, a Federação⁴⁰.

Um dos traços marcantes do Federalismo é a divisão de competências entre os entes federados. Paulo Gustavo Gonet Branco ensina que:

Como no Estado Federal há mais de uma ordem jurídica incidente sobre um mesmo território e sobre as mesmas pessoas, impõe-se a adoção de mecanismo que favoreça a eficácia da ação estatal, evitando conflitos e desperdício de esforços e recursos. A repartição de competências entre as esferas do federalismo é o instrumento concebido para esse fim.

A repartição de competências consiste na atribuição, pela Constituição Federal, a cada ordenamento de uma matéria que lhe seja própria.⁴¹ (destaquei)

A repartição de competências aparece, pois, como mecanismo de garantia da estabilidade da Federação.⁴² Em última instância, aliás, é ela quem definirá a força e o modelo da Federação.

³⁸ Na experiência brasileira as vontades regionais são externadas no Senado Federal, Casa Legislativa representante dos estados-membros.

³⁹ O Estado Federal detém soberania, enquanto os Estados-membros exercem autonomia, isto é, capacidade de autodeterminação dentro do círculo de competências traçado pelo poder soberano. MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011. 6ª edição. P. 828.

⁴⁰ Desde a Constituição Federal de 1891, o Brasil não mais abandonou a forma federativa, elevando-a, inclusive, à condição de cláusula pétrea na atual:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

(...)

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

⁴¹ MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011. 6ª edição. P. 829. No mesmo sentido, Michel Temer esclarece: “Abrigada a descentralização política, convivem num mesmo território a ordem jurídica global e as ordens jurídicas parciais. Tudo por meio de repartição de atribuições entre tais ordenações.” In *Elementos de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2012. 24ª edição. P. 61.

⁴² Aproveito aqui a advertência feita por Michel Temer no sentido de que “Somente subsiste o Estado federal onde o processo de modificação da norma constitucional é mais complexo do que o previsto para alteração ou revogação da norma ordinária. (...) Mas não basta, por outro lado, a rigidez. É preciso que esta atinja grau tão elevado – no pertinente à Federação – capaz de impedir o legislador ordinário de empreender a sua extinção. Ou, até mesmo, de impedir a possibilidade de alterar a repartição espacial de competências que possa abalar a estrutura federativa tal como positivada pelo constituinte. Isto porque, se o legislador comum não estiver proibido expressamente pelo texto constitucional, nada obsta à alteração que chegue ao ponto de eliminar a Federação. Como meio mantenedor dessa forma de Estado o constituinte há de vedar

Havendo rigorosa divisão de competências entre o governo central e os governos estaduais, o Federalismo se diz Dual (ou Dualista). Esse foi o primeiro dos modelos de Federalismo.

A partir das duas Grandes Guerras, sobretudo em razão da crise socioeconômica instalada, desenvolveu-se o Federalismo de Cooperação. Em nome do bem estar social, surge a figura da competência compartilhada (comum ou concorrente) que cabe a todos os entes da Federação. Vários Estados contemporâneos adotam características desse tipo de Federalismo.

Entre nós, a Constituição Federal efetua a repartição de competências em cinco planos distintos⁴³:

- (a) Competência geral da União – consideravelmente ampla, prevista especialmente no art. 21 (que, entretanto, não a esgota, como se nota do art. 177);
- (b) Competência de legislação privativa (ou exclusiva) da União – listada no art. 22⁴⁴ (também não se trata de rol exaustivo, havendo outras competências previstas no art. 48);
- (c) Competência relativa aos poderes reservados dos Estados – os Estados-membros têm poder de auto-organização e competências residuais, ou seja, podem legislar naquilo que não lhes foi vedado pela Constituição Federal (art. 25). Há, entretanto, algumas competências enumeradas, previstas nos parágrafos 2º e 3º do art. 25;⁴⁵
- (d) Competência material comum da União, dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Municípios (competências concorrentes administrativas) – art. 23;

o acesso do legislador ordinário a essa matéria.” *Elementos de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2012. 24ª edição. P. 65/66.

⁴³ MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011. 6ª edição. P. 850/853.

⁴⁴ “É formalmente inconstitucional a lei estadual que dispõe sobre as matérias enumeradas no art. 22, se não houver autorização adequada a tanto, na forma do parágrafo único do mesmo artigo. Por isso mesmo, o STF disse, na Súmula Vinculante n. 2, que ‘é inconstitucional a lei ou ato normativo estadual ou distrital que disponha sobre sistemas de consórcio e sorteios, inclusive bingos e loterias”” MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011. 6ª edição. P. 851.

⁴⁵ Em material tributária, entretanto, a Constituição Federal adotou técnica diversa, atribuindo a competência legislativa residual à União e enumerando as competências dos Estados-membros no art. 155.

- (e) Competência legislativa concorrente – art. 24, cabendo à União a edição de normas gerais e aos Estados-membros e ao Distrito Federal sua complementação (competência suplementar).

Assim, existem matérias afetas aos Estados, outras afetas aos municípios e outras ainda à União.

Como explicitado, a Constituição Federal estabelece competências legislativas que são exclusivas (ou privativas⁴⁶) da União. No que interessa ao presente trabalho, vale citar o inciso I, do art. 22, segundo o qual:

Art. 22. **Compete privativamente à União legislar sobre:**
I - **direito civil**, comercial, **penal**, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho; (destaquei)

É certo que a própria Constituição Federal admite que essas competências legislativas sejam delegadas pela União aos Estados-membros, mas o faz de forma restritiva, exigindo lei complementar que autorize a exceção e a restrinja a questões específicas:

Art. 22. (...)
Parágrafo único. Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo.

Assim, em resumo, cabe privativamente à União legislar sobre Direito Civil e sobre Direito Penal, admitindo-se apenas excepcionalmente e mediante as condições do parágrafo único do art. 22 da Constituição Federal que os Estados-membros legislem sobre questões pontuais relacionadas a essas matérias.

Por fim, aproveito a advertência feita por Fernanda Dias Menezes de Almeida:

Nem sempre o fato de se deferir privativamente à União a competência legislativa significa que só ela possa exercer a competência material correspondente. Em muitas hipóteses, cabe ao poder central editar a lei que disciplinará o exercício de atividades pelas demais unidades da Federação e pelos particulares em geral. É o que ocorre com a competência da União para legislar sobre Direito Civil, Comercial, Penal, Processual, Eleitoral, Agrário, Marítimo, Aeronáutico, Espacial e do Trabalho (art. 22, inciso I).⁴⁷

⁴⁶ Não desconheço haver, na doutrina, vozes que diferenciam a competência exclusiva da privativa, mas neste estudo usarei uma expressão pela outra, seguindo os autores que as consideram sinônimas.

⁴⁷ *Competências na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 2007. 4ª edição. P. 82.

CAPÍTULO II

NORMAS CONSTITUCIONAIS PERTINENTES.

Como é cediço, o Direito Penal é o instrumento de controle mais drástico com que conta o Estado (*ultima ratio*). Por esse motivo, desde o Iluminismo, com seu ideal de valorização da pessoa humana, os penalistas vêm se debatendo a respeito da necessidade do estabelecimento de limites ao poder estatal de punir.

A princípio, referidos limites derivavam do Direito natural, fortemente ligado à concepção de dignidade da pessoa humana. Atualmente, os limites ao *ius puniendi* estão previstos na Constituição Federal de onde, aliás, emana o próprio poder-dever de punir.⁴⁸

Estudaremos, a seguir, princípios penais constitucionais relevantes para o presente trabalho, alguns deles explícitos, outros implícitos no texto constitucional. Vale aproveitar a advertência feita por Luiz Flávio Gomes no sentido de que

... todos acham-se ancorados no princípio-síntese do Estado Constitucional e Democrático de Direito, que é o da dignidade humana (CF, art. 1º, III). A força imperativa do princípio da dignidade humana é incontestável. Nenhuma ordem jurídica pode contrariá-lo. A dignidade humana, sem sombra de dúvida, é a base ou o alicerce de todos os demais princípios constitucionais penais. Qualquer violação a outro princípio afeta igualmente o da dignidade da pessoa humana.⁴⁹

Abordaremos, também, porque importantes para a aferição da constitucionalidade da norma paulista a ser examinada, o Princípio da Proporcionalidade e a Livre Iniciativa, sendo essa fundamento de nossa ordem econômica.

II.1. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS PERTINENTES.

II.1.a. PRINCÍPIO DA RESPONSABILIDADE PESSOAL DO AGENTE (DA PERSONALIDADE ou DA INTRANSCENDÊNCIA)

⁴⁸ GOMES, Luiz Flávio. *Direito Penal, Parte Geral, Introdução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. 3ª edição. P. 28/33.

⁴⁹ GOMES, Luiz Flávio. *Direito Penal, Parte Geral, Introdução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. 3ª edição. P. 99.

O Princípio da responsabilidade pessoal do agente é uma conquista do Iluminismo consagrada não só na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, mas também na Declaração dos Direitos do Homem, de 1948.⁵⁰

Em nossa Constituição Federal é princípio expresso:

Art. 5º.

(...)

XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;

Por esse princípio, somente o condenado e ninguém mais poderá se submeter à pena imposta. O Direito Penal brasileiro não admite responsabilidade coletiva, societária ou familiar⁵¹, ou seja, não admite a responsabilidade por fato de outrem.

⁵⁰ MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011. 6ª edição. P. 551.

⁵¹ Quanto à inexistência de responsabilidade familiar

HABEAS CORPUS. CRIMINAL. CO-AUTORIA. RELAÇÃO DE CAUSALIDADE. ESPOSA DENUNCIADA POR EVENTUAIS DELITOS COMETIDOS PELO MARIDO.

1. O sistema criminal brasileiro, como ensina a unanimidade da doutrina, adota a teoria da equivalência dos antecedentes ou da *condictio sine qua non* (RENÉ ARIEL DOTTI), não distinguindo entre condição e causa, considerada esta como toda ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido (ANÍBAL BRUNO). Nesta perspectiva, então, cabe verificar se o resultado (desvio de verbas) ocorreria do mesmo modo sem a intervenção da paciente, ou em outras palavras, como ensinado por este último autor, se entre o seu atuar e o resultado típico existe a necessária relação de causa e efeito.

2. O fato de usufruir de bens adquiridos pelo marido, na constância da sociedade conjugal, não se insere em nenhum momento na cadeia causal, de modo a gerar qualquer figura delituosa típica. Tem-se, por evidente, neste caso, o vínculo conjugal (art. 266 do Código Civil) a determinar, impor e referendar o usufruto, decorrência simples e única da vida em comum que, em um segundo plano, dentro das regras de harmonia e convivência social, autoriza e consagra a recepção de pessoas em sua casa. Impõe-se ainda ressaltar que, abstração feita ao uso e gozo dos bens materiais adquiridos e o relacionamento social com os demais co-réus, os delitos de que são eles acusados, inclusive seu marido, teriam ocorrido da mesma forma. Não foram estes eventos causa eficiente, *condictio sine qua non*, do resultado. Eliminada a condição desapareceria o resultado (desvio)? Evidente que não, mesmo porque, segundo reconhece a própria denúncia, ela, há muito, já ocorria.

3. Na real verdade, ainda que se queira argumentar com a ciência dos fatos delituosos praticados por seu marido, a hipótese não configura a co-participação, porque a paciente não tinha o dever jurídico de impedir o resultado. O entendimento pretoriano destaca que a ciência ou mesmo a concordância difere da instigação punível. Houve, quando muito, convivência, sem prática de ato de execução apto a ensejar o reconhecimento da co-autoria. Em sua monografia sobre o Nexo Causal, Paulo José da Costa Junior, assinala que a pessoa não deve ser considerada "causa de um determinado evento só porque, operando, realiza uma condição qualquer necessária ao resultado", pois que, destarte, a responsabilidade atinge o infinito. E traz à colação exemplo constante da teoria de Von Buri, onde se indaga se devido considerar "causa da morte de alguém num desastre ferroviário o amigo que não o dissuadiu de empreender a viagem". Mostra também o ilustre Professor da USP, citando Antolisei, a hipótese de um convalescente, aconselhado pelo médico, a viajar a uma estação de águas, vindo a morrer de desastre de automóvel, por imprudência do motorista. Neste caso, seriam causas do falecimento o médico, o irmão que sugeriu determinada estrada, o amigo que o reteve para indagar de sua saúde e, também, quem conferiu a carteira de habilitação ao chofer. Em nenhum destes casos, a conduta inicial era idônea à produção do resultado final, como acontece com a paciente, sendo até

O Supremo Tribunal Federal já assentou, por exemplo:

"HABEAS CORPUS" - PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS A COMUNIDADE - DOAÇÃO DE SANGUE - IMPOSSIBILIDADE - PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA INTRANSMISSIBILIDADE DA PENA - TEMA NÃO DISCUTIDO NAS RAZOES DE APELAÇÃO CRIMINAL E NEM APRECIADO PELO TRIBUNAL LOCAL - CONHECIMENTO - ORDEM CONCEDIDA. - A ação penal de "habeas corpus" não se submete, para efeito do seu conhecimento, a exigência formal do prequestionamento. A confirmação de sentença penal condenatória pelo Tribunal inferior constitui fato processual suficientemente idôneo a convertê-lo em órgão coator. Tratando-se de matéria de ordem pública, impunha-se o seu exame "ex officio" pelo órgão judiciário de 2. grau, independentemente de expressa provocação formal do paciente. Bastaria, para tanto, o recurso criminal por ele interposto e tempestivamente deduzido. Compete, desse modo, ao Supremo Tribunal Federal, processar e julgar, em caráter originário, a ação de "habeas corpus" em que se suscitem nulidades processuais ou vícios e defeitos jurídicos que infirmem a validade do próprio ato decisório, ainda que tais questões não tenham constituído objeto do recurso criminal previamente interposto. - A prestação de serviços a comunidade constitui sanção jurídica revestida de caráter penal. Trata-se de medida alternativa ou substitutiva da pena privativa de liberdade. Submete-se, em consequência, ao regime jurídico-constitucional das penas e sofre todas as limitações impostas pelos princípios tutelares da liberdade individual. - A exigência judicial de doação de sangue não se ajusta aos parâmetros conceituais, fixados pelo ordenamento positivo, pertinentes a própria inteligência da expressão legal "prestação de serviços a comunidade", cujo sentido, claro e inequívoco, veicula a idéia de realização, pelo próprio condenado, de encargos de caráter exclusivamente laboral. Tratando-se de exigência conflitante com o modelo jurídico-legal peculiar ao sistema de penas alternativas ou substitutivas, não há como prestigiá-la e nem mantê-la. - **A intransmissibilidade da pena traduz postulado de ordem constitucional. A sanção penal não passara da pessoa do delinqüente. Vulnora o princípio da incontagiabilidade da pena a decisão judicial que permite ao condenado fazer-se substituir, por terceiro absolutamente estranho ao ilícito penal, na prestação de serviços a comunidade.** (HC 68309, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Primeira Turma, julgado em 27/11/1990, DJ 08-03-1991 PP-02202 EMENT VOL-01610-02 PP-00315) (destaquei)

A pena, portanto, deverá ter caráter personalíssimo e somente o autor do delito será submetido às sanções penais aplicadas. Na lição de Zaffaroni, *“Nunca se pode interpretar uma lei penal no sentido de que a pena transcenda da pessoa que é autora ou partícipe do delito. A pena é uma medida de caráter estritamente pessoal, haja vista ter uma ingerência ressocializadora sobre o condenado”*.⁵²

aconselhável, em breve lance, o debate da questão sob o ângulo do concurso de agente que não se caracteriza, na hipótese de simples convivência quando ausente o dever jurídico de impedir o resultado.

4. Ordem concedida para trancar a ação penal em relação à paciente Maria da Glória Bairão dos Santos.

(HC 18206/SP, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, SEXTA TURMA, julgado em 04/12/2001, DJ 04/03/2002, p. 299).

⁵² Apud GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal, Parte Geral*. Niterói: Impetus, 2013. 15ª edição. P. 79.

Vale salientar que o Princípio da Responsabilidade Pessoal vigora qualquer que seja a espécie de sanção aplicada: pena privativa de liberdade, pena restritiva de direitos e mesmo em relação às penas de multa e às pecuniárias.⁵³

A parte final do inciso (*podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido*) retrata responsabilização civil do agente, daí a admissão da repercussão sobre o patrimônio dos herdeiros, até o limite da herança. Não se trata, pois, de exceção ao princípio estudado.

II.1.b. PRINCIPIO DA RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO AGENTE ou DA CULPABILIDADE⁵⁴

Segundo esse princípio, não existe responsabilidade penal objetiva no Direito Penal brasileiro. Rogério Greco adverte que:

O princípio da culpabilidade não se encontra no rol dos chamados princípios constitucionais expressos, podendo, no entanto, ser extraído do texto constitucional, principalmente do chamado princípio da dignidade da pessoa humana.⁵⁵

⁵³ Rogério Greco entende que a pena de multa mantém seu caráter penal “*mesmo com a edição da Lei n. 9.268, de 1º de abril de 1996, que, além de dar nova redação ao art. 51 do Código Penal, revogou os seus antigos parágrafos 1º e 2º e passou a considerar a pena de multa como dívida de valor, aplicando-se as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, impedindo, ainda, a sua conversão em pena privativa de liberdade*”. Esclarece que “*em caso de morte do condenado, não poderá o valor correspondente à pena de multa a ele aplicada ser cobrado de seus herdeiros, uma vez que, neste caso, estaríamos infringindo o princípio da responsabilidade pessoal insculpido no inciso XLV do art. 5º da Constituição Federal, que diz que nenhuma pena passará da pessoa do condenado.*” *Curso de Direito Penal, Parte Geral*. Niterói: Impetus, 2013. 15ª edição. P. 80.

⁵⁴ Há autores, como Luiz Flávio Gomes, que diferenciam os dois princípios. Para ele, o princípio da culpabilidade representa apenas que só pode ser punido o agente que podia comportar-se de forma diversa. Esclarece que “*a doutrina brasileira (assim como a jurisprudência) ainda faz muita confusão entre o princípio da responsabilidade subjetiva e o princípio da culpabilidade. Entendida a culpabilidade em sentido puramente normativo, não há como mais se conceber o dolo e a culpa dentro dela. Logo, se dolo e culpa foram deslocados para a tipicidade, o princípio que rege essa exigência (de dolo ou culpa) é o da responsabilidade subjetiva, não mais o da culpabilidade.*” *Direito Penal, Parte Geral, Introdução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. 3ª edição. P. 105. Para os fins deste trabalho, entretanto, os termos serão usados como sinônimos, como faz a maior parte da doutrina.

⁵⁵ *Curso de Direito Penal, Parte Geral*. Niterói: Impetus, 2013. 15ª edição. P. 90.

A responsabilização do agente sempre demandará que tenha ele agido com dolo ou ao menos com culpa, não bastando que entre sua conduta e o resultado danoso tenha se estabelecido nexos causal.

Luiz Flavio Gomes alerta que

Está extinta no Direito penal a responsabilidade objetiva (*a versari in re illicita*: quem pratica um ato ilícito deve ser responsabilizado por todas as suas conseqüências, independentemente de serem previsíveis, desejadas ou fortuitas).⁵⁶

Em verdade, seguindo o conceito analítico finalista de fato típico⁵⁷, diante da ausência de dolo ou de culpa sequer se pode cogitar da existência de conduta, não se verificando, portanto, o fato típico. Qualquer resultado que não tenha sido causado por dolo ou culpa não poderá ser imputado ao agente, “*pois a responsabilidade penal, de acordo com o princípio da culpabilidade, deverá ser sempre subjetiva.*”⁵⁸

Vale aqui transcrever as lições de Genavan Almeida:

No direito penal moderno e condizente com um Estado Democrático de Direito (art. 1º da CF) não há lugar para responsabilidade objetiva, o *versari in re illicita* do direito canônico medieval. *Nulla poena sine culpa*. O Código Penal brasileiro adotou este salutar princípio, ao prescrever que o crime pode ser doloso ou culposos e que “pelo resultado que agrava especialmente a pena, só responde o agente que o houver causado, ao menos culposamente” (arts. 18 e 19). Este princípio, por conseguinte, proscribe qualquer espécie de responsabilidade objetiva, como, por exemplo, a causação do resultado por caso fortuito ou força maior, porquanto a relação de causalidade (art. 13) tem que ser analisada, levando-se em conta se houve dolo ou culpa.⁵⁹

O princípio da culpabilidade, portanto, afasta a possibilidade de responsabilização objetiva de qualquer pessoa, demandando que tenha agido com dolo ou culpa na causação do resultado.

II.1.c. PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

⁵⁶ *Direito Penal, Parte Geral, Introdução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. 3ª edição. P. 104.

⁵⁷ O crime é o fato típico, antijurídico e, para alguns, culpável. O fato típico é composto de conduta (dolosa ou culposa), nexos causal, resultado (normativo ou naturalístico) e tipicidade.

⁵⁸ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal, Parte Geral*. Niterói: Impetus, 2013. 15ª edição. P. 91.

⁵⁹ *Modernos movimentos de política criminal e seis reflexos na legislação brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. P. 32/33.

O Princípio da Individualização da Pena é previsto expressamente na Constituição Federal:

Art. 5º.

(...)

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos;

Outra não poderia ter sido a postura de nosso texto constitucional, moderno e fundado na dignidade da pessoa humana que é. Preleciona Bettiol que

... todo direito penal moderno é orientado no sentido da individualização das medidas penais, porquanto se pretende que o tratamento penal seja totalmente voltado para características pessoais do agente a fim de que possa corresponder aos fins que se pretende alcançar com a pena ou com as medidas de segurança.⁶⁰

A individualização da pena se dá em três momentos distintos:

1. O legislador seleciona os bens jurídicos que serão tutelados pelo Direito Penal⁶¹;
2. O legislador valora as condutas delituosas, estabelecendo, dentre as penalidades cabíveis, quais poderão ser aplicadas para aquele ilícito em particular;⁶²

⁶⁰ BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal*. Campinas: Red Livros, 2000. P. 336.

⁶¹ Observo, como faz Gilmar Ferreira Mendes, a existência de mandados constitucionais de criminalização:

A Constituição de 1988 contém um significativo elenco de normas que, em princípio, não outorgam direitos, mas que, antes, determinam a criminalização de determinadas condutas.

(...)

Em todas essas normas é possível identificar um mandado de criminalização expresso, tendo em vista os bens e valores envolvidos.

Em verdade, tais disposições traduzem outra dimensão dos direitos fundamentais, decorrente de sua feição objetiva na ordem constitucional. Essa traduz o conceito de que o Estado não deve apenas observar os direitos dos indivíduos em face das investidas do Poder Público (direito fundamental enquanto direito de proteção ou de defesa – “Abwehrrecht”), mas garantir, da mesma forma, os direitos fundamentais contra agressão propiciada por terceiros (Schutzpflicht des Staats).

As normas constitucionais brasileiras referidas explicitam o dever de proteção identificado pelo constituinte e traduzido em mandados de criminalização expressos dirigidos ao legislador. MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011. 6ª edição. P. 534/535.

⁶² As penas cominadas devem variar de acordo com a importância do bem jurídico que se pretende proteger pela incriminação da conduta.

3. O juiz aplica, no caso concreto, a pena, optando por uma das cominadas, considerando as margens que lhe foram estabelecidas pelo legislador.⁶³

Mirabete adverte que também deve haver individualização da pena ao longo da execução penal, o que constituiria uma quarta etapa da individualização da pena. O doutrinador menciona que a Lei n. 7.210/84 estabelece diversos momentos em que as condições pessoais do apenado deverão ser consideradas para propiciar o adequado cumprimento da pena.⁶⁴ Colho precedente interessante, que embora não considere a seleção dos bens jurídicos tutelados como fase da individualização da pena, reconhece a importância do Princípio em análise:

Responsabilidade penal – Crimes hediondos – Tráfico ilícito de entorpecentes – Regime Fechado.

A Constituição da República consagra o Princípio da Individualização da Pena. Compreende três fases: cominação, aplicação e execução. Individualizar é ajustar a pena cominada, considerando os dados objetivos e subjetivos da infração penal, no momento da aplicação e da execução. Impossível, por isso, a legislação ordinária impor (desconsiderando os dados objetivos e subjetivos) regime único, inflexível. (STJ – 6ª Turma – Rel. Min. Vicente Cernicchiaro, DJU de 7/6/1993, p. 11.276)⁶⁵

Para os fins deste trabalho, nos limitaremos à segunda fase, aquela em que o legislador selecionará as penas aplicáveis para a hipótese de desrespeito à norma incriminadora. Essa atividade de cominação é bem definida por Rogério Greco:

⁶³ A fixação da pena, no caso concreto, é regulada pelo Código Penal nos seguintes termos:

Fixação da pena

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Cálculo da pena

Art. 68 - A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Parágrafo único - No concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

⁶⁴ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução Penal*. São Paulo: Atlas, 2004. P. 60/61.

⁶⁵ *Apud* GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal, Parte Geral*. Niterói: Impetus, 2013. 15ª edição. P. 72.

A esta fase seletiva, realizada pelos tipos penais no plano abstrato, chamamos de *cominação*. É a fase na qual cabe ao legislador, de acordo com um critério político, valorar os bens que estão sendo objeto de proteção pelo Direito Penal, individualizando as penas de cada infração penal de acordo com a sua importância e gravidade.⁶⁶

A fase de cominação não pode estabelecer penas estanques, que não comportem valoração das circunstâncias objetivas e subjetivas do caso concreto. Isso porque, se assim agir, o legislador retirará do julgador a possibilidade de individualizar a pena aplicada e, conseqüentemente, retirará parcialmente do apenado o direito constitucional à individualização de sua pena.

O então Ministro Sepúlveda Pertence, em voto vencido proferido no *Habeas Corpus* n. 69.657 (DJ 18/6/1993), manifestou entendimento de que: “**Individualização da pena (...) é a operação que tem em vista o agente e as circunstâncias do fato concreto e não a natureza do delito em tese.**” (destaquei)

Assim, não são admissíveis cominações com prazo fixo ou mesmo com determinações de regime inicial ou total de cumprimento de pena. Quanto a esse último tópico, o Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de se manifestar. Declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 2º, p. 1º, da Lei dos Crimes Hediondos (Lei n. 8.072/90), que vedava a possibilidade de progressão de regimes:

PENA - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. PENA - CRIMES HEDIONDOS - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - ÓBICE - ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90 - INCONSTITUCIONALIDADE - EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. **Conflita com a garantia da individualização da pena - artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado.** Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90. (HC 82959, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 23/02/2006, DJ 01-09-2006 PP-00018 EMENT VOL-02245-03 PP-00510 RTJ VOL-00200-02 PP-00795) (destaquei)

A Lei n. 11.464/2007 modificou a Lei dos Crimes Hediondos nesse tópico, passando a admitir expressamente a progressão de regimes no cumprimento de penas

⁶⁶ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal, Parte Geral*. Niterói: Impetus, 2013. 15ª edição. P. 69/70.

decorrentes do cometimento de crimes dessa natureza. O Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante n. 26 para tratar dessa questão:

Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juiz da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização do exame criminológico.

II.2. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PROPORCIONALIDADE⁶⁷.

Voltamos ao âmbito das inconstitucionalidades.

O Princípio da Proporcionalidade funciona como critério de controle da constitucionalidade das medidas restritivas de direitos fundamentais, proibindo-se qualquer limitação que não traga em si uma finalidade constitucionalmente legítima. Vedam-se, pois, excessos legislativos. Cuida-se, como esclarece Gilmar Ferreira Mendes:

... de aferir a compatibilidade da lei com os fins constitucionalmente previstos ou de constatar a observância do princípio da proporcionalidade (*Verhältnismässigkeitsprinzip*), isto é, de se proceder à censura sobre a adequação (*Geeignetheit*) e a necessidade (*Erforderlichkeit*) do ato legislativo.⁶⁸

Ou, como explicitou o Tribunal Constitucional alemão, da garantia de que:

... os meios utilizados pelo legislador devem ser adequados e necessários à consecução dos fins visados. O meio é adequado se, com a sua utilização, o evento pretendido pode ser alcançado; é necessário se o legislador não dispõe de outro meio eficaz, menos restritivo aos direitos fundamentais.⁶⁹

⁶⁷ Ingo Wolfgang Sarlet esclarece, no tocante à qualificação da Proporcionalidade como Princípio, que:

Discute-se, há bastante tempo, sobre a correta qualificação jurídico-normativa da proporcionalidade. Assim, ao passo que a maioria da doutrina ainda prefira falar na proporcionalidade como princípio ou mesmo como regra (tomando-se aqui ambas as noções tal qual formuladas teoricamente por Robert Alexy e seus seguidores), há quem questione tal modelo, vislumbrando na proporcionalidade uma figura substancialmente distinta das regras e dos princípios, qualificando-a como sendo um postulado normativo-aplicativo, razão pela qual se faz também referência a um dever de proporcionalidade. SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. 2ª edição. P. 348.

⁶⁸ MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011. 6ª edição. P. 248.

⁶⁹ *BVerfGE*, 30:292 (316), 39:210 (230-1), *apud* MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011. 6ª edição. P. 255.

Daí ser tão corrente, entre os constitucionalistas, denominar o Princípio da Proporcionalidade de “*limite dos limites*”.

O Princípio da Proporcionalidade não é expresso em nosso texto constitucional⁷⁰. Entretanto, Ingo Wolfgang Sarlet aponta que:

... em termos gerais, é possível reconduzir ambos os princípios [se referindo à proporcionalidade e à razoabilidade] a um ou mais dispositivos constitucionais. Assim, de acordo com a vertente germânica, o ponto de referência é o princípio do Estado de Direito (art. 1º da CF), notadamente naquilo que veda o arbítrio, o excesso de poder, entre outros desdobramentos. Já para quem segue a orientação do direito norte-americano, a proporcionalidade guarda relação com o art. 5º, LIV, da CF, no que assegura um devido processo legal substantivo. No plano da legislação infraconstitucional, por sua vez, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade foram positivados em vários momentos, destacando-se o art. 2º da Lei 9.784/1999, que regulamenta o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta. É bom frisar, contudo, que, independentemente de sua expressa previsão em textos constitucionais ou legais, o que importa é a constatação, amplamente difundida, de que *a aplicabilidade dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade não está excluída de qualquer matéria jurídica*.⁷¹

Outros doutrinadores sustentam, ainda, a tese de que o Princípio da Proporcionalidade é um postulado jurídico com raiz no direito suprapositivo.⁷² O autor transcrito conclui, entretanto, que o Princípio da Proporcionalidade é um dos pilares de nosso Estado Democrático de Direito, entendimento esse que costumava ser predominante no Supremo Tribunal Federal sob a égide da Constituição Federal anterior.

Mas Gilmar Ferreira Mendes adverte que, atualmente, o fundamento dado ao Princípio da Proporcionalidade, por aquela Corte Constitucional, é outro. Narra que, ao julgar a argüição de inconstitucionalidade do art. 5º e de seus parágrafos, da Lei n. 8.713/1993, o Supremo Tribunal Federal vislumbrou que o Princípio da Proporcionalidade deve ser entendido como um Princípio Geral de Direito. Segundo o Ministro, “*são muitas as manifestações que se colhem na jurisprudência sobre a aplicação do princípio da*

⁷⁰ Ao contrário do Direito português, onde foi consagrado no art. 18º, 2, do Texto Magno: “*a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.*”

⁷¹ SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. 2ª edição. P. 349.

⁷² MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011. 6ª edição. P. 248.

proporcionalidade como princípio geral de direito".⁷³ Acrescenta que a Corte Constitucional alemã aceita que o fundamento do Princípio da Proporcionalidade reside tanto no âmbito dos direitos fundamentais quanto no contexto do Estado Democrático de Direito, demonstrando "que, não raras vezes, a aplicação do princípio da proporcionalidade decorre de uma compreensão ampla e geral da ordem jurídica como um todo".⁷⁴

Como se percebe, qualquer que seja a posição que se adote, a verdade é que nenhuma restrição a direitos poderá ser tida c\por constitucional se não for proporcional aos fins que almeja.

II.3. DA LIVRE INICIATIVA

A livre iniciativa é um dos fundamentos da ordem econômica nacional:

Constituição Federal:

Art. 170. **A ordem econômica, fundada** na valorização do trabalho humano e **na livre iniciativa**, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995)

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Consiste na garantia da liberdade de empreender, isto é, o mercado está aberto a quem quiser produzir. Não se trata, evidentemente, de plena liberdade. De fato, Fabiano Del Masso adverte que:

⁷³ MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011. 6ª edição. P. 252/254.

⁷⁴ MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011. 6ª edição. P. 248.

A livre iniciativa pode induzir o intérprete a uma noção falsa de total liberdade de exploração econômica, o que não é verdade, pois outros princípios a limitarão, como os da justiça social, dos direitos dos consumidores, etc.⁷⁵ Além do mais, se deve contar com a atividade de regulação do Estado, cuja função é controlar e equilibrar os agentes econômicos na exploração de determinadas atividades econômicas, o que é feito por intermédio da limitação de algumas práticas e da imposição de outras. Dessa forma, o acesso ao mercado é livre, mas a permanência do agente econômico demandará o cumprimento de regras de controle do mercado, o que induz a uma necessária contraposição de valores expressos individualmente em cada um dos princípios constitucionais.⁷⁶

Advirto, entretanto, que a atuação do Estado no tocante à atividade econômica, quer organizando, regulando ou controlando, não poderá ultrapassar os limites estabelecidos pelo próprio texto constitucional e nem tampouco inviabilizar a livre iniciativa.

⁷⁵ Ao que acrescento o primado da valorização do trabalho, também fundamento constitucional da Ordem Econômica.

⁷⁶ *Direito Econômico*. Série Direito Ponto a Ponto. Rio de Janeiro: Elsevier. 2007. P. 44/45.

CAPÍTULO III
A LEI ESTADUAL PAULISTA N. 14.946/2013 EM
CONTRAPOSIÇÃO ÀS NORMAS CONSTITUCIONAIS.

A primeira consideração que reputo essencial ao presente estudo é estabelecer a premissa de que a Lei n. 14.946/2013, do Estado de São Paulo, é norma de natureza penal.

Ficou claro no Capítulo I (item I.1) deste trabalho que o sistema penal não vive apenas de encarceramentos, isto é, nem todas as penalidades do direito penal são privativas de liberdade. Ademais, não é o tipo de penalidade imposta que determinará a natureza da norma. A lei que estabelece conseqüências para o cometimento de um crime deverá ser tida por norma penal.

Assim, ao prever conseqüências jurídicas para o cometimento do crime de redução a condição análoga à de escravo, a Lei Estadual Paulista n. 14.946/2013 demonstra sua natureza penal.

Daí já se vislumbra uma incompatibilidade da lei paulista com a Constituição Federal que, como visto no Capítulo I, item I.5, deste estudo, reservou à União a competência exclusiva (ou privativa) para tratar de matéria penal (art. 22, I, da Constituição Federal).

É certo que a própria Constituição Federal admite a delegação dessas competências aos Estados-membros (art. 22, parágrafo único). Mas para tanto, exige a conjugação de alguns requisitos: a existência de lei complementar que autorize os Estados-membros a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas no artigo.

Tais condições não foram verificadas no caso concreto, não havendo lei complementar federal autorizando o Estado de São Paulo a legislar sobre o crime de redução a condição análoga à de escravo.

Vale salientar, ademais, que a temática tratada na lei em estudo não pode ser considerada de interesse local, embora pareça disciplinar tributo estadual (o ICMS), e nem tampouco se relaciona a questão específica, de interesse apenas local.

Dessa forma, ainda que houvesse a autorização federal para a delegação, ela não seria cabível.

Observo, ademais, que a lei paulista traz em seu bojo conseqüências relacionadas ao Simples Nacional:

Artigo 4º

(...)

§ 2º – **Caso o contribuinte seja optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições (Simples Nacional)**, instituído pela Lei Complementar federal nº 123, de 14 de dezembro de 2006, a cassação da eficácia da sua inscrição no cadastro de contribuintes do ICMS, prevista no artigo 1º, implicará cumulativamente:

1 – a perda do direito ao recebimento de créditos do Tesouro do Estado, instituído pelo Programa de Estímulo à Cidadania Fiscal do Estado de São Paulo, de que trata a Lei nº 12.685, de 28 de agosto de 2007;

2 – o cancelamento dos créditos já calculados ou liberados, referentes ao Programa de Estímulo à Cidadania Fiscal do Estado de São Paulo, citado no item 1, independentemente do prazo previsto no § 2º do artigo 5º da Lei nº 12.685, de 28 de agosto de 2007. (destaquei)

Assim, a Lei Estadual Paulista n. 14.946/2013 interfere na esfera de atribuições da União e lhe invade a competência legislativa exclusiva (ou privativa).

O já mencionado art. 4º da lei paulista estabelece:

Artigo 4º – A cassação da eficácia da inscrição do cadastro de contribuintes do ICMS, prevista no artigo 1º, implicará aos sócios, pessoas físicas ou jurídicas, em conjunto ou separadamente, do estabelecimento penalizado:

I – o impedimento de exercerem o mesmo ramo de atividade, mesmo que em estabelecimento distinto daquele;

II – a proibição de entrarem com pedido de inscrição de nova empresa, no mesmo ramo de atividade.

Esse artigo enseja duas ordens de considerações.

A primeira delas é a constatação de que a norma prevê responsabilização penal da pessoa jurídica que comercialize produtos em cuja fabricação tenha havido, em qualquer de suas etapas de industrialização, condutas que configurem redução de pessoa a condição análoga à de escravo. Ocorre que a responsabilização penal da pessoa jurídica é excepcional e apenas cabível nas hipóteses previstas constitucionalmente.

No Capítulo I (item I.2), estabelecemos que, atualmente, a responsabilização penal da pessoa jurídica apenas se dará nos crimes contra o meio ambiente, por ser a única das hipóteses constitucionais já regulamentada (Lei n. 9.605/98). Não poderia, assim, ter-se criado, por norma infraconstitucional, nova hipótese de responsabilização penal da pessoa jurídica.

A segunda consideração a ser feita a respeito do *caput* do art. 4º acima transcrito relaciona-se ao fato de que ele parece estabelecer uma hipótese de desconsideração da personalidade jurídica. Isso porque prevê penalidades para os sócios da pessoa jurídica que comercializar produtos em cuja fabricação tenha havido, em qualquer de suas etapas de

industrialização, condutas que configurem redução de pessoa a condição análoga à de escravo.

O problema aqui reside, mais uma vez, na invasão de competência legislativa exclusiva (ou privativa) da União.

No Capítulo I (item I.3) concluímos que o tema “personalidade”, quer natural, quer jurídica, é afeto ao Direito Civil, novamente matéria reservada exclusivamente (ou privativamente) à competência legislativa da União.

Causa certa perplexidade que a lei estadual estabeleça punição aos sócios da empresa que comercializa produtos em cuja fabricação tenha havido, em qualquer de suas etapas de industrialização, condutas que configurem redução de pessoa a condição análoga à de escravo, sem sequer considerar sua participação no fato criminoso. Aqui, a um só tempo, parecem desrespeitados os Princípios da Culpabilidade e da Intranscendência.

Ora, ao não se questionar do papel desempenhado pelo sócio no cometimento do crime, a lei aparentemente estabelece hipótese de responsabilidade penal objetiva que não se coaduna com o sistema constitucional democrático. Não existe responsabilidade penal objetiva no Direito Penal brasileiro.

Demanda-se dolo (excepcionalmente culpa) na conduta causadora de dano ao bem jurídico tutelado pelo Direito Penal. Apenas assim ter-se-á por configurado o fato típico.⁷⁷

Por outro lado, se é a pessoa jurídica quem comercializa produtos em cuja fabricação tenha havido, em qualquer de suas etapas de industrialização, condutas que configurem redução de pessoa a condição análoga à de escravo, é ela quem desempenha conduta acessória do crime de redução a condição análoga à de escravo. Nesse caso, responsabilizar também o sócio implica mácula ao Princípio da Intranscendência. O sócio estará sofrendo clara e diretamente os efeitos do crime em tese cometido pela pessoa jurídica. E, como já mencionado, o Direito Penal brasileiro não admite responsabilização penal senão por conduta do próprio agente.

Um outro aspecto da lei estadual a ser abordado é a previsão, do p. 1º do artigo 4º, de que as restrições estabelecidas no *caput* prevalecerão por dez anos.

⁷⁷ Aqui se faz necessário apontar mais uma das impropriedades da lei paulista, mais especificamente de seu regulamento que prevê que, ocorrendo transação penal nos termos da Lei n. 9.099/95, deverá o acordo ser comunicado às autoridades para fim de imposição das penalidades previstas relacionadas à inscrição estadual do ICMS. Ocorre que a transação prevista no art. 76 da Lei n. 9.099/95 não implica assunção de responsabilidade e nem terá efeitos civis (previsão expressa do p. 6º do art. 76). Assim, jamais seria admissível a imposição de penalidade onde não ocorreu condenação criminal.

Há, a toda evidência, estabelecimento de prazo imutável de pena. O legislador, ao cominar pena estanque, sem margem, fere o princípio constitucional que determina a individualização da pena.

Perceba-se que qualquer que seja a participação do sócio, qualquer que seja o grau de sua culpa, qualquer que seja a lesão à liberdade do trabalhador reduzido a condição análoga à de escravo, a penalidade será sempre a mesma: dez anos!

Se tudo isso não fosse bastante, a norma em estudo ainda impede o sócio da pessoa jurídica que comercializa produtos em cuja fabricação tenha havido, em qualquer de suas etapas de industrialização, condutas que configurem redução de pessoa a condição análoga à de escravo de exercer atividade empresarial no mesmo ramo de atividade. Isso implica dizer que se um empresário, ainda que desavisado, vender uma peça de roupa que seja fabricada com exploração de trabalho em condições análogas à de escravidão, não poderá, durante os dez anos que se seguirem, dedicar-se a qualquer comércio.

Essa norma, a um só tempo, fere a regra da livre iniciativa e se mostra desproporcional.

A desproporcionalidade é evidenciada não só pelo claro excesso da medida punitiva, mas principalmente pela sua ineficácia. Restringir a atividade empresarial não parece ter efeito prático sobre a almejada redução da exploração de mão de obra em condições análogas à de escravidão.

A desnecessidade da medida demonstra a lesão ao princípio da proporcionalidade.

CONCLUSÃO

Nosso ordenamento jurídico tem como seu ápice e fundamento de validade a Constituição Federal (Princípio da Supremacia da Constituição). Todas as normas produzidas no Estado Federado devem-lhe obediência.

A inconstitucionalidade é um juízo de inconformidade entre a norma e a Constituição Federal, o que deve determinar a extirpação daquela do ordenamento jurídico. Esse vício pode decorrer tanto da inobservância de formalidades do processo legislativo (inconstitucionalidade formal), como do desrespeito ao conteúdo da Constituição Federal (inconstitucionalidade material).

O presente estudo demonstrou a hipótese inicialmente levantada, no sentido de ser inconstitucional a Lei Estadual Paulista n. 14.946/2013. Nela se vislumbraram inconstitucionalidades formais e materiais.

Seguindo o Princípio Federativo, a Constituição Federal atribui a cada um dos entes federativos competências legislativas próprias. Em seu artigo 22, reservou à União a competência de legislar a respeito do Direito Penal e do Direito Civil.

A norma paulista fere essa regra, pois estabelece penalidade para a prática do crime de redução a condição análoga à de escravo (previsto no art. 149, do Código Penal) e cria hipótese de desconsideração da personalidade jurídica, matérias respectivamente afetas ao Direito Penal e ao Direito Civil.

Há, pois, evidente inconstitucionalidade formal pela invasão, pelo Estado de São Paulo, da esfera de competência legislativa da União.

As inconstitucionalidades materiais verificadas são mais numerosas.

Primeiramente, pode-se constatar que a lei estadual criou, sem amparo na Constituição Federal, hipótese de responsabilidade penal da pessoa jurídica. Tal é inadmissível, sendo corrente que a pessoa jurídica responderá penalmente por seus atos apenas nas hipóteses taxativamente previstas na Constituição Federal.

A lei estabelece também a responsabilização dos sócios da pessoa jurídica sem sequer perquirir a sua culpabilidade no cometimento do crime de redução a condição análoga à de escravo. Cria, novamente sem respaldo constitucional, hipótese de responsabilidade penal objetiva, ferindo o Princípio da Culpabilidade.

Essa disposição fere, ainda, o Princípio da Intranscendência, na medida em que admite a responsabilização do sócio por ato de outrem (da pessoa jurídica).

Verificou-se que a lei estadual cominou penalidade em prazo fixo, sem nenhuma margem para a consideração das circunstâncias do crime ou das características pessoais do agente. Há, pois, desrespeito ao Princípio da Individualização da Pena.

Finalmente, vale salientar que as medidas constantes da lei são inadequadas para o fim que pretende atingir, vez que a cessação da atividade empresarial apenas levará à diminuição de postos de trabalho, com menores possibilidades de recolocação do trabalhador explorado. Deve-se considerar, ainda, os reflexos da desconstituição das pessoas jurídicas perante o erário, que se verá limitado em sua arrecadação tributária.

A lei paulista se mostra, por outro lado, desnecessária, pois existem outros meios, menos gravosos à sociedade, para a luta pela erradicação do trabalho em condições análogas à de escravidão.

A norma revela-se, assim, desproporcional em sentido estrito, desrespeitando não só o Princípio da Proporcionalidade, mas também a regra constitucional da Livre Iniciativa. O afastamento dos empreendedores da atividade em que laboram, ou seja, a vedação à livre iniciativa pode constituir medida irreversível e maior do que os incertos benefícios que podem advir da penalidade imposta.

Ainda que se entenda o anseio de evitar que a iniciativa econômica desenvolva-se em prejuízo da dignidade da pessoa humana e da justiça social, a verdade é que tal não se pode dar mediante norma inconstitucional.

Destarte, concluo pela inconstitucionalidade formal e material da Lei Estadual Paulista n. 14. 946/2013.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 2007. 4ª edição.
- ALMEIDA, Gevan. *Modernos movimentos de política criminal e seus reflexos na legislação brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- ANTUÑA, Rodrigo Teixeira. *Análise do Acórdão Proferido pelo Superior Tribunal de Justiça no REsp 1251697/PR – Incidência do Princípio da Intranscendência da Pena em Caso de Multa por Desmatamento*. In REVISTA DIREITO PÚBLICO. 52 – Jul-Ago/2013, P. 52/62.
- BARROS, André Borges de Carvalho e AGUIRRE, João Ricardo Brandão. *Elementos do Direito: Direito Civil*. São Paulo: Premier, 2008.
- BEM, Leonardo Schmitt de. *Princípios da Irretroatividade e Retroatividade Penal*. In REVISTA SÍNTESE. DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. 83 – Dez-Jan/2014, P. 98/123
- BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal*. Campinas: Red Livros, 2000.
- COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *O Controle da Constitucionalidade das Leis*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. 3ª edição.
- CUNHA, Rogério Sanches e ARAÚJO, Fábio Roque. *Crimes Federais*. Salvador: Jus Podium, 2013.
- CUNHA, Rogério Sanches. *Código Penal para Concursos*. Salvador: Jus Podium, 2013. 6ª edição, 3ª tiragem.
- DUTRA, Yuri Frederico. *Democracia e Controle de Constitucionalidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.
- FLORES, Marcelo Marcante. *Crimes de Colarinho Branco e a Formação do Direito Penal Secundário: os Desafios da Política Criminal Contemporânea*. In REVISTA SÍNTESE. DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. 80 – Jun-Jul/2013, P. 70/85.

GOMES, Luiz Flávio. *Direito Penal, Parte Geral, Introdução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. 3ª edição.

GRECO, Rogério. *Atividade Policial, Aspectos penais, processuais penais, administrativos e constitucionais*. Niterói: Impetus, 2013. 5ª edição.

_____. *Curso de Direito Penal, Parte Geral*. Niterói: Impetus, 2013. 15ª edição.

HESSE, Konrad. *El Estado Federal Unitario*. In REVISTA DIREITO PÚBLICO. 50-Mar-Abr/2013, P. 9/36.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. Niterói: Impetus, 2012. Volume I, 2ª edição.

MASSO, Fabiano Del. *Direito Econômico*. Série Direito Ponto a Ponto. Rio de Janeiro: Elsevier. 2007.

MELO, L.A.C. *Premissas para um eficaz combate ao trabalho escravo*. Revista LTR. Legislação do Trabalho, v. 26. 2003. P. 11/33.

MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011. 6ª edição.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução Penal*. São Paulo: Atlas, 2004.

MOTTA, Sylvio e DOUGLAS, William. *Controle de Constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Impetus, 2004. 3ª edição.

PINTO Neto, Moyses da Fontoura. *Política Criminal do Inimigo: em busca da correta delimitação teórica*. In Revista Jurídica da Presidência. Volume 13, Número 100, Jul/Set.2011, P. 277/293.

SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. 2ª edição.

SOUSA, Susana Aires de. *A Responsabilidade Criminal do Dirigente: algumas considerações acerca da autoria e coparticipação no contexto empresarial*. In REVISTA DE ESTUDOS CRIMINAIS. 50 – Jul/Set.2013, P. 9/42.

TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2012. 24ª edição.

VOLPE Filho, Clovis Alberto. *Direito Penal Líquido: Análise do Direito Penal Contemporâneo à Luz da Sociedade da Insegurança*. In REVISTA SÍNTESE. DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. 82 – Out-Nov/2013, P. 47/58.