

# BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 376.

(ano VII)

(22/06/2015)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2015

# Conselho Editorial

COORDENADOR GERAL (DF/GO) -  
**VALDINEI CORDEIRO COIMBRA:**  
*Fundador do Conteúdo Jurídico. Mestre em  
Direito Penal Internacional.*

Coordenador do Direito Internacional  
(AM/DF): **SERGIMAR MARTINS DE  
ARAÚJO** - Advogado com mais de 10 anos  
de experiência. Especialista em Direito  
Processual Civil Internacional. Professor  
universitário

Coordenador de Dir. Administrativo:  
**FRANCISCO DE SALLES ALMEIDA  
MAFRA FILHO** (MT): Doutor em Direito  
Administrativo pela UFMG.

Coordenador de Direito Tributário e  
Financeiro - **KIYOSHI HARADA** (SP):  
Advogado em São Paulo (SP). Especialista  
em Direito Tributário e em Direito Financeiro  
pela FADUSP.

Coordenador de Direito Penal - **RODRIGO  
LARIZZATTI** (DF): Doutor em Ciências  
Jurídicas e Sociais pela Universidad del  
Museo Social Argentino - UMSA.

País: *Brasil*. Cidade: *Brasília* – DF.  
Contato: [editorial@conteudojuridico.com.br](mailto:editorial@conteudojuridico.com.br)  
[WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR](http://WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR)

SUMÁRIO	
COLUNISTA DO DIA	
	22/06/2015 Rômulo de Andrade Moreira » <a href="#">A responsabilidade penal da pessoa jurídica no projeto de reforma do Código Penal</a>
ARTIGOS	
22/06/2015 Rogério Faleiro Machado	» <a href="#">Bem de família legal e os créditos dos trabalhadores domésticos</a>
22/06/2015 Tauã Lima Verdán Rangel	» <a href="#">Anotações ao Decreto nº 6.660/2008: Ponderações à Utilização e Proteção da Vegetação Nativa do Bioma da Mata Atlântica</a>
22/06/2015 Walter Maria Moreira Junior	» <a href="#">Extinção da punibilidade em crimes contra a ordem tributária</a>
22/06/2015 Deivid da Rocha Macedo	» <a href="#">A preocupação do poder disciplinar no estado democrático</a>
22/06/2015 José Anderson Fonseca Ramos	» <a href="#">O difícil acesso a Justiça e a lentidão no processo</a>
22/06/2015 Ricardo Neiva Trindade	» <a href="#">A eficácia das decisões proferidas pela ONU na resolução de conflitos</a>
MONOGRAFIA	
22/06/2015 Klécio Emmanuel da Cruz Costa	» <a href="#">Imunidade tributária dos cemitérios privados</a>



## A RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA NO PROJETO DE REFORMA DO CÓDIGO PENAL

**RÔMULO DE ANDRADE MOREIRA:** Procurador-Geral de Justiça Adjunto para Assuntos Jurídicos na Bahia. Foi Assessor Especial da Procuradoria Geral de Justiça e Coordenador do Centro de Apoio Operacional das Promotorias Criminais. Ex- Procurador da Fazenda Estadual. Professor de Direito Processual Penal da Universidade Salvador - UNIFACS, na graduação e na pós-graduação (Especialização em Direito Processual Penal e Penal e Direito Público). Pós-graduado, lato sensu, pela Universidade de Salamanca/Espanha (Direito Processual Penal). Especialista em Processo pela Universidade Salvador - UNIFACS (Curso então coordenado pelo Jurista J. J. Calmon de Passos). Membro da Association Internationale de Droit Penal, da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais e do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Associado ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCrim. Integrante, por quatro vezes, de bancas examinadoras de concurso público para ingresso na carreira do Ministério Público do Estado da Bahia. Professor convidado dos cursos de pós-graduação dos Cursos JusPodivm (BA), Praetorium (MG), IELF (SP) e do Centro de Aperfeiçoamento e Atualização Funcional do Ministério Público da Bahia. Autor de várias obras jurídicas.

O Projeto de Lei nº. 236/12, que visa a reformar o atual Código Penal, institui a criminalização de pessoas jurídicas de direito privado por atos praticados contra a administração pública e a ordem econômico-financeira. Os delitos cuja autoria poderá ser atribuída às empresas individuais de responsabilidade limitada, sociedades, associações, fundações, organizações religiosas e partidos políticos são corrupção ativa, formação de cartel, contrabando, descaminho, crimes contra a ordem tributária, delitos contra o sistema financeiro, falimentares e de concorrência desleal. Esta responsabilização poderá se dar

independentemente da identificação das pessoas físicas que efetivamente cometeram o crime.

As respectivas penas compreendem a perda de bens, a suspensão parcial ou total de atividades, a proibição de contratar com instituições financeiras oficiais, participar de licitação ou celebrar qualquer outro contrato com a Administração Pública, direta ou indireta. E há uma outra: a pessoa jurídica deverá divulgar a sua própria sentença condenatória, arcando com os custos da publicidade em órgãos de comunicação de grande circulação ou audiência, em inserções na mídia que poderão se estender pelo período de até um mês.

Evidentemente, que a divulgação da sentença certamente exporá, o que é inaceitável, as pessoas físicas envolvidas ou condenadas com a pessoa jurídica, vez que o projeto de lei não restringe a publicidade a um resumo técnico da decisão, mas exige menção aos fatos que ensejaram a condenação, lembrando-nos das sanções infamantes da época da Inquisição e das Ordenações Filipinas.

Se já é questionável (e muito) a responsabilização penal da pessoa jurídica, imagine submetê-la (e, conseqüentemente, os seus sócios e, até mesmo, os seus funcionários) à humilhação pública, ainda mais que se sabe já serem públicos os processos criminais.

De toda maneira, esta questão da possibilidade da pessoa jurídica vir a delinquir é um tema penal tormentoso em todo o mundo. Os penalistas desde há muito enfrentam esta matéria que remonta à antiga discussão em torno da natureza da pessoa jurídica, é dizer, se se trata de uma mera ficção ou uma realidade.

Basicamente duas teorias enfrentaram o tema: a teoria da ficção, de tradição romanística, foi defendida, dentre outros, por SAVIGNY, VAREILLES-SOMMIÈRES e, de certa forma, pelo próprio IHERING; já a teoria da realidade teve como grande defensor o jurista alemão OTTO GIERKE, sendo seguido por autores como VON TUHR e ZITELMANN.

Apesar de modernamente preponderar a teoria segundo a qual a pessoa jurídica não se trata de uma mera ficção (como afirmava SAVIGNY), o certo é que também se aceita amplamente que a realidade da pessoa jurídica é inteiramente diversa da realidade da pessoa física. Como ensina o mestre civilista WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, “a pessoa jurídica tem assim realidade, não a realidade física (peculiar às ciências naturais), mas a realidade jurídica, ideal, a realidade das instituições jurídicas.”<sup>[1]</sup> A pessoa jurídica, no dizer de MIGUEL REALE, “não é algo de físico e de tangível como é o homem, pessoa natural.”<sup>[2]</sup>

Mesmo aqueles que se inclinaram pela teoria da realidade nunca aceitaram a possibilidade da pessoa jurídica delinquir, sendo amplamente aceito o apotegma *societas delinquere potest*.

De fato, a incapacidade penal da pessoa jurídica salta aos olhos quando se estuda a teoria do delito e os seus postulados, dentre os quais o conceito de ação, a culpabilidade e a personalidade da pena, elementos indissociáveis da responsabilização criminal.

É sabido que *nullum crimen sine actione* e é evidente que ação é necessariamente uma conduta humana; logo só é possível atribuir a autoria de um crime a quem verdadeiramente pode agir, ou seja, o homem. Neste sentido, ZAFFARONI assevera que “en el derecho penal

*stricto sensu* las personas jurídicas no tienen capacidad de conducta, porque el delito se elabora sobre la base de la conducta humana individual, (...) porque el delito según surge de nuestra ley es una manifestación individual humana.”[3]

Efetivamente a ação, como a define ROXIN, é um “comportamento humano relevante no mundo exterior, dominado ou ao menos dominável pela vontade. Efeitos causados por animais ou poderes da natureza não constituem ações em sentido jurídico-penal, o mesmo podendo dizer-se dos atos de uma pessoa jurídica.”[4]

Exatamente por isso, MUÑOZ CONDE ensina que “só a pessoa humana, considerada individualmente, pode ser sujeito de uma ação penalmente relevante.” Para ele, “a capacidade de ação (...) exige a presença de uma vontade, entendida esta como faculdade psíquica da pessoa individual, que não existe na pessoa jurídica, mero ente fictício ao qual o direito atribui capacidade para outros efeitos distintos do penal.”[5]

O mesmo entendimento extrai-se de CEREZO MIR para quem “solo puede ser sujeto activo del delito el ser humano”, razão pela qual “la persona jurídica carece, por ello, de capacidad de acción o de omisión en el sentido del Derecho penal. (...) Al carecer las personas jurídicas de capacidad de acción y de omisión, no es posible aplicarles tampoco medidas de seguridad pertenecientes al Derecho penal. La aplicación de estas medidas exige la realización de una acción u omisión típica e antijurídica.”[6]

Desde MEZGER afirma-se que o delito é ação (conduta humana), pois “sólo el hombre y sólo el hacer y omitir del hombre es punible.” Diz ele que “sólo es punible, en principio, el hombre como ser individual. *Societas delinquere non potest*. Com ello se muestra el Derecho Penal en notable contraste con el Derecho Civil: al delito de la corporación del Derecho Civil no corresponde outro análogo en el campo penal.”<sup>[7]</sup>

Afirma WESSELS que “o ponto de referência no Direito Penal é a conduta humana ligada às consequências socialmente danosas.” Para este autor, “o homem se diferencia de outras formas de vida pelo fato de que porta em si mesmo uma imagem do mundo estampada por representações de valor e está apto, através de sua potencialidade criadora, à configuração sensível de seu meio.”

Exatamente por isso, “capaz de ação em sentido jurídico-penal é toda pessoa natural independentemente de sua idade ou de seu estado psíquico, portanto também os doentes mentais.” Logo, conclui que “as pessoas jurídicas e associações não são capazes de ação em sentido natural.”<sup>[8]</sup>

Para HASSEMER “o dolo e a culpa são os dois elementos de uma conduta humana, dos quais resulta positivamente a possibilidade de imputação subjetiva.”<sup>[9]</sup>

O mestre italiano BETTIOL, após afirmar que “apenas o homem pode agir no campo penal”, afirma que o “sujeito capaz de ação é apenas o homem, entendido como entidade psico-física, como entidade que pode cumprir uma ação animada por um processo psicológico finalístico, ainda que não passível de reprovação”.



Este grande jurista italiano, apesar de admitir que “a pessoa jurídica torna-se centro de imputação de atos de vontade expressos pelas pessoas físicas”, afirma que “o Direito Penal não atua com fundamento nestes critérios normativos.” Para ele, “o Direito Penal pressupõe que os seus violadores responsáveis sejam seres inteligentes, livres e sensíveis. Mas a pessoa jurídica é um ser abstrato, que não tem inteligência, nem liberdade, nem sensibilidade, se bem que, por privilégio da lei, seja capaz de prover; não é, portanto sujeito possível de delito. Isto significa que pelo crime praticado responderá em nome próprio a pessoa física, não a pessoa jurídica.”[\[10\]](#)

Outro jurista italiano, GIULIO BATTAGLINI escreveu que “o delito é a violação de norma de comportamento, suscetível de valoração moral. E essa valoração não pode dizer respeito senão à *ação humana*, pois somente nesta é que se pode encontrar *uma vontade moralmente valorável*.”[\[11\]](#)

GONZALO RODRIGUEZ MOURULLO também concorda que “sólo la persona humana puede realizar acciones en sentido jurídico-penal. Acción es únicamente, a estos efectos, el comportamiento dependiente de la voluntad humana”; assim, as pessoas jurídicas são irresponsáveis penalmente, pois “carecen de la voluntad en sentido psicológico que requiere el concepto jurídico-penal de acción.” Diz o jurista espanhol que neste sentido “la capacidad de acción (...) presupone la existência de una voluntad en términos psicológico-naturalísticos, que, por definición, es patrimonio exclusivo de las personas individuales.”[\[12\]](#)

Na doutrina brasileira, prepondera também este entendimento; dentre os autores, destacamos inicialmente o pensamento do Professor RENÉ ARIEL DOTTI:

“O ilícito penal (crime ou contravenção) é fruto exclusivo da conduta humana”, logo “somente a pessoa física pode ser sujeito ativo da infração penal. Apenas o ser humano, nascido de mulher pode ser considerado como autor ou partícipe do crime ou contravenção”; “somente a ação humana, conceituada como a atividade dirigida a um fim, pode ser considerada como suporte causal do delito.”<sup>[13]</sup>

Há muito, o mestre ANÍBAL BRUNO, depois de afirmar que “sem ação não há crime, e não existe ação quando falta algum dos seus componentes”, complementa que a ação é constituída pelo “comportamento humano”, um “fazer do agente.”<sup>[14]</sup>

Na mesma linha de pensamento, destacam-se LUIZ RÉGIS PRADO para quem “falta ao ente coletivo o primeiro elemento do delito: a capacidade de ação ou omissão (típica)”<sup>[15]</sup>; para JUAREZ TAVARES, “o conceito de conduta está indissolúvelmente ligado às características da *vida humana* como vida de relação, da qual emergem todos os aspectos da sociabilidade e da individualidade e pela qual o *homem* se materializa e se realiza, produz, cresce, organiza e adquire, através de repetições e atividades laborais cada vez mais complexas, possibilidade de formular pensamentos abstratos e propor seus respectivos objetivos.”<sup>[16]</sup>

Segundo JUAREZ CIRINO DOS SANTOS “é possível concluir que a definição capaz de identificar o traço mais específico e, ao mesmo tempo, a característica mais geral *da ação humana*, parece ser a

definição do modelo final de ação”[17]; e JOÃO MESTIERI: “a pessoa jurídica não pode ser sujeito ativo por ser incapaz de ação (...). Pelos atos delitivos praticados em nome da sociedade respondem *os indivíduos diretamente responsáveis* pelos fatos incriminados, e não todos os diretores, como já se pretendeu no Direito Penal Econômico brasileiro.”[18]

Para o saudoso HELENO CLÁUDIO FRAGOSO a “ação é atividade humana conscientemente dirigida a um fim.”[19] CEZAR ROBERTO BITENCOURT aduz que “por ser o crime uma ação humana, somente o ser vivo, nascido de mulher, pode ser autor de crime (...). A conduta (ação ou omissão), pedra angular da Teoria do Crime, é produto exclusivo do homem. A capacidade de ação (...) exige a presença de uma vontade, entendida como faculdade psíquica da pessoa individual, que somente o ser humano pode ter.”[20]

Também é óbvio faltar capacidade de culpabilidade à pessoa jurídica, entendida aquela como um juízo de reprovabilidade, só passível de ser aferido a partir de um comportamento humano. É inadmissível uma pessoa jurídica praticar um fato culpável, pois “la capacidad (...) de culpabilidad (...) presupone la existência de una voluntad en términos psicológico-naturalísticos, que, por definición, es patrimonio exclusivo de las personas individuales.”[21].

Em conferência realizada na Universidade Central da Venezuela, no ano de 1945, JIMÉNEZ DE ASÚA já afirmava que “la culpabilidad es el conocimiento de la significación del hecho”, logo “la persona moral no

puede ejecutar ningún hecho con dolo, ni tampoco la pena no tiene la fuerza de intimidar a una persona moral.”[22]

BATTAGLINI, já citado neste trabalho, asseverava que “fora do homem, não se concebe crime: porque somente o homem possui a consciência e a faculdade de querer, exigidas pela responsabilidade moral, em que fundamentalmente se baseia o Direito Penal. E como as pessoas jurídicas só podem realizar atos jurídicos através de seus representantes, para se sustentar sua capacidade para o crime dever-se-ia reconhecer consciência e vontade no sentido supra mencionado, com referência ao ente representado. Mas isso é inadmissível. Assim é que os entes morais são conceitualmente incapazes de delinquir.”[23]

Também para WELZEL “toda culpabilidade é culpabilidade de vontade. Somente o que o homem faz com vontade pode ser censurado como culpabilidade. Seus dons e predisposições – tudo o que o homem é em si mesmo – podem ser mais ou menos valiosos (portanto, podem ser também valorizados), mas somente o que disso faz ou como os empregou, em comparação com o que teria podido fazer deles ou como poderia ter empregado, somente isto pode ser computado como ‘mérito’ ou ser censurado como ‘culpabilidade’.”[24]

Para MUÑOZ CONDE “a capacidade (...) de culpabilidade (...) exige a presença de uma vontade, entendida esta como faculdade psíquica da pessoa individual, que não existe na pessoa jurídica, mero ente fictício ao qual o direito atribui capacidade para outros efeitos distintos do penal.”[25]

Também CEZAR BITENCOURT aduz com propriedade que “a capacidade (...) de culpabilidade exige a presença de uma vontade, entendida como faculdade psíquica da pessoa individual, que somente o ser humano pode ter.”[26] JOÃO MESTIERI também afirma que “a pessoa jurídica não pode ser sujeito ativo por ser incapaz (...) de culpabilidade.”[27] Idêntico pensamento extrai-se da obra de RÉGIS PRADO: “a pessoa jurídica é incapaz de culpabilidade (...). A culpabilidade penal como juízo de censura pessoal pela realização do injusto típico só pode ser endereçada a um indivíduo (culpabilidade da vontade). Como juízo ético-jurídico de reprovação, ou mesmo de motivação normal pela norma, somente pode ter como objeto a conduta humana livre.”[28]

Aliás, MAGALHÃES NORONHA já advertia que a responsabilidade penal da pessoa jurídica seria “inconciliável com a culpabilidade, que é psicológico-normativa, o que impede sua atribuição à pessoa jurídica.”[29]

A propósito, *"ser administrador ou sócio de uma empresa não torna uma pessoa responsável por crime ambiental cometido pela companhia. Isso porque a responsabilidade penal ambiental não é objetiva e, sim, subjetiva. Com base nesse entendimento, a 3ª Vara Penal de Barcarena (PA) absolveu quatro diretores de duas acusações de crimes ambientais feitas pelo Ministério Público. As duas ações foram movidas por causa de vazamentos de caulim, um minério usado na produção de papel, cerâmica e tintas que deixa a água esbranquiçada. No primeiro caso, que aconteceu em 2011, a liberação da substância foi motivada por um incêndio provocado por pessoas que até hoje não*



*foram identificadas. Já o segunda vazamento foi em 2012 e liberação da substância deveu-se a uma queda de energia no distrito industrial de Barcarena, onde fica a empresa. O MP apresentou denúncia contra a empresa e os diretores alegando que eles foram omissos e teriam cometido os crimes dos artigos 54 da Lei de Crimes Ambientais (Lei 9.605/1998) na forma do artigo 13, parágrafo 2º, do Código Penal. O órgão argumentou que, por se tratar de questão ambiental, não seria necessário provar a intenção de prejudicar (animus laedendi) dos réus. Com isso, pediu a condenação deles. Ao julgar o caso, o juiz Roberto Andrés Itzcovich, destacou que a responsabilidade penal ambiental busca reparação ou compensação pelo dano causado. Por entender que isso tem mais relação com a pessoa jurídica, ele negou a responsabilização objetiva dos executivos. De acordo com Itzcovich, não houve conduta dos diretores — nem ativa nem omissiva — que contribuisse para os vazamentos de caulim. E, “sem conduta materialmente típica, crime não há”, afirmou o juiz. Para fortalecer o seu entendimento, ele citou uma decisão do Superior Tribunal de Justiça (Habeas Corpus 34.957) que isenta administradores de culpa por danos ambientais quando não for possível provar o nexo causal. O fato de as pessoas figurarem como sócios de uma pessoa jurídica “não autoriza a instauração de processo criminal por crime contra o meio-ambiente se não restar minimamente comprovado o vínculo com a conduta criminosa, sob pena de se reconhecer impropriamente a responsabilidade penal objetiva”, diz a ementa do caso. Dessa forma, o juiz absolveu os diretores das acusações feitas pelo MP. No entanto, ele ordenou o prosseguimento do processo*

*com relação à pessoa jurídica da empresa."* Fonte: [Livia Scocuglia](#) é repórter da revista **Consultor Jurídico** e [Sérgio Rodas](#) é repórter da revista Consultor Jurídico - Revista **Consultor Jurídico**, 9 de dezembro de 2014, 18h41).

A possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica também afronta as teorias da pena, seja quando se fala em prevenção geral ou especial, ou mesmo quando se trata da ressocialização.

Ademais, há o princípio da personalidade da pena, segundo o qual nenhuma pena passará da pessoa do condenado (art. 5.º, XLV da CF), que impede a aplicação de uma pena a um ente coletivo composto por várias pessoas, muitas delas absolutamente alheias à prática do fato criminoso. Seria mesmo a consagração da odiosa responsabilidade penal objetiva, de triste lembrança.

Valemo-nos mais uma vez do ensinamento de MAGALHÃES NORONHA, segundo o qual “a especialização e a individualização da pena, como também a finalidade de reajustamento, tudo isso impraticável com a pessoa jurídica, pois requer a existência do elemento biossociológico.”[\[30\]](#)

Aplicar uma sanção penal a uma corporação significa sancionar penalmente todos os seus membros, ferindo de morte o citado princípio constitucionalmente previsto. Neste sentido, MOURULLO afirma que “la capacidad (...) de pena presupone la existencia de una voluntad en términos psicológico-naturalísticos, que, por definición, es patrimonio exclusivo de las personas individuales.”[\[31\]](#)

Também BETTIOL conclui que “a pessoa jurídica não pode sofrer sob a execução de uma pena, assim como sofre a pessoa física que cometeu o delito”[32], assim como WESSELS, para quem “as pessoas jurídicas e associações (...) também não podem ser infligidas com pena criminal.”[33]

Para a solução da questão da responsabilidade penal da pessoa jurídica, poderíamos adotar o que o jurista alemão WINFRIED HASSEMER chama de *Direito de Intervenção*, uma mescla entre o tradicional Direito Penal e o Direito Administrativo; este novo Direito excluiria as sanções tipicamente penais com garantias menores que o Direito Penal tradicional. Segundo ele, “o Direito Penal não serve para resolver os problemas típicos da tutela ambiental”, tendo nesta seara, simplesmente, um “caráter simbólico, cujo verdadeiro préstimo redunda em desobrigar os poderes públicos de perseguirem uma política de proteção do ambiente efetiva”, pelo que sugere “a criação de um novo ramo de direito. Para o efeito, escolhemos a designação de *Direito de Intervenção (Interventionsrecht)*, mas poderemos designá-lo da forma que mais nos aprouver”, cujas principais características seriam: o seu caráter fundamentalmente preventivo, de imputação de responsabilidades coletivas, sanções rigorosas, com impossibilidade de admitir penas de privação de liberdade, atuação global e não casuística, atuação subsidiária do Direito Penal, como, por exemplo, para dar *cobertura a determinadas medidas de proteção ambiental* e, por fim, a previsão de *soluções inovadoras, que garantam a obrigação de minimizar os danos.*”[34] Seria, portanto, um Direito sancionador, sem os princípios, regras e postulados do Direito Penal das pessoas físicas. (Grifos no original).

Efetivamente, como afirma Ana Carolina Carlos de Oliveira, “o *Direito de Intervens o* serve de alternativa para conferir uniformidade ao conjunto sancionador fora do Direito Penal, e tamb em para promover um processo de redu o das fronteiras dessa  rea.” [35]

Aliás, desde há muito que os penalistas propõem a aplica o de medidas administrativas quando se está diante de ilícitos cometidos por intermédio de pessoas jurídicas.

BETTIOL, por exemplo, afirmava que a pessoa jurídica poderia “ser passível de medidas diversas da pena, de medidas de caráter administrativo (dissolu o da sociedade, san oes pecuniárias, etc., mas, em nenhum caso de penas verdadeiras.” [36]

Também ZAFFARONI assevera que as leis “que sancionan a personas jurídicas, (...) no hacen m s que conceder facultades administrativas al juez penal, o sea que las sanciones no son penas ni medidas de seguridad, sino consecuencias administrativas de las conductas de los órganos de las personas jurídicas.” [37]

MUÑOZ CONDE defende “medidas civis ou administrativas que possam aplicar-se   pessoa jurídica como tal (dissolu o, multa, proibi o de exercer determinadas atividades, etc.)” [38], assim como CEREZO MIR ao afirmar que “sólo será posible aplicarles medidas de seguridad de caráter administrativo.” [39]

Questão que se mostra tormentosa no caso brasileiro diz respeito a uma suposta autoriza o constitucional para a responsabilidade penal da pessoa jurídica.

Com efeito, prescreve o art. 173, § 5.º da Constituição Federal que “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.” (grifo nosso)

Por este dispositivo fica bem clara a impossibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica, ao se afirmar que ela ficará sujeita, tão-somente, a punições compatíveis com a sua natureza, ressalvando a possibilidade de responsabilidade individual (que poderá ser de índole penal) dos seus dirigentes.

Já o art. 225, § 3.º estabelece que “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.” (grifo nosso)

Será que neste dispositivo, realmente, a Constituição Federal autorizou a responsabilidade penal da pessoa jurídica? Entendemos que não. Observa-se que a Constituição utilizou dois vocábulos diferentes: *conduta*, em primeiro lugar, e *atividade* em segundo lugar. Ora, conduta implica comportamento humano, de uma pessoa física; a atividade é que pode ser atribuída a uma pessoa jurídica. Na sequência refere-se às *pessoas físicas* em um primeiro momento e, depois, às *pessoas jurídicas*; por fim, indica *sanções penais* e depois *sanções administrativas*.

Com esta redação, fica patente que o legislador constituinte não autorizou atribuir-se sanção penal a pessoas jurídicas, mas apenas sanções



administrativas *por suas atividades*. Às pessoas físicas reservou-se sanção penal, *em razão de suas condutas*. Resumindo:

- 1) conduta = pessoa física = sanção penal
- 2) atividade = pessoa jurídica = sanção administrativa

Neste sentido, trazemos à colação o entendimento de um importante e respeitado constitucionalista brasileiro, J. CRETELLA JR. Este autor, comentando o primeiro dos artigos acima transcritos afirma que “o dispositivo é bem claro ao fixar, de início, os dois tipos de responsabilidades, a responsabilidade individual, civil ou criminal, dos dirigentes, pessoas físicas, e a responsabilidade civil, tão-só, da pessoa jurídica.” Para o autor, “não há a menor dúvida, porém, de que a fonte primeira ou remota – o ato gerador, a causa determinante – da responsabilidade, pública ou privada, é sempre, em última análise, o *homem*. (...) Daí o dizer-se que *pessoa e responsabilidade* são noções intimamente ligadas. A todo momento a ação (ou a omissão) humana pode empenhar a responsabilidade. ‘Agir’ ou ‘deixar de agir’ é traço típico do homem, da pessoa física, que se expande ou se retrai no mundo, influenciando estas duas atitudes, ação ou omissão, sobre as relações jurídicas, de modo positivo ou negativo.”[\[40\]](#)

Ainda com CRETELLA JR., pode-se afirmar que a responsabilidade penal “abrange uma área muito mais restrita, visto compreender apenas as pessoas físicas, os indivíduos, *sabendo-se que as pessoas jurídicas, privadas ou públicas, são inimputáveis*”, pois a responsabilidade da empresa “será necessariamente patrimonial, a única compatível com sua

natureza de pessoa jurídica, irresponsável penalmente, mas responsável em decorrência dos atos praticados contra a ordem econômica, a ordem financeira e a economia popular.”[41]

Este constitucionalista, valendo-se das lições de WALINE, na obra *Droit Administratif*, 9.ª ed., 1963, p. 786, afirma que “a pessoa jurídica, metafisicamente, não tem vontade; o direito lhe atribui a vontade de uma pessoa física ou de conjunto de pessoas físicas que concordam em representá-la, mas em definitivo sempre uma ou várias pessoas físicas é que cometeram o ato prejudicial imputado à pessoa jurídica.”[42]

Mesmo quando comenta o art. 225, § 3.º da Carta Magna, CRETELLA JR. afirma incisivamente que a “Constituição de 1988, em momento algum, aceita o princípio da responsabilidade penal da pessoa jurídica. Por exemplo, o art. 225, § 3.º, colocando, de um lado, a pessoa física, a quem se aplica o termo *conduta*, de outro lado, a pessoa jurídica, à qual se aplica o vocábulo *atividade*, cominando aos atos lesivos das primeiras, *sanções penais* e às atividades das segundas, *sanções administrativas e econômicas*, independentemente da obrigação de reparação dos danos causados.”[43]

Outro importante constitucionalista brasileiro, IVES GANDRA DA SILVA MARTINS, após afirmar que “o constituinte não exclui qualquer tipo de pessoa, sendo puníveis tanto as físicas quanto as jurídicas”, adverte que as pessoas jurídicas serão punidas “pecuniariamente, e seus diretores, se tipificada a infração, penalmente.”[44]

Daí entendermos que o art. 3.º da Lei 9.605/98 que prevê a responsabilidade penal da pessoa jurídica não deve ser aplicado, pois,

apesar de norma vigente formalmente (porque aprovada pelo Poder Legislativo e promulgada pelo Poder Executivo), é substancialmente inválida, tendo em vista a incompatibilidade material com a Constituição Federal. Relembremos que “não se pode interpretar a Constituição conforme a lei ordinária (*gesetzeskonformen Verfassunsinterpretation*). O contrário é que se faz.”[\[45\]](#)

Uma coisa é lei vigente, outra é lei válida.

Vejamos a lição de MIGUEL REALE: “Validade formal ou vigência é, em suma, uma propriedade que diz respeito à competência dos órgãos e aos processos de produção e reconhecimento do Direito no plano normativo.”[\[46\]](#)

Nem toda lei vigente é válida e só a lei válida e que esteja em vigor deve ser observada pelos cidadãos e operadores de Direito.[\[47\]](#) Como afirma ENRIQUE BACIGALUPO, “la validez de los textos y de las interpretaciones de los mismos dependerá de su compatibilidad con principios superiores. De esta manera, la interpretación de la ley penal depende de la interpretación de la Constitución.”[\[48\]](#)

A propósito, FERRAJOLI:

“Para que una norma exista o esté en vigor es suficiente que satisfaga las condiciones de validez formal, condiciones que hacen referencia a las formas y los procedimientos de *acto normativo*, así como a la competencia del órgano de que emana. Para que sea válida se necesita por el contrario que satisfaga también las condiciones de validez sustancial, que se refieren a su contenido, o sea, a su *significado*.” Para o autor, “las condiciones sustanciales de la validez, y de manera especial

las de la validez constitucional, consisten normalmente en el respeto de *valores* – como la igualdad, la libertad, las garantías de los derechos de los ciudadanos.”<sup>[49]</sup>

Ainda que admitíssemos a constitucionalidade de tal responsabilidade penal, o certo é que esbarraríamos em um obstáculo que me parece intransponível: a Lei 9.605/98 não estabeleceu qualquer regra procedimental ou processual a respeito de um processo criminal em relação a uma pessoa jurídica, o que torna absolutamente impossível a instauração e o desenvolvimento válido de uma ação penal nestes termos.

Evidentemente que o nosso Código de Processo Penal é um diploma dirigido a estabelecer regras para um processo penal cujos acusados são pessoas físicas; todos os seus dispositivos assim foram pensados.

Ora, se as normas penais não podem ser aplicadas diretamente, pois o Direito Penal não é meio de coação direta, evidentemente que seria indispensável estabelecer-se o respectivo procedimento, adequado a esta nova realidade.

Observa-se que em França, ao contrário do Brasil, procurou-se adaptar as regras processuais penais à possibilidade da responsabilidade penal da pessoa jurídica. Naquele país, promulgou-se a Lei 92-1336, de 16 de dezembro de 1992, a chamada *Lei de Adaptação*, acrescentando ao *Code de Procédure Pénale* o Título XVIII, sob a seguinte epígrafe: “De la poursuite, de l’instruction et du jugement des infractions commises par les personnes morales.”

O legislador francês neste título tratou de estabelecer as regras atinentes à acusação, instrução e julgamento das pessoas jurídicas. Assim, por exemplo, o art. 706-42 trata da questão relativa à competência; já o art. 706-43 trata de estabelecer que a ação pública é exercida contra o ente moral na pessoa do seu representante legal à *l'époque des poursuites*.

O art. 706-44 estabelece que “o representante da pessoa jurídica processada não pode, nessa qualidade, ser objeto de nenhuma medida de coação, a não ser aquela aplicável à testemunha.” O art. 706-45 prevê uma série de obrigações às quais pode *le juge d'instruction* submeter a pessoa jurídica.

Esta mesma *Lei de Adaptação* modificou os arts. 555, 557 e 559 do *Code de Procédure Pénale*. O art. 557, por exemplo, afirma que o domicílio da pessoa moral se entende como sendo o do local de sua sede.

Em nosso País nada disso ocorreu, muito pelo contrário, razão pela qual o Professor RENÉ ARIEL DOTTI afirmou com muita propriedade que “os corifeus e os propagandistas da capacidade criminal das pessoas coletivas ainda não se dedicaram ao trabalho de analisar as consequências desse projeto no quadro do processo penal.”<sup>[50]</sup>

Vejamos, por exemplo, algumas dificuldades que existem quando se trata de um processo penal cujo acusado é uma pessoa jurídica.

1) A quem serão dirigidos os atos processuais de cientificação: citação, intimação e notificação? Ao Presidente da empresa ou a quaisquer dos seus diretores? Note-se que em França o art. 555 foi



modificado para estabelecer expressamente o regramento das citações da pessoa jurídica.

2) Quem será interrogado? Teria ele o direito ao silêncio e o direito de não autoincriminação? Sabe-se que o interrogado tem também o direito indiscutível de não se autoincriminar e o de não fazer prova contra si mesmo, em conformidade com o art. 8.º, 2, *g*, do Pacto de São José da Costa Rica – Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969 e art. 14, 3, *g*, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de Nova York, assinada em 19 de dezembro de 1966, ambos já incorporados em nosso ordenamento jurídico, por força, respectivamente, do Decreto 678 de 6 de novembro de 1992 e do Decreto 592, de 6 de julho de 1992. Já em 1960, o grande SERRANO ALVES escrevia uma monografia com o título *O Direito de Calar* (Rio de Janeiro, Editora Fretas Bastos S/A), cuja dedicatória era “aos que ainda insistem na violação de uma das mais belas conquistas do homem: o direito de não se incriminar”. Nesta obra, adverte o autor que “há no homem um território indevassável que se chama consciência. Desta, só ele, apenas ele pode dispor. Sua invasão, portanto, ainda que pela autoridade constituída, seja a que pretexto for e por que processo for, é sempre atentado, é sempre ignomínia, é torpe sacrilégio.” (p. 151).

3) E a confissão? Será admissível a confissão pelo interrogando (seja ele quem for) em prejuízo, por exemplo, dos demais sócios da pessoa jurídica? A confissão prejudicará os demais membros da corporação?

4) E a revelia? Será possível a decreta o da revelia pela ausência injustificada de quem deveria comparecer para o interrogatório? E os demais membros do ente coletivo ficarão prejudicados?   possível a aplica o do art. 366 do Código de Processo Penal, no caso de cita o editalícia?

5) E as regras sobre competência? Caso, por exemplo, não seja conhecido o lugar da infra o,   possível aplicar-se o art. 72 do Código de Processo Penal? E se uma das pessoas físicas também denunciadas (em coautoria com a pessoa jurídica) tiver prerrogativa de fun o, aplicar-se- o as regras de continência (art. 78, III, do Código de Processo Penal c/c o Enunciado 704 do Supremo Tribunal Federal)? A pessoa jurídica seria julgada pelo respectivo Tribunal ou haveria a separa o do processo (art. 80, CPP)?

6) Quem teria interesse e legitimidade para recorrer em nome da pessoa jurídica? Apenas aquele que foi interrogado ou qualquer membro do ente coletivo que se sentiu prejudicado com a sentença?

7) Se se tratar de uma infra o penal de menor potencial ofensivo, lavra-se o Termo Circunstanciado ou instaura-se o Inquérito Policial? Também nesta hipótese quem poderá em nome da empresa, fazer a composi o civil dos danos? E a transa o penal?

8) E na suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei 9.099/95) quem poderá aceitar a proposta do Ministério Público?

Evidentemente que são indagações cujas respostas não encontraremos no Código de Processo Penal. Valer-se de outros diplomas legais, como o Código de Processo Civil e mesmo a Consolidação das Leis do Trabalho, parece-nos um exercício hermenêutico de altíssimo risco, tendo em vista a especificidade de cada ramo do Direito.

É preciso atentar para a lição de ROGÉRIO LAURIA TUCCI quando afirma que o estudo do processo penal precisa ser “colocado e conduzido de modo completamente autônomo”; caso contrário, corremos o risco de “civilizar o processo penal”, pois, “já de há muito tempo, o processo penal não é mais a ‘Cinderela’ do Direito Processual, tal como o cognominou Carnelutti.” Diz ele que já é hora “de visualizar o Direito Processual Penal com ótica própria, conferindo-lhe a dignidade científica que faz por merecer!”<sup>[51]</sup>

Como uma possível solução, podemos apontar, por analogia, o art. 26 da Lei nº. 12.846/2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, **in verbis**: “A *pessoa jurídica será representada no processo administrativo na forma do seu estatuto ou contrato social. § 1º As sociedades sem personalidade jurídica serão representadas pela pessoa a quem couber a administração de seus bens. § 2º A pessoa jurídica estrangeira será representada pelo gerente, representante ou administrador de sua filial, agência ou sucursal aberta ou instalada no Brasil.*”

A respeito destas questões de natureza processual, em conversa informal com o Professor Cristiano Chaves de Farias, civilista baiano de escol[52], foram aventadas algumas questões, a saber:

1) E se o sócio representante da pessoa jurídica confessar, os outros poderão tentar elidir os efeitos da confissão? Entendo que não, pois aquele tinha poderes para confessar em nome da pessoa jurídica, inclusive, escolhido, presume-se, pela maioria dos sócios. Ele sequer teria legitimidade para apelar em caso de condenação, pois o réu é a pessoa jurídica e não um sócio individualmente considerado (art. 577, CPP).

2) Poder-se-ia admitir a desconsideração da personalidade jurídica (Código Civil, art. 50) se o sócio representante da empresa confessar indevidamente ou deixar de aceitar uma transação penal vantajosa para a pessoa jurídica, com base no abuso da personalidade jurídica (**disregard doctrine, disregard entity legal** ou **disregar theory**)? Aqui, entendo não ser aplicável o disposto no art. 50 do Código Civil ao processo penal, pois se trata de outra situação jurídica (James Goldschmidt); ademais, faltaria competência ao Juiz do processo criminal para aplicar tal dispositivo. No caso da transação penal, o sócio também não teria legitimidade para apelar (cfr. art. 76, c/c art. 82 da Lei 9.099/95). Já a sentença que homologa a composição civil é irrecorrível (art. 74, Lei 9.099/95), ressalvados, evidentemente, os embargos declaratórios (Barbosa Moreira e Calmon de Passos).

3) Se a empresa estiver em recuperação judicial, quem irá representá-la em juízo para todos os fins anteriormente problematizados

neste trabalho? Para mim, neste caso, será o administrador judicial, conforme art. 22 da Lei de Falências.

Concordo com o ilustrado Professor quando lembra *“que o Superior Tribunal de Justiça vem admitindo a responsabilização civil do sócio por excesso de poderes na representação de uma pessoa jurídica. Bem por isso, todos esses excessos comentados poderão ser resolvidos civilmente.”*

Outrossim, lembra Cristiano Chaves de Farias *“a teoria dos atos **ultra vires**, segundo a qual os atos praticados por um sócio (mesmo com excesso de poder) que despertam a confiança de um terceiro, geram responsabilidade para a empresa. Assim sendo, se houver celebração de transação penal ou composição civil dos danos pelo sócio, mesmo que havendo excesso de poder, a empresa responderá perante o interessado (Ministério Público ou particular), com direito regressivo contra o sócio que exacerbou.”*

Já podemos apontar na jurisprudência brasileira algum movimento contra a responsabilização penal da pessoa jurídica, nada obstante ainda ser um movimento incipiente. Assim, podemos citar:

*“Habeas Corpus – Pessoa Jurídica – Responsabilização Penal – Ato do representante. O art. 225, § 3.º da Constituição Federal e o art. 3.º da Lei 9.605/98 não autorizam a responsabilização penal da pessoa jurídica por ato próprio, mas, tão-somente, por ato de seu representante legal, contratual ou de seu órgão colegiado. Ordem concedida.”* (TJRS, HC 70018196808, 4.ª Câ. Crim., j. 08.03.2007, v.u., rel. Des. Gaspar Marques Batista).

Veja-se este trecho do voto:

“(…) A exemplo de outros julgados e rogando máxima vênia aos eminentes colegas da Câmara, persisto na tese da incapacidade da pessoa jurídica para operar ação delituosa, porquanto é o indivíduo o único sujeito ativo possível em Direito Penal. A Lei 9.605/98 traz uma norma de conteúdo anômalo, introduzindo no Direito Penal brasileiro, a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica, que deve ser condenada, em função da ação delituosa de seu representante. Inclusive, se o representante legal não for condenado, a pessoa jurídica não pode ser responsabilizada penalmente, porque aí não houve o cometimento da infração. Oportuno frisar que, em matéria de coautoria, adotamos a chamada teoria monista, existindo um crime e várias ações. Ocorre que a Lei 9.605/98, lavrada por ambientalistas e não por juristas, não trata de concurso de agentes, porque não há várias ações, mas somente uma – a ação do representante da pessoa jurídica. Também não se pode falar em participação, porque esta é uma ação acessória, secundária, apresentando, usualmente, apenamento menor. Portanto, não há codelinquência entre o representante e a pessoa jurídica, ocorrendo, na verdade, responsabilização penal indireta. Em decorrência do comportamento do representante legal, a pessoa jurídica é responsabilizada penalmente. Assim, o réu, figura do âmbito processual, deve corresponder a autor ou autores da ação delituosa, ou aqueles que concorrem de modo secundário para a realização da conduta ilícita. O art. 3.º da Lei 9.605/98 não contém expressões como ré ou parte no processo criminal, refere apenas que a pessoa jurídica pode ser

responsabilizada penalmente. De outra banda, questão pertinente diz respeito ao dolo, porque o fato, para ser típico, além de corresponder a todas as elementares da norma incriminadora, deve ser praticado com dolo, isto é, vontade dirigida à realização da conduta típica. Só é doloso o comportamento do autor da ação, não se concebendo dolos superpostos do representante e da pessoa jurídica representada, uma vez que a vontade do ente coletivo é externada pelo agir de seu representante. Nesse contexto, diante das ponderações *supra*, estou concedendo a Ordem para trancar a Ação Penal, em face da incapacidade penal ativa da pessoa jurídica. Por tais fundamentos, voto pela concessão do *writ*.”

“Responsabilidade penal da pessoa jurídica – Inconstitucionalidade do art. 3.º da Lei 9.605/98 – Ocorrência – Mostra-se inconstitucional o art. 3.º da Lei 9.605/98, no que toca à responsabilidade penal da pessoa jurídica. (...)” (TACrimSP, MS 349.440/8, 3.ª Câ., rel. Fábio Gouvêa, *RJTACrim* 48/3682).

“Crime contra o meio ambiente – Denúncia ofertada contra pessoa jurídica – Ente que não pode ser responsabilizado pela prática de crime – Ausência de vontade própria – Recurso provido. A pessoa jurídica, porque desprovida de vontade própria, sendo mero instrumento de seus sócios ou prepostos, não pode figurar como sujeito ativo de crime, pois a responsabilidade objetiva não está prevista na legislação penal vigente (ReCrim 03.003801-9, j. 01.04.2003, rel. Maurílio Moreira Leite). (...) 1. Preliminarmente, é necessária a análise da possibilidade de aplicação de sanções penais às pessoas jurídicas. Nos países filiados à cultura romano-germânica vige o princípio *societas delinquere non*



*potest*, o que significa dizer que é inadmissível responsabilizar-se penalmente as pessoas jurídicas, restando a previsão de sanções administrativas ou civis. De outro lado, nos países anglo-saxões e naqueles que receberam suas influências, vigora o princípio da *common law*, que admite a responsabilidade penal da pessoa jurídica. No Brasil, a Constituição de 1988 admitiu a responsabilidade penal da pessoa jurídica quando tratou da responsabilização por delitos contra a ordem econômica (art. 173, § 5.º) e de crimes contra o meio ambiente (225, § 3.º), a seguir transcritos: 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. (...) § 5.º 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. 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. (...) § 3.º 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. Nicolao Dino de Castro e Costa Neto, Ney de Barros Bello Filho e Flávio Dino de Castro e Costa sustentam que ‘a maioria da doutrina brasileira é assente

em afirmar que a Constituição de 1988 introduziu no ordenamento jurídico o princípio da responsabilidade penal da pessoa jurídica, rompendo com o célebre brocardo latino *societas delinquere non potest*. Entre os constitucionalistas, José Afonso da Silva reconhece o avanço do texto normativo e comunga com a fixação da responsabilidade dos entes morais todas as vezes que houver agressão, quer à ordem econômica, quer ao meio ambiente. Igualmente, Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins concordam em seus Comentários à Constituição do Brasil que o Texto Maior reconheceu a responsabilidade criminal da pessoa jurídica. (..) Igualmente, Sérgio Salomão Shecaira sustenta que, 'não obstante existirem opiniões contrárias – de juristas de nomeada – , a nosso juízo não há dúvida de que a Constituição estabeleceu a responsabilidade penal da pessoa jurídica' (Crimes e Infrações Administrativas Ambientais, 2.ª ed., Brasília Jurídica, 2001, p. 51). Entre os doutrinadores contrários à responsabilização das pessoas jurídicas, estão René Ariel Dotti e Luiz Vicente Cernicchiaro. Para o primeiro, haveria violação aos princípios da isonomia, personalidade e humanização das sanções, porque, a partir da identificação da pessoa jurídica como autora responsável, os partícipes, ou seja, os instigadores ou cúmplices, poderiam ser beneficiados com o relaxamento dos trabalhos de investigação. Além disso, quando a Constituição Federal trata da aplicação da pena, refere-se sempre à conduta humana. Para ele, 'o texto constitucional deve ser compreendido com a possibilidade tanto da pessoa natural como da pessoa jurídica de responderem civil e administrativamente. Porém, a responsabilidade penal continua sendo de natureza e de caráter

estritamente pessoal’ (René Ariel Dotti, Meio Ambiente e Proteção Penal. Rio de Janeiro: Revista Forense, v. 317, p. 200). Luiz Vicente Cernicchiaro, por sua vez, ensina que, face à inexistência de vontade própria, torna-se inviável aplicar os princípios da responsabilidade pessoal e da culpabilidade (norteadores do Direito Penal moderno) às pessoas jurídicas, pois são atributos inerentes às pessoas físicas (vide Direito Penal na Constituição, 3ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995), razão pela qual a pessoa jurídica não pode ser responsabilizada penalmente. Neste sentido, este egrégio Tribunal de Justiça já decidiu: ‘Crime ambiental – Denúncia nos termos do art. 3.º da Lei 9.605/98 rejeitada em relação à pessoa jurídica – Prosseguimento quanto à pessoa física responsável – Recurso da acusação pleiteando o reconhecimento da responsabilidade penal da pessoa jurídica – Ausência de precedentes jurisprudenciais – Orientação doutrinária – Observância dos princípios da pessoalidade da pena e da irresponsabilidade criminal da pessoa jurídica vigentes no ordenamento jurídico pátrio – Recurso desprovido’ (ReCrim 00.004656-6, de Descanso, rel. Juiz Torres Marques, j. 12.09.2000). Também: ‘Apelação criminal – Artigo 54 da Lei 9.605/98 – Denúncia oferecida contra pessoa jurídica – Impossibilidade de a pessoa jurídica figurar no polo passivo da ação penal – Recurso provido para excluí-la da relação processual’ (ApCrim 02.011726-4, de Itajaí, rel. Des. Maurílio Moreira Leite, j. 25.02.2003). E, deste relator: ‘Ação penal – Crime contra o meio ambiente – Rejeição da denúncia – Responsabilidade penal da pessoa jurídica – Impossibilidade – Precedente deste tribunal – Recurso ministerial não provido’ (ReCrim 02.023129-6, de Videira, j. 18.02.2003).

Dessarte, de tudo o que aqui ficou dito, portanto, e, data vênua do entendimento contrário do colendo Superior Tribunal de Justiça, conclui-se que o instituto da responsabilidade penal da pessoa jurídica não pode ser introduzido no sistema brasileiro sem que este, especificamente, passe por uma adaptação, pois está solidamente alicerçado em postulados que não o admitem. Isto não significa dizer que as pessoas coletivas não devam sofrer punição pelos atos assim considerados delituosos no exercício de suas atividades. Devem ser punidas, sim, mormente em nosso tempo, onde os novos tipos de criminalidade surgem, onde as vítimas não são, no mais das vezes, determinadas, mas, sim, determináveis. Porém, os meios sancionatórios não devem estar previstos, necessariamente, na esfera penal, pois o Direito Penal atua sempre como *ultima ratio*, o que não é desejável na solução desses conflitos de massa provocados pelas pessoas coletivas. Para isso, mais eficaz e efetivo seria um Direito Administrativo Sancionador, a par de outras sanções civis cumuláveis, conforme a gravidade do caso. A solução, assim, é a rejeição da denúncia no tocante a C. C. G. Ltda., nos termos do art. 43, inc. III, primeira parte, do Código de Processo Penal.[artigo revogado pela Lei 11.719/2008]” (TJSC, ApCrim 2006.015166-6, rel. Des. Irineu João da Silva).

O Supremo Tribunal Federal irá analisar, no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 473045, a responsabilização penal de pessoa jurídica. Esse recurso foi interposto pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina (MP-SC) contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (TJ-SC), que manteve o entendimento de que a

responsabilização penal da pessoa jurídica não está prevista nos princípios penais extraídos da Constituição Federal. O relator do caso é o ministro Cezar Peluso. O MP-SC denunciou a empresa A.P.V.V. Ltda. e seu proprietário pela suposta prática dos crimes de poluição por lançamento de resíduos sólidos, líquidos ou gasosos, ou detritos, óleos ou substâncias oleosas, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou regulamentos. A empresa foi denunciada, também, pela realização de obras sem licença ou autorização dos órgãos ambientais competentes (arts. 54, § 2.º, V, e 60 da Lei 9.605/98). A Justiça de Videira, município de Santa Catarina, recebeu a denúncia apenas em relação ao proprietário da empresa, rejeitando-a em relação ao autoposto, por entender que a responsabilização penal da pessoa jurídica não está respaldada pelos princípios penais da Constituição Federal. Dessa decisão, o MP recorreu ao TJ, que a manteve. No Recurso Extraordinário, interposto pelo MP-SC, foi apontado descumprimento do art. 225, § 3.º, da Constituição Federal, quando prevê que as condutas prejudiciais ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas. O Ministério Público ressaltou a possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica em crime ambiental, com a observância de princípios penais constitucionais assim como do princípio da proteção ao meio ambiente. Fonte: STF.

Comentando uma decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região 8.ª T. – AP 0010064-78.2005.404.7200 j. 21.08.2012 (public. 12.09.2012 Cadastro IBCCRIM 2830 e que admitiu a Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica), Davi de Paiva Costa Tangerino, anotou o seguinte: “*Cuida-se de ação penal deflagrada contra*

*P.R.F. e sua empregadora P.P.C. pela alegada prática de pesca de manjuba mediante rede de lance em local proibido (interior da Baía Sul, em Palhoça), em desacordo com a Portaria Sudepe 466/72 (art. 34 da Lei 9.605/1998). Como já contasse com mais de 70 anos o acusado P.R.F. quando da audiência de instrução e julgamento, constatada a prescrição, extinguiu-se a punibilidade do referido delito. Ao cabo da instrução, sobreveio sentença julgando extinta a ação penal, sem resolução do mérito (art. 267, IV, do CPC, por analogia), eis que não se poderia prosseguir na persecução penal, dada a teoria da dupla imputação, apenas contra a pessoa jurídica. Em sede de apelação, o Tribunal Regional Federal da 4.ª Região cassou a decisão, determinando a confecção de outra, afastado aquele fundamento legal. Segundo o Desembargador Relator, estar-se-ia diante de hard case (invocando Dworkin e Alexy), cuja solução “não prescinde de uma releitura dos fundamentos da responsabilidade penal das pessoas jurídicas e reconstrução da jurisprudência até então dominante a partir da teoria dos sistemas autopoieticos” (Luhmann) “e dos princípios constitucionais que regem a proteção do ambiente”. Desde logo, fixa ser um pressuposto do acórdão que as sociedades podem cometer delitos, expungido o aforismo *societas delinquere non potest*. Invoca o mandado constitucional de criminalização dos crimes contra o meio ambiente, de onde decorreria que “ao hermeneuta/aplicador do direito [cabe] criar o sentido na norma que esteja adaptado a esse princípio, e não o contrário, da regra ao princípio”. O sentido adviria da proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbot*) (Feldens/Sarlet), de sorte que, reconhecida a dignidade constitucional do meio ambiente, mais do que mero direito*

*subjetivo, não se poderia olvidar da dimensão objetiva como imperativos de tutela, “que exigem igualmente a atuação ativa do Estado, protegendo – e assim fomentando – a realização efetiva dos direitos fundamentais mediante prescrições”. Parte-se, então, à análise dogmático-penal: a culpabilidade, conceito a demandar “releitura compreensiva [...] para acomodar as práticas delitivas perpetradas pelas pessoas jurídicas”. A principal dimensão a revisitar-se seria a de categorias dogmáticas tradicionais, como aquelas “que consideram o homem como único centro de imputação de condutas reprováveis”. Aponta a contribuição Tiedemann (defeito de organização), Hirsch (culpabilidade corporativa), criticando-as por serem modelos de responsabilidade por ato de terceiro (vicariante). Com base em Silvina Bacigalupo sustenta que o sujeito “não é uma questão óbvia, porém requer uma determinação conceitual que depende do ponto de partida hermenêutico e pré-jurídico sem o qual não é possível nenhuma construção dogmática”, concluindo, com Jara-Díez, que aos olhos do Direito tanto pessoas físicas como jurídicas são pessoas jurídicas. Para diferenciá-las quanto à sujeição ao Direito Penal, o autor espanhol sustenta um conceito construtivista de culpabilidade, próprio para sistemas autopoieticos, um tertium genus entre as teorias organicistas e as de responsabilidade vicária: “o novo marco dos sistemas sociais não se compõe de ações individuais, mas de comunicações imputáveis como ações, de forma que o sujeito tradicional do delito, ‘o indivíduo, é suplantado pelo sistema e suas comunicações com o mundo circundante’” (BACIGALUPO, Silvina. El problema del sujeto del derecho penal: la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Revista Ibero-Americana de Ciências Penais. v.1, n.1, set./dez.*



2000. p. 307). *A comunicação interna corporis da pessoa jurídica seria um complexo concatenado de decisões (Jara-Díez). De toda sorte, tratar-se-ia de aplicar o funcionalismo normativista, giro conceitual calcado no pensamento de Jakobs, “para o qual, em apertadíssima síntese, ‘o direito penal (como subsistema social) tem a função primordial de proteger a norma (e só indiretamente tutelaria os bens jurídicos mais fundamentais)’ [...]”. Com a devida vênua, o funcionalismo sistêmico, na particular leitura da Jakobs e de seus discípulos (Jara-Díez e Bacigalupo) estão fora de lugar na discussão na dupla imputação. Em primeiro lugar, o *questio juris* que interessa à resolução do caso é: extinta a punibilidade da pessoa física, pode-se incriminar a jurídica? Longe de ser um *hard case*, os precedentes pretorianos que firmaram os contornos da responsabilidade penal da pessoa jurídica inseriram a “dupla imputação” como decorrência lógica da impossibilidade de a pessoa jurídica agir por ela mesma. Assim, não se pode acusar (imputar) uma pessoa jurídica sem dizer qual a pessoa física que lhe permitiu agir. O mesmo não vale para a imposição de sanção: tendo sido acusadas pessoa jurídica e pessoa física, respeitou-se o critério de dupla imputação, não se contaminando esse requisito por eventual prescrição. O acórdão, em verdade, faz uma defesa da responsabilidade penal da pessoa jurídica, com argumentos sólidos e importantes. Despiciendos, porém, para a resolução da *quaestio*. Ao fazê-lo, todavia, abre espaço para que os críticos também se posicionem quanto a esse libelo. Discordo, desde logo, de seu ponto de partida: o Direito Penal não pode ter por missão garantir a validade das normas, conforme consolidada crítica às posições de Jakobs, sob pena de esvaziar-se de garantias o Direito Penal e*

*transformá-lo em puro arbítrio estatal. Da mesma maneira, a atraente aplicação da proporcionalidade ao Direito Penal ignora (ou dá muito pouco importância) a uma variável decisiva: a vedação de Untermassverbot não pode ser confundida com um mandato de incriminação. Não há nenhuma demonstração de qualquer natureza de que um direito fundamental é fomentado ou protegido por meio do Direito Penal. Assim, a sinonímia “proteger” = “incriminar” é uma falácia (confira-se O direito penal ambiental e normas administrativas, de Helena Regina Lobo da Costa, Boletim do IBCCRIM, n. 155, p. 18-19, out. 2005). Registre-se que não se trata de se opor a uma culpabilidade das pessoas jurídicas (confira-se, a propósito, meu A responsabilidade penal da pessoa jurídica para além da velha questão de sua constitucionalidade, Boletim do IBCCRIM, n. 218). Antes, porém, de se desnaturar uma garantia constitucional em nome da incriminação da mera violação à norma, verdadeiro Direito Penal máximo, mister se lembrar de que se entende como Direito Penal democrático a tutela de bens jurídicos fundamentais (fragmentariedade + ultima ratio), com observância da legalidade, da ofensividade, da culpabilidade e da humanidade. Como nomear um Direito Penal efficientista, sem bens jurídicos (norma não é bem) e sem culpabilidade?” (Boletim do IBCCrim, Ano 21, nº. 243 – Fevereiro de 2013 – ISSN – 3661, p. 1630).*

Diante do exposto, à luz da doutrina estrangeira e brasileira, concluímos que, efetivamente, não estamos autorizados pela Constituição Federal a processar criminalmente um ente coletivo.

Sem nenhuma dúvida, como nota DAVID BAIGÚN, “son muchas las razones que históricamente se suman en contra de la recepción de la

responsabilidad penal de las personas jurídicas; no sólo en el ámbito normativo sino también en el sociológico y político.”[53]

Tampouco se presta o Código de Processo Penal para disciplinar o procedimento da respectiva ação penal e esta lacuna não pode (e não deve) ser suprida por normas estranhas ao objeto do Direito Processual Penal. É chegada a hora de afastarmos (doutrina e jurisprudência pátrias) definitivamente o art. 3.º da Lei dos Crimes Ambientais, responsabilizando criminalmente os indivíduos supostamente autores de delitos ambientais, deixando para a pessoa jurídica apenas sanções extrapenais.

Para RENÉ GARRAUD, jurista da França, berço, na Europa, da responsabilidade penal da pessoa jurídica, “é evidente que não se pode pensar em declarar as *universitatis bonoum* penalmente responsáveis”, pois “as pessoas morais são bem menos pessoas que meios ou instrumentos de que se servem as pessoas verdadeiras.” Afirma o jurista francês que “a responsabilidade penal ou coletiva do ser moral é uma ficção; o que é verdadeira é a responsabilidade individual de cada um dos seus membros.” Adverte GARRAUD que “o Direito Criminal não admite ficções porque acima das ficções vivem e agem os indivíduos, e é sobre eles somente que recai a incidência da pena.” Assim, conclui o mestre: “de duas coisas uma com efeito: ou todos os membros da corporação cometem o delito, e todos devem ser atingidos por uma pena distinta e proporcional à culpabilidade de cada um; ou alguns dentre eles somente estão culpados, e se é justo puni-los, seria injusto punir os membros da corporação que ao fato foram estranhos.”[54]

A propósito, vale a pena transcrever, apesar de longo, o artigo de Paulo César Busato e Alex Wilson Duarte Ferreira ("Projeto de Código Penal em Debate - Imputação da pessoa jurídica no projeto do novo CP"), publicado no Boletim - 269 – ABRIL/2015 do INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS:

*"O presente artigo trata da tentativa equivocada de delimitação da atribuição da responsabilidade criminal da pessoa jurídica, inserta no art. 41 e seus parágrafos do Projeto do novo Código Penal. Extrai-se do dispositivo legal que restou nebulosa a opção do texto final do projeto sobre a escolha entre autorresponsabilidade ou heterorresponsabilidade. A falta de adoção clara acerca de um dos modelos é insatisfatória, vez que a heterorresponsabilidade, tanto em viés dogmático quanto político-criminal, remete constantemente a soluções injustas. Já a autorresponsabilidade, apesar da necessidade de análise de critérios muito específicos como a ação e a culpabilidade, é reconhecida pela doutrina como a modalidade mais adequada. Não fosse só isso, o caput do art. 41 traz diversas restrições à delimitação da responsabilidade penal da pessoa jurídica. Dele se evidencia que não são todas as pessoas jurídicas que podem arcar com responsabilidade criminal, apenas as de direito privado e ainda, somente aquelas cujas condutas delitivas sejam praticadas em desfavor da Administração Pública, da ordem econômica, do sistema financeiro e do meio ambiente. E ainda, a punição só incidiria quando a infração se perfectibilizasse em função de decisão de seu representante legal ou contratual, ou do seu órgão colegiado. Por fim, a prática delituosa da pessoa jurídica só seria passível de sanção se verificado que se deu no interesse ou em benefício*

*da sua entidade. O modelo adotado vem na contramão das atuais e importantes transformações por que passa o sistema penal no mundo no tocante à imputação das pessoas jurídicas, notadamente os Códigos Penais dos países organizados conforme o Civil Law, com destaque para o Código Penal francês de 1992 e países como Holanda, Bélgica e Dinamarca, o Código Penal Suíço de 2003, a Islândia e a Noruega. A ausência de efetividade da responsabilização da pessoa jurídica no texto legal ora tratado em virtude das exceções retrorreferidas culmina em desequilíbrio evidente do sistema geral de atribuição de responsabilidade entre as pessoas físicas e jurídicas, configurando mera responsabilização simbólica. A limitação da responsabilidade penal às pessoas jurídicas de direito privado redundando na imediata exclusão de pessoas jurídicas de direito público e na escolha de imputação pela identidade formal da pessoa jurídica. Entretanto, é sabido que, assim como se evidencia quanto à pessoa física e ao funcionário público, se a pessoa jurídica de direito público é capaz de praticar um crime, a empresa pública também o é, questão que poderia ser resolvida mediante a adoção de previsão de delitos especiais ou próprios, como se logrou fazer quanto às pessoas físicas no atual Código Penal. Apesar do entendimento doutrinário parcial referente à possibilidade de eventual dupla vitimização da sociedade com a responsabilização criminal da pessoa jurídica, parece-nos mais adequado efetuar a imputação também ao agente público pelo menos por duas razões de ordem criminológica: muitos dos fatos mais graves perpetrados por pessoas jurídicas envolvem organismos públicos e o castigo a qualquer ente público – mesmo o funcionário pessoa física – provoca um prejuízo, ao menos momentâneo, à coletividade e isso jamais*

*obstou sua penalização. Seria mais lógico e correto, portanto, ter-se adotado previsão de crimes especiais ou próprios atribuíveis às pessoas jurídicas de direito público, principalmente por se tratarem daquelas que deveriam servir de ícones de condutas exemplares. Outrossim, a definição da responsabilidade penal das pessoas jurídicas sob a ótica formal determina a adoção do conceito previsto no Código Civil, abrindo espaço para a atuação ilícita por parte de empresas não dotadas de personalidade jurídica prevista na legislação pátria, como as estrangeiras que aqui atuam, por exemplo, ou ainda as que atuam de maneira informal, fato impeditivo da sua formalização jurídica. Logo, a seletividade da opção legislativa quanto às pessoas jurídicas desagua em evidente Direito Penal de autor. O projeto traz também uma restrição *ratione materiae*, pois admite a incriminação das pessoas jurídicas por crimes praticados contra a Administração Pública, a ordem econômica, o sistema financeiro e o meio ambiente. Na exposição de motivos do projeto consta que a comissão se utilizou do rol inserto no art. 225, § 3.º e, indiretamente, do art. 173, § 5.º, ambos da Constituição Federal, ao qual acresceram a incriminação referente aos delitos em desfavor da Administração Pública. A menção ao texto constitucional, porém, não se reveste do pretense embasamento para o rol incluído no projeto e muito menos para referendar o ilusório acréscimo dos delitos praticados contra a Administração Pública. Aliás, acaba por configurar exatamente o contrário, pois restringe a responsabilidade penal das pessoas jurídicas. Por conseguinte, bastaria às pessoas jurídicas que direcionassem as suas atuações criminosas para a obtenção de resultados diversos dos contidos no texto de lei, ou que suas defesas se valessem de*



*argumento no sentido da não realização da conduta como aflitiva dos bens jurídicos apontados no projeto de reforma, para que se isentasse da correta imputação. E mais, a falta de responsabilização das pessoas jurídicas pelas condutas não previstas na legislação de forma expressa pode redundar na consumação de práticas com consequências ainda mais depreciativas e passíveis de total inviabilidade de imputação das pessoas jurídicas mediante o reconhecimento da consumação, como, por exemplo, em um caso de poluição praticado por pessoa jurídica (art. 54 da Lei 9.605, de 12.02.1998) que resulte em diversas mortes. Neste caso, seria mais vantajoso à pessoa jurídica alegar a ocorrência de homicídios mediante o emprego da poluição como meio de consumação das mortes. Obviamente, nem todos os delitos podem ser praticados pelas pessoas jurídicas. Todavia, é suficiente que o Código mencione a responsabilização destas como sendo os crimes realizados por elas, deixando a conceituação desta realização para os operadores do direito que não o legislador (hermeneutas, intérpretes e juristas). Poder-se-ia também indicar a responsabilidade individual das pessoas jurídicas, independentemente das pessoas físicas que são suas gerentes, dirigentes ou componentes, pela consumação dos crimes compatíveis com a sua natureza e capacidade de realização, igualmente deixando-se o trabalho de delimitação em aberto, abrangendo-se assim as possibilidades atuais e futuras de consumação delitiva. No que tange à necessidade para a responsabilização da pessoa jurídica de que o delito tenha sido praticado “por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado”, esta se mostra desnecessária e pouco acertada. Desnecessária se realmente pretende um sistema de*



*autorresponsabilidade. Neste, a responsabilidade penal da pessoa jurídica existe de forma desvinculada das decisões eventualmente tomadas pelo seu representante legal ou contratual. E este, por sua vez, conta com responsabilidade pessoal independente quanto a qualquer contribuição à prática do crime, o que se aplica também aos representantes do órgão colegiado, que responderão na medida das suas contribuições à consumação delituosa. A previsão se mostra pouco acertada no aspecto dogmático, pois há flagrante distorção da responsabilidade penal no dispositivo legal, se considerarmos que o delito se perfectibiliza pela vontade. Há no projeto a presunção de que a decisão norteadora da vontade da ação realizadora do crime pertence aos sócios ou representantes da pessoa jurídica, redundando no isolamento da hipótese de que esta conta com vontade diferente daqueles. Dessa forma, não seria a vontade da pessoa jurídica que se realizaria e também não é ela que produz fisicamente o resultado. Não havendo, portanto, produção de resultado no aspecto ontológico e nem em relação à expressão da vontade pela pessoa jurídica, vez que não tomou a decisão, ela se torna em mero instrumento do delito. A prática delitiva capaz de gerar a responsabilidade penal na qualidade de autor oriunda do domínio da vontade seria o caso de autoria mediata. Entretanto, seria necessário que se admitisse que a pessoa jurídica utilizada como instrumento não conta com vontade própria, fato que resultaria na inviabilidade de imputação da condição de autor à pessoa jurídica em qualquer modalidade. Logo, extirpar a vontade da pessoa jurídica com a manutenção da ideia de decisão acerca do delito pertencente ao seu representante legal ou contratual significa imputar erroneamente*

*responsabilidade penal objetiva. Contrariamente, se a decisão estampasse a vontade da pessoa jurídica, afastando a das pessoas físicas componentes do colegiado de onde se originou, tornar-se-ia impossível atribuir juridicamente o resultado aos dirigentes. Assim, considerando-se o dispositivo como regulador de uma decisão plasmada em uma ação, seria o caso de atribuição de responsabilidade por fato de outrem, o que realmente conduz a uma violação básica do princípio da culpabilidade. O art. 41 do Projeto restringe ainda mais a responsabilidade penal das pessoas jurídicas ao exigir, para reconhecê-la, que o delito seja praticado em benefício ou no interesse dela. Não se define, precisamente, o que quer dizer o interesse ou benefício da entidade. É um resultado específico derivado do crime perpetrado ou um especial fim de agir exigido para a configuração de cada crime das pessoas jurídicas? Nos dois casos, a exigência não faz sentido. Como resultado específico do delito, trata-se de exigir um exaurimento para o reconhecimento de uma consumação, já que um resultado desvalioso para quaisquer vítimas pode ser produzido sem correspondente benefício para a pessoa jurídica, como, por exemplo, a poluição. Trata-se de uma opção pelo pior, pois justamente o crime que a ninguém beneficia, apenas prejudica a vítima ou as vítimas, não alcançará também a pessoa jurídica, restringindo-se às pessoas físicas. Como um especial fim de agir exigível nos tipos perpetrados por pessoas jurídicas, o propósito de benefício faz menos sentido ainda, pois passaria a dever ser demonstrado caso a caso, criando uma limitação de ordem subjetiva para a definição do autor e não do fato! Naturalmente, isso conduz a uma distinção da imputação conforme o autor, vale dizer, a um direito penal de autor, permitindo a incrível situação em uma*

*hipotética situação de concurso de pessoas físicas e jurídicas, que o mesmo fato criminoso existiu para as primeiras e não existiu para as segundas! O § 1.º do art. 41 propõe a absoluta independência entre a responsabilização de pessoas físicas que atuam em concurso com a pessoa jurídica, pretendendo fazer crer que se adota um modelo de autorresponsabilidade. A opção seria louvável e correta, afinal, a heterorresponsabilidade, que sempre contou com certa acolhida em nossa jurisprudência, derivada de um inesgotável ranço finalista, consiste em clara violação do princípio de culpabilidade, onde se atribui a alguém culpa alheia. Por outro lado, a ilusão oferecida pelo § 1.º logo se desvanece, pois, cotejada a disposição com o texto do caput, fica evidenciada uma contradição: neste se afirma a dependência da responsabilidade da pessoa jurídica de uma decisão de seu representante, dirigente ou órgão colegiado e naquele que as responsabilidades de pessoas físicas e jurídicas são independentes. Ora, resulta óbvio que se a decisão que se plasma na realização criminosa é dos dirigentes, dela depende a responsabilidade das pessoas jurídicas, pelo que, não há independência e, se há independência, não se pode condicionar a realização do crime por pessoa jurídica à decisão de quem quer que seja. Para compatibilizar as disposições é necessário admitir que a decisão dos representantes não foi a realizada concretamente no fato. O problema é que, assim, a decisão referida passa à condição de cogitatio ou, quando muito, ato preparatório, em ambos os casos, completamente impune e, portanto, dispensável e perde sentido o texto do caput. Na verdade, o que se percebe é que o projeto vende uma ideia de autorresponsabilidade que, no fundo, não propõe e parece sequer saber*

*como fazê-lo. Outra questão é a referência a que as pessoas físicas podem ser autoras, coautoras ou partícipes do mesmo fato praticado pelas pessoas jurídicas. Ora, se for uma situação de coautoria, de uma divisão de tarefas em domínio funcional do fato ou se a pessoa física é um partícipe da conduta realizada pela pessoa jurídica, não há qualquer problema, mas com relação às formas de participação de pessoa jurídica parece-nos que a instigação e especialmente a indução resultam extremamente problemáticas. Finalmente, cumpre referir ao § 3.º do art. 41. O início do texto repete de forma literal o art. 38, que regula o concurso de pessoas e, com isso, torna-se completamente inútil e redundante. O final do texto aponta para um elenco de pessoas, a saber, o diretor, o administrador, o membro de conselho e de órgão técnico, o auditor, o gerente, o preposto ou mandatário, colocando-os todos em uma inusitada e equivocada posição de garantidor. Cria-se uma presunção de responsabilidade em razão do cargo, porque determina que qualquer destas pessoas que tome conhecimento de uma conduta criminosa de outrem esteja obrigada a impedi-la, se tem condições de atuar para evitá-la. Se o crime é cometido por outra pessoa – não se especifica sequer se estamos falando de pessoa jurídica ou física – as pessoas em questão se convertem automaticamente em garantes da evitação do resultado, desde que tenham condições de agir nesse sentido. O texto simplesmente converte as pessoas indicadas em partícipes obrigatórios do fato de outrem, independentemente de qualquer vínculo subjetivo, em nova violação do princípio de culpabilidade. O equívoco está em tratar do tema aqui no plano específico da responsabilidade de pessoas jurídicas. É mais que óbvio que, sistematicamente, a questão da responsabilidade como*

*garante – em comissão por omissão – deve estar ajustada às regras gerais do Código. Enfim, parece claro que o projeto pretende inaugurar a responsabilidade penal de pessoas jurídicas, mas o desenho adotado pelo texto aponta para defeitos gravíssimos: restringe onde não deveria restringir a responsabilidade das pessoas jurídicas, distende onde não deveria distender, criando responsabilidades por fatos de outrem, discrimina segundo critérios de um direito penal de autor que, ao final, segue privilegiando justamente o que se propõe castigar: as condutas delitivas das corporações. Sobre o castigo, aliás, seria necessário também uma crítica às previsões do projeto, a qual reservamos para uma próxima ocasião."*

Por fim, transcrevemos uma parábola feita por EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, em conferência realizada no Brasil, no Guarujá, no dia 16 de setembro de 2001:

“O açougueiro era um homem que tinha uma loja de carnes, com facas, facões e todas essas coisas necessárias para o seu comércio. Um certo dia, alguém fez uma brincadeira e pôs vários cartazes de outras empresas na porta do açougue, onde se lia: ‘Banco do Brasil’, ‘Agência de Viagens’, ‘Consultório Médico’, ‘Farmácia’. O açougueiro, então, começou a ser visitado por outros fregueses que lhe pediam pacotes turísticos para a Nova Zelândia, queriam depositar dinheiro em uma conta, queixavam-se de dor de estômago, etc. O açougueiro, sensatamente, respondia: ‘Não sei, sou um simples açougueiro. Você tem que ir para um outro lugar, consultar outras pessoas’. E os fregueses, então, se enojavam: ‘Como é que você está oferecendo um

serviço, têm cartazes em sua loja que oferecem algo e depois não presta o serviço oferecido?`. Então, o açougueiro começou a enlouquecer e a pensar que realmente ele era capaz de vender pacotes para a Nova Zelândia, fazer o trabalho de um bancário, resolver problemas de estômago, etc. E, mais tarde, tornando-se ainda mais louco, e começou a fazer todas aquelas coisas que ele não podia e não tinha capacidade para fazer, e os clientes acabavam com buracos no estômago, outros perdendo todas as suas economias, etc. Mas, se os fregueses também ficassem loucos e passassem novamente a procurá-lo e a repetir as mesmas coisas, o açougueiro acabaria realmente convencido que tinha a responsabilidade de resolver tudo.” Concluiu, então, o Mestre portenho e Juiz da Suprema Corte Argentina: “Bem, eu acho que isto aconteceu e continua acontecendo com o penalista. Colocam-nos responsabilidade em tudo.” (Tradução livre).<sup>[55]</sup>

#### NOTAS:

<sup>[1]</sup> *Curso de Direito Civil*, – Parte Geral, vol. I, São Paulo: Saraiva, 32.ª ed., 1994, p. 100.

<sup>[2]</sup> *Lições Preliminares de Direito*, São Paulo: Saraiva, 19.ª ed., 1991, p. 229.

<sup>[3]</sup> *Tratado de Derecho Penal*, Buenos Aires: EDIAR, 1981, vol. III, p. 55/57.

<sup>[4]</sup> *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 190, tradução de Luís Greco.

<sup>[5]</sup> *Teoria Geral do Delito*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 15, tradução de Juarez Tavares e Luiz Regis Prado.

[6] *Obras Completas I, Derecho Penal – Parte General*, São Paulo: Ed. RT, 2007, p. 439/442/443, grifo no original.

[7] *Tratado de Derecho Penal*, vol. I, Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955, p. 165/169.

[8] *Direito Penal – Parte Geral*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1976, p. 17/21/23, tradução de Juarez Tavares.

[9] *Introdução aos Fundamentos do Direito Penal*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005, p. 288, tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva.

[10] *Direito Penal*, vol. I, São Paulo: Ed. RT, 1966, p. 275/277/278, tradução de Paulo José da Costa Júnior e Alberto Silva Franco.

[11] *Direito Penal – Parte Geral*, São Paulo: Saraiva, 1964, p. 132/133, tradução de Paulo José da Costa Júnior.

[12] *Derecho Penal – Parte General*, Madrid: Editorial Civitas, 1978, p. 227/228.

[13] *Curso de Direito Penal – Parte Geral*, Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 302.

[14] *Direito Penal*, vol. I – Parte Geral, Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 293/303.

[15] *Curso de Direito Penal Brasileiro*, vol. I, São Paulo: Ed. RT, 2008, 8ª. ed., p. 421.

[16] *Direito Penal da Negligência*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2ª. ed., 2003, p. 206.

[17] *A Moderna Teoria do Fato Punível*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2ª. ed., 2002, p. 31, grifo nosso.



[18] *Teoria Elementar do Direito Criminal – Parte Geral*, Rio de Janeiro: Edição do Autor, 1990, p. 160, grifo no original.

[19] *Lições de Direito Penal – A Nova Parte Geral*, Rio de Janeiro: Forense, 9ª. ed., 1985, p. 152.

[20] *Tratado de Direito Penal, Parte Geral*, vol. I, São Paulo: Saraiva, 2008, 13ª. ed., p. 230.

[21] GONZALO RODRIGUEZ MOURULLO, ob. cit., p. 227/228.

[22] *Dogmática Jurídico-Penal*, Caracas: Editorial Artes Gráficas, 1947, p. 117.

[23] Ob. cit., p. 132/133.

[24] *Direito Penal*, Campinas: Editora Romana, 2003, p. 220, tradução de Afonso Celso Rezende.

[25] Ob. cit., p. 15.

[26] Ob. cit., p. 230.

[27] Ob. cit., p. 160.

[28] Ob. cit., p. 421.

[29] *Direito Penal*, vol. I, São Paulo: Saraiva, 1988, p. 110.

[30] Ob. cit., p. 110.

[31] Ob. cit., p. 227/228.

[32] Ob. cit., p. 275/277/278.

[33] Ob. cit., p. 17/21/23.

[34] A Preservação do Ambiente através do Direito Penal, Revista Brasileira de Ciências Criminais 22. A esse respeito conferir JESUS-MARIA SILVA SANCHEZ, Política Criminal Moderna? Consideraciones a

partir del ejemplo de los delitos urbanísticos en el nuevo Código penal español, Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 23.

[35] Hassemer e o Direito Penal Brasileiro – Direito de Intervenção, Sanção Penal e Administrativa. IBCCrim, 2013, Monografia Vencedora do 17º. Concurso de Monografias de Ciências. A esse respeito conferir JESUS-MARIA SILVA SANCHEZ, Política Criminal Moderna? Consideraciones a partir del ejemplo de los delitos urbanísticos en el nuevo Código penal español, Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 23.

[36] Ob. cit., p. 275/277/278.

[37] Ob. cit., p. 55/57.

[38] Ob. cit., p. 15.

[39] Ob. cit., p. 439/442/443.

[40] Comentários à Constituição de 1988, Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 1993, vol. VIII, p. 4028/4030, com grifo no original.

[41] Ob. cit., p. 4039/4044.

[42] Idem, p. 4040.

[43] Idem, p. 4045, grifo no original.

[44] Comentários à Constituição do Brasil, São Paulo: Saraiva, 1998, vol. VIII, p. 925.

[45] STJ, rel. Min. Ademar Maciel, DJU 03.04.1995, p. 8.149.

[46] *Lições Preliminares de Direito*, São Paulo: Saraiva, 19.<sup>a</sup> ed., 1991, p. 114.

[47] Como ensina GILBERTO THUMS, “não basta que existam leis com vigência, é necessário que sejam válidas e somente possuem validade as leis que se harmonizam com os princípios fundamentais da

Constituição. (...) Portanto, todas as normas infraconstitucionais que não correspondem, quanto ao seu conteúdo, aos princípios constitucionais, embora formalmente vigentes (validade formal), seriam materialmente inconstitucionais, *podendo o juiz negar sua aplicação.*” (*Sistemas Processuais Penais*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 172, com grifo nosso).

[48] *Principios Constitucionales de Derecho Penal*, Buenos Aires: Editorial Hamurabi, 1999, p. 232.

[49] *Derecho y Razón – Teoria del Garantismo Penal*, Madri: Editorial Trotta S.A., 3.<sup>a</sup> ed., 1998, p. 874.

[50] A Incapacidade Criminal da Pessoa Jurídica, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, V. 11, p. 199.

[51] *Teoria do Direito Processual Penal*, São Paulo: Ed. RT, 2003, p. 53 a 55.

**[52] Autor do excelente Curso de Direito Civil, publicado pela Editora Jus Podivm: Salvador, já na 10<sup>a</sup>. edição (em coautoria com Nelson Rosenvald).**

[53] *La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, Buenos Aires: Depalma, 2000, p. 3.

[54] *Compêndio de Direito Criminal*, vol. I, Campinas/SP: LZN Editora, 2003, p. 84, tradução de Ricardo Rodrigues Gama.

[55] “*El canicero es un señor que está en una carnicería, con la carne, con un cuchillo y todas esas cosas. Si alguien le hiciera una broma al canicero y robase carteles de otros comercios que dijeran: ‘Banco de Brasil’, ‘Agencia de viajes’, ‘Médico’, ‘Farmacia’, y los pegara junto a la puerta de la carnicería; el canicero comenzaría a ser visitado por los*

*feligreses, quienes le pedirían pasajes a Nueva Zelanda, intentarían dejar dinero en una cuenta, le consultarían: 'tengo dolor de estómago, que puede hacer?'. Y el carnicero sensatamente respondería: 'no sé, yo soy carnicero. Tiene que ir a otro comercio, a otro lugar, consultar a otras personas'. Y los feligreses se enojarían: 'Cómo puede ser que usted está ofreciendo un servicio, tiene carteles que ofrecen algo, y después de no presta el servicio que dice?'. Entonces tendríamos que pensar que el carnicero se iría volviendo loco y empezaría a pensar que él tiene condiciones para vender pasajes a Nueva Zelanda, hacer el trabajo de un banco, resolver los problemas de dolor de estómago. Y puede pasar que se vuelva totalmente loco y comience a tratar de hacer todas esas cosas que no puede hacer, y el cliente termine con el estómago agujereado, el otro pierda el dinero, etc. Pero si los feligreses también se volvieran locos y volvieran a repetir las mismas cosas, volvieran al carnicero; el carnicero se vería confirmado en ese rol de incumbencia totalitaria de resolver todo." Conclui, então, o mestre portenho: "Bueno, yo creo que eso pasó y sigue pasando con el penalista. Tenemos incumbencia en todo."*

## BEM DE FAMÍLIA LEGAL E OS CRÉDITOS DOS TRABALHADORES DOMÉSTICOS

**ROGÉRIO FALEIRO MACHADO:** Advogado e servidor público federal. Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela UFRJ. Especialista em Direito Processual Civil pelo Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP.

**Resumo:** Artigo de pesquisa nos campos do direito civil e constitucional, cujo objeto é a análise da constitucionalidade da recente alteração legislativa promovida pela Lei Complementar n. 150, de 1.º de junho de 2015, que afastou a possibilidade de penhora do bem de família legal para garantia dos créditos de trabalhadores da própria residência e das respectivas contribuições previdenciárias. Por meio da pesquisa dogmática, com a investigação bibliográfica e jurisprudencial, sistematizou-se a doutrina jurídica e a evolução da jurisprudência. O estudo realizado possibilitou chegar à conclusão de que o artigo 46 da Lei Complementar n. 150/2015, ao revogar o inciso I do artigo 3.º da Lei n. 8.009, de 29 de março de 1990, não violou a Constituição, em especial por estar em consonância com o direito fundamental social à moradia e as modernas teorias do mínimo existencial e do patrimônio mínimo.

**Palavras-chave:** Bem de família, moradia, mínimo existencial, patrimônio mínimo, ponderação, princípios.

---

### INTRODUÇÃO

Em 2 de junho de 2015, foi publicada no Diário Oficial da União a Lei Complementar n.º 150, que dispõe sobre o contrato de trabalho doméstico, promove alterações em textos legais, e dá outras providências. Em seu artigo 46, o texto normativo em tela expressamente revoga o inciso I do artigo 3.º da Lei n. 8.009, de 29 de março de 1990, que tinha a seguinte redação:

Lei n. 8.009/90. Art. 3º A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido:

I - em razão dos créditos de trabalhadores da própria residência e das respectivas contribuições previdenciárias; (Revogado pela Lei Complementar nº 150, de 2015)

Verifica-se, portanto, que o legislador decidiu por reforçar a garantia da impenhorabilidade do bem de família, excluindo uma das hipóteses de exceção àquela. Nesse contexto, é possível que surjam opiniões pugnano a inconstitucionalidade material da Lei Complementar n.º 150, sob a alegação de que ela estaria a dificultar o direito dos trabalhadores à percepção dos salários, o que iria de encontro à valorização do trabalho humano (artigo 170, *caput*, da Constituição Federal<sup>[1]</sup>).

Todavia, entendemos que o diploma normativo em testilha não violou a Constituição, mas, ao contrário, valorizou e ampliou a eficácia de

um de seus direitos fundamentais mais paradigmáticos: o direito à moradia.

No presente artigo, busca-se analisar, em brevíssimas linhas, o bem de família e o direito à moradia, sob o enfoque dos conceitos jurídicos abertos do mínimo existencial e da dignidade da pessoa humana, com o objetivo de, ao final, e mediante o cotejo da evolução histórica de tal instituto, chegar à conclusão de que o reforço da garantia do bem de família legal é medida salutar e que visa a assegurar ao indivíduo ou entidade familiar um *plus* de proteção do bem imóvel utilizado para a moradia, desde que único.

### **1 BEM DE FAMÍLIA LEGAL**

A lei n. 8.009, de 29 de março de 1990, instituiu o bem de família legal no ordenamento pátrio. O objetivo do Congresso Nacional era claro: proteger o imóvel utilizado para moradia pela entidade familiar da execução de dívidas contraídas pelo casal. Com isso, eventuais períodos de desestabilização financeira momentâneos do casal não acarretariam a perda de seu local de moradia.

Em seu artigo 1.º, o legislador tentou conceituar o bem de família legal, conforme se percebe de sua redação que segue abaixo transcrita:

Art. 1.º. O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou



filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei.

Da leitura do dispositivo acima colacionado, extrai-se que o Parlamento brasileiro conferiu ao imóvel residencial próprio a prerrogativa da impenhorabilidade, criando verdadeira exceção legal à regra de que os bens do devedor garantem as suas obrigações (artigo 591 do Código de Processo Civil[2]).

O instituto é conhecido como bem de família legal, posto que decorre diretamente da lei, não exigindo a adoção de qualquer providência por parte de seu titular para que o bem goze de tal prerrogativa. Em outras palavras, a proteção é automática, independentemente de qualquer inscrição voluntária no registro de imóveis ou outra serventia notarial. Maximiza-se, desta forma, a sua eficácia, de molde a dar ênfase considerável ao direito fundamental de moradia.

A norma, portanto, é de ordem pública, razão pela qual pode ser reconhecida pelo julgador de ofício, ainda que o devedor não a tenha alegado no processo de execução.

Ademais, reafirmando o caráter cogente da Lei n. 8.009/90, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que o bem de família legal é irrenunciável, de forma que o seu oferecimento à penhora não torna o bem passível de constrição[3], principalmente se no imóvel residem outros integrantes da entidade familiar a que pertence o devedor. Veja interessante manifestação do Tribunal:

- Se a proteção do bem visa atender à família, e não apenas ao devedor, deve-se concluir que este não poderá, por ato processual individual e isolado, renunciar à proteção, outorgada por lei em norma de ordem pública, a toda a entidade familiar. (REsp 526.460/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 08/10/2003, DJ 18/10/2004, p. 184)

Ainda que o devedor se omita no processo de execução, os demais integrantes da entidade familiar têm legitimidade para apresentar embargos de terceiro, a fim de desconstituir penhora incidente sobre o imóvel no qual residem, pertencente a seus genitores, porquanto integrantes da entidade familiar a que visa proteger a Lei nº 8.009/90, existindo interesse em assegurar a habitação da família diante da omissão dos titulares do bem de família[4].

A se proceder a uma análise meramente literal do artigo 1.º da Lei n. 8.009, seria possível que o intérprete chegasse à conclusão de que a proteção legal compreenderia tão somente o imóvel residencial próprio do casal ou da entidade familiar.

Contudo, a doutrina e a jurisprudência, com o passar do tempo, aperfeiçoaram o conceito de bem de família legal, expandindo-lhe o significado.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça assentou que o conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas[5]. E não

podia ser diferente, tendo em vista que a principal finalidade do bem de família legal sempre foi a de garantia da subsistência digna da entidade familiar, mediante a garantia de impenhorabilidade do imóvel utilizado para a moradia.

No dizer de Tartuce, o bem de família legal é direito que protege tanto a família quanto a pessoa humana[6].

A moderna doutrina especializada em direito de família[7] prega pela impossibilidade de tratamento desigual às entidades familiares existentes no meio social. O artigo 226 da Constituição Federal, portanto, é mera norma exemplificativa de inclusão, e não de exclusão. Todas as espécies de família, nesse sentido, são beneficiárias da proteção legal instituída pela Lei n. 8.009/90.

Sobre o assunto, vale à pena transcrever julgado do Tribunal da Cidadania sobre o assunto:

PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO. PENHORA. BEM DE FAMÍLIA. SEPARAÇÃO DO CASAL POSTERIOR. PENHORA INCIDENTE SOBRE IMÓVEL QUE O EX-MARIDO VEIO A RESIDIR. EXCLUSÃO. MÁ-FÉ NÃO DEMONSTRADA. RECURSO IMPROVIDO. 1. A impenhorabilidade do bem de família, prevista no art. 1º, da Lei n.º 8.009/90, visa resguardar não somente o casal, mas a própria entidade familiar. 2. A entidade familiar, deduzido dos arts. 1º da Lei 8.009/90 e 226, § 4º da CF/88, agasalha, segundo a aplicação da interpretação teleológica, a pessoa

que, como na hipótese, é separada e vive sozinha, devendo o manto da impenhorabilidade, dessarte, proteger os bens móveis guarnecedores de sua residência. Precedente: (REsp 205170/SP, DJ 07.02.2000). 3. Com efeito, no caso de separação dos cônjuges, a entidade familiar, para efeitos de impenhorabilidade de bem, não se extingue, ao revés, surge uma duplicidade da entidade, composta pelos ex-cônjuges varão e virago. 4. Deveras, ainda que já tenha sido beneficiado o devedor, com a exclusão da penhora sobre bem que acabou por incorporar ao patrimônio do ex-cônjuge, não lhe retira o direito de invocar a proteção legal quando um novo lar é constituído. 5. A circunstância de bem de família tem demonstração *juris tantum*, competindo ao credor a prova em contrário. (...). (REsp 859.937/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 04/12/2007, DJ 28/02/2008, p. 74) (grifei)

Assente-se que a preocupação do Superior Tribunal de Justiça com a garantia do direito à moradia é de tal monta que aquela Corte firmou o entendimento de que é “impenhorável o único imóvel residencial do devedor que esteja locado a terceiros, desde que a renda obtida com a locação seja revertida para a subsistência ou a moradia da sua família”[8], por gerar frutos que possibilitam à família constituir

moradia em outro bem alugado ou mesmo para garantir a sua subsistência<sup>[9]</sup>.

Desta forma, para o Tribunal da Cidadania, pouco importa que a entidade familiar esteja residindo no imóvel ou não. O que se revela fundamental para a incidência ou não da Lei n. 8.009/90 é que a renda obtida com o aluguel desse único imóvel seja utilizada para arcar com a subsistência da entidade familiar. Assegura-se, mediante interpretação teleológica, o direito à moradia. Pela relevância do julgado, transcreve-se abaixo:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL MOVIDA EM FACE DE BEM SERVIL À RESIDÊNCIA DA FAMÍLIA. IMÓVEL LOCADO. RATIO ESSENDI DA LEI Nº 8.009/90. SÚMULA 7 - STJ. 1. A lei deve ser aplicada tendo em vista os fins sociais a que ela se destina. Sob esse enfoque a impenhorabilidade do bem de família, prevista na Lei 8.009/80, visa a preservar o devedor do constrangimento do despejo que o relegue ao desabrigo. 2. Aplicação principiológica do direito infraconstitucional à luz dos valores eleitos como superiores pela constituição federal que autoriza a impenhorabilidade de bem pertencente à devedor, mas que encontra-se locado a terceiro. 3. Não se constitui em condicionante imperiosa, para que se

defina o imóvel como bem de família, que o grupo familiar que o possui como única propriedade, nele esteja residindo. Precedentes (...). 4. Extraí-se das razões do recurso que o teor da matéria discutida nos autos demanda evidente análise probatória, vedada nesta instância especial pela Súmula 7 do STJ. 5. Agravo Regimental a que se nega provimento. (AgRg no Ag 902.919/PE, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/06/2008, DJe 19/06/2008) (grifei)

Em que pese a preocupação da jurisprudência em estender o benefício da impenhorabilidade a todas as pessoas que dela necessitam, independentemente do estado civil ou do fato de residirem com algum parente ou não, deve-se atentar que a proteção legal tem sua razão de ser na exata medida em que se revela necessária a se resguardar o direito de moradia. Não se presta, dessarte, para a proteção de outro patrimônio do devedor que não tenha direta e imediata relação com o seu direito de moradia, tendo em vista que o direito subjetivo de crédito do credor também deve ser protegido pela ordem jurídica, nos termos do que estabelece o Código de Processo Civil[10].

Diante disso, a vaga de garagem que possui matrícula própria no registro de imóveis não constitui bem de família para efeito de penhora[11], visto que se trata de unidade autônoma, que não integra o imóvel residencial do devedor e nem lhe é acessório, para o efeito do artigo 1.º da Lei n. 8.009/90.

Tendo em vista os motivos que levaram o legislador a instituir o bem de família legal, percebe-se que ele se relaciona intimamente com o sobreprincípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1.º, inciso III da Constituição Federal) e o seu decorrente direito fundamental de moradia, inserido expressamente no texto constitucional<sup>[12]</sup> pela Emenda Constitucional de n. 26, de 2000.

Quando de sua publicação, houve intenso debate sobre a possibilidade ou não de a Lei n. 8.009/90 possuir efeitos retroativos. Após certo tempo, a jurisprudência não tardou a consolidar o entendimento de que referido texto legal incidia nos processos em curso, desconstituindo penhoras efetivadas antes de sua vigência<sup>[13]</sup>, desde que, é claro, o bem não tivesse sido alienado, sem que isso pudesse ser tido por ofensa a ato jurídico perfeito ou à coisa julgada<sup>[14]</sup>. O Superior Tribunal de Justiça aprovou, então, o Enunciado 205, com o seguinte teor: “A lei 8.009/90 aplica-se a penhora realizada antes de sua vigência”. A preocupação em dar efetividade aos comandos da lei era tal que a Corte adotou o entendimento da retroatividade motivada ou justificada, em razão do caráter cogente das normas<sup>[15]</sup>.

### **1.1 Exceções à garantia da impenhorabilidade**

Não obstante a relevância da garantia da impenhorabilidade do único bem imóvel utilizado para moradia pelo ente familiar ou indivíduo, deve-se ter em mente que inexistem direitos absolutos em nosso ordenamento jurídico. Desta forma, o próprio legislador ordinário previu, no texto da Lei n. 8.009/90, as hipóteses em que a garantia seria



excepcionada. Segue, abaixo, o texto do artigo 3.º do diploma legal em questão, *antes da publicação da Lei Complementar n. 150*:

Art. 3º A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido:

I - em razão dos créditos de trabalhadores da própria residência e das respectivas contribuições previdenciárias;

II - pelo titular do crédito decorrente do financiamento destinado à construção ou à aquisição do imóvel, no limite dos créditos e acréscimos constituídos em função do respectivo contrato;

III -- pelo credor de pensão alimentícia;

IV - para cobrança de impostos, predial ou territorial, taxas e contribuições devidas em função do imóvel familiar;

V - para execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar;

VI - por ter sido adquirido com produto de crime ou para execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens.

VII - por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação.

As hipóteses acima elencadas consistem nas situações em que o legislador achou por bem preservar o direito subjetivo dos credores, em detrimento do direito à moradia do devedor. A análise das razões de cada uma das exceções fugiria ao objetivo do presente artigo. O que se deve ter em mente é que a Lei Complementar n.º 150 expressamente revogou o inciso I do artigo 3.º da Lei n. 8.009/90, reforçando, então, a impenhorabilidade do bem de família legal. Passa-se a analisar a decisão legislativa, em indissociável cotejo com o direito à moradia e o princípio da dignidade da pessoa humana.

## **2 O DIREITO À MORADIA**

O direito à moradia, desde os tempos iniciais, traduz uma das necessidades básicas do homem, constituindo-se em um requisito indispensável para uma vida plena.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, promulgada pela Resolução 217 A (III) da Assembleia-Geral das Nações Unidas, em Paris, no dia 10 de dezembro de 1948, mesma data em que confirmada pelo Brasil, previu, em seu artigo XXV, item 1, a moradia como condição indispensável para uma vida completa<sup>[16]</sup>, ainda que tenha utilizado o termo “habitação” para se referir a tal direito. Segue a transcrição do dispositivo:

Artigo XXV. Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação,

vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle. (sem grifo no original)

A Constituição Federal de 1988, em seu texto original, não previa expressamente o direito à moradia. Todavia, a doutrina já entendia que ele era garantido pela Lei Maior, ainda que de forma indireta. A base para essa interpretação era o artigo 7.º, inciso IV, que estabelecia que o salário mínimo deveria ser capaz de atender às necessidades vitais básicas dos trabalhadores e de suas famílias, incluindo-se aí os custos com a moradia. Segue a redação do dispositivo constitucional:

CF. Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim; (sem grifo no original)

Havia — e ainda há — também outra previsão, ainda que indireta, ao direito à moradia no texto originário da Constituição Federal. O artigo 4.º, inciso II, prevê que a República Federativa do Brasil deve se reger, nas relações internacionais, pelo princípio da prevalência dos direitos humanos. E o direito à moradia, nos termos do que reconhece abalizada doutrina, integra o rol de direitos humanos reconhecidos e previstos em convenções e tratados internacionais, dado o seu caráter universal e a sua estreita ligação com a dignidade da pessoa<sup>[17]</sup>.

Percebe-se, portanto, que não obstante a falta de previsão expressa como direito fundamental e social, a moradia já tinha sido motivo de preocupação do constituinte originário, certamente em razão de sua intrínseca relação com a dignidade da pessoa, o que lhe garantia envergadura constitucional.

Com efeito, em 14 de fevereiro de 2000, o legislador constituinte derivado reformador brasileiro aprovou a Emenda Constitucional n.º 26, que alterou a redação do *caput* do artigo 6.º da Constituição Federal para expressamente inserir, dentre os direitos sociais, o direito à moradia.

A intenção do legislador era evidente: prestigiar de forma inequívoca o direito universal à moradia, de forma a não deixar dúvida da relevância do tema para sociedade brasileira.

Loreci Gottschalk Nolasco define o direito à moradia como sendo a posse exclusiva de um lugar onde se tenha um amparo, com o intuito de resguardo da intimidade e da promoção de condições para o desenvolvimento das práticas básicas da vida. É, portanto, um lugar de

sobrevivência do indivíduo; o abrigo e o amparo para si próprio e seus familiares[18].

O direito de moradia é direito social de acesso, consagrado pelo só fato de a pessoa existir, e possui natureza prestacional, o que significa dizer que sua aplicabilidade plena está condicionada à intervenção do Poder Público e à realização de políticas públicas que garantam não só a imediatividade desse direito, como também sua eficácia[19].

Para Sérgio Sérulo da Cunha, o direito à moradia “integra o direito à subsistência, que é expressão mínima do direito à vida”. Merecem destaque as palavras do autor:

Mas, antes do direito a morar, vem o direito de simplesmente estar: ninguém subsiste sem ser em algum lugar. O direito de deslocar-se (art. 5.º - LXVIII da Constituição Brasileira de 1988) e o direito de ter casa — asilo inviolável do indivíduo (art. 5.º - XI), resguardo da sua intimidade (art. 5.º- X) — decorrem do direito de estar: o de ocupar um espaço, indissociável da existência física[20].

Diante dos conceitos acima, extrai-se que a moradia é o lugar assegurado constitucionalmente para o desenvolvimento e exercício dos direitos da personalidade. Daí a preocupação do legislador em inseri-lo expressamente no texto constitucional. Chega-se, pois, à conclusão de que o direito à moradia é direito inerente a todo ser humano, possuindo intrínseca relação com o mínimo existencial e com o metaprincípio da dignidade da pessoa humana.

### 3 O MÍNIMO EXISTENCIAL

Relativamente ao mínimo existencial, os primeiros estudos sobre o tema remontam ao período do pós-Guerra, com o jurista alemão Otto Bachof, que sustentava a possibilidade de reconhecimento de um direito subjetivo à garantia prestacional de recursos mínimos necessários a uma vida digna. Tendo por base o artigo 1.º da Lei Fundamental da Alemanha, Bachof, no início dos anos 1950, considerava que o princípio da dignidade da pessoa humana lá previsto não deveria garantir tão somente a liberdade, mas também uma mínima parcela de segurança social, visto que a ausência de recursos materiais para uma vida digna implicaria o sacrifício da própria dignidade da pessoa humana. Não por outro motivo, conforme aduzem Sarlet e Figueiredo, o direito à vida e integridade corporal, previstos na Lei Fundamental alemã em seu artigo 2.º, não poderia ser concebido, na lição do publicista alemão, como mera proibição de destruição da existência, “isto é, como direito de defesa, impondo, ao revés, também uma postura ativa no sentido de garantir a vida”[\[21\]](#).

Ricardo Lobo Torres define o mínimo existencial nos seguintes termos:

Mínimo existencial não tem dicção constitucional própria. Deve-se procurá-lo na ideia de liberdade, nos princípios constitucionais da igualdade, do devido processo legal, da livre iniciativa e da dignidade do homem, na Declaração

dos Direitos Humanos e nas imunidades e privilégios do cidadão[22].

Mais adiante, o mesmo autor assevera que o mínimo existencial deveria combater a pobreza absoluta, na medida em que a pobreza relativa, que teria relação com causas de produção econômica ou redistribuição de bens, seria minorada de acordo com as possibilidades sociais e orçamentárias do Estado (reserva do possível).

Nas palavras de Canotilho, “todos têm um direito fundamental a um núcleo básico de direitos sociais”[23]. Em outras palavras, o que o conhecido doutrinador português quer dizer é que há um limite mínimo de direitos sociais que devem ser observados pelo Estado e pelos cidadãos para que o homem possa sobreviver com dignidade. É o que se estabeleceu chamar de mínimo existencial.

Para Robert Alexy, os direitos sociais fundamentais mínimos consistem em uma prestação jurídica jusfundamentalmente garantida[24]. Eles têm natureza, portanto, de direitos subjetivos vinculantes e definitivos[25]. Não há como o Estado se descuidar de seu dever jurídico de promovê-los.

Ainda conforme a lição de Ricardo Lobo Torres, o Estado, além de não poder interferir nas condições mínimas de existência humana digna, tem o dever jurídico de realizar prestações positivas. O mínimo existencial deve ser procurado na “ideia de liberdade, nos princípios constitucionais da igualdade, do devido processo legal, da livre iniciativa e da dignidade do homem, na Declaração dos Direitos Humanos e nas imunidades e privilégios do cidadão”[26]. Ione Maria Domingues de



Castro acrescenta que o “mínimo existencial abrange qualquer direito (ainda que originariamente não fundamental) considerado em sua dimensão essencial e inalienável”[\[27\]](#).

O tema do mínimo existencial possui profunda ligação com a teoria do patrimônio mínimo, da lavra do Ministro Luis Edson Fachin, para quem o ordenamento jurídico deve garantir a cada ser humano um mínimo de patrimônio, para que possa viver com dignidade. Nas palavras do ministro:

Em certa medida, a elevação protetiva conferida pela Constituição à propriedade privada pode, também, comportar tutela do patrimônio mínimo, vale dizer, sendo regra de base desse sistema a garantia ao direito de propriedade, não é incoerente, pois, que nele se garanta um mínimo patrimonial. Sob o estatuto da propriedade, agasalha-se, também, a defesa dos bens indispensáveis à subsistência. Sendo a opção eleita assegurá-lo, a congruência sistemática não permite abolir os meios que, na titularidade, podem garantir a subsistência[\[28\]](#).

Chega-se, portanto, à conclusão de que o mínimo existencial, em brevíssimas palavras, poderia ser entendido como um conjunto de prestações materiais indispensáveis à garantia de uma vida digna e que constituem o núcleo essencial dos direitos fundamentais. Sarlet e Figueiredo ainda asseveram que tal núcleo seria “blindado contra toda e

qualquer intervenção por parte do Estado e da sociedade”[29]. A doutrina é quase uníssona em relacionar o mínimo existencial à dignidade humana. O equilíbrio está muito além da mera manutenção da existência, a dignidade humana exige uma vida a ser vivida em sua plenitude de corpo e mente[30].

Nesse sentido, é inequívoco que o bem de família legal, como instituto de prestígio do direito à moradia, possui papel de destaque na garantia de um padrão mínimo de dignidade ao indivíduo, o que contribui para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil[31].

#### **4 O DIREITO À PERCEPÇÃO DE SALÁRIO DOS TRABALHADORES**

Primeiramente, há que se registrar que no presente trabalho não é feita distinção entre salário e remuneração, visto que isso fugiria ao tema ora proposto, não obstante a diferenciação legal estabelecida pelo artigo 457 da CLT[32] e pela doutrina trabalhista[33].

Diante da consideração *supra*, pode-se conceituar o salário como sendo a soma dos valores percebidos pelo trabalhador a título de contraprestação pela força de trabalho colocada à disposição do empregador.

O salário é utilizado pelo trabalhador para sustentar a si próprio e a sua família. É com o salário, portanto, que o trabalhador busca levar uma vida digna, mediante o custeio de suas necessidades básicas vitais, tais como alimentação, vestuário, saúde, diversão e moradia. No dizer de Maurício Godinho Delgado, “independentemente das aptidões, talentos

e virtudes individualizadas, cabe às pessoas humanas acesso a utilidades essenciais existentes na comunidade”[34].

Desta feita, a garantia da percepção, pelo trabalhador, da contrapartida salarial devida em razão do oferecimento de sua força laboral ao empregador possui íntima ligação com o metaprincípio da dignidade da pessoa humana, que se constitui, nunca é demais lembrar, no núcleo essencial dos direitos fundamentais, por ser a “fonte ética que confere unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema dos direitos fundamentais”[35].

Em consequência, a natureza alimentar do salário salta aos olhos, sendo expressamente reconhecida pela Constituição Federal, em seu artigo 100, § 1.º-A[36], com a redação dada pela EC n.º 62/09.

Um dos corolários do reconhecimento da natureza alimentar do salário é a sua impenhorabilidade prevista no CPC[37], que tem como fundamento a proteção da própria vida do trabalhador. Objetiva-se, desta forma, concretizar a dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, afirmam Gomes e Gottschalk:

O caráter alimentar do salário é, talvez, o seu mais incisivo traço em face das demais retribuições próprias dos denominados contratos de atividade. O salário do empregado é, antes de tudo, destinado ao seu próprio sustento e ao da família. Com as energias despendidas no trabalho obtém os meios de vida e de subsistência, única fonte de renda e de manutenção a que pode aspirar[38].

Não é por outro motivo que a Constituição Federal elencou expressamente como direito do trabalhador urbano ou rural a garantia de recebimento de salário[39].

Nos dizeres de Fábio Monteiro de Oliveira, a efetividade do direito ao crédito do trabalhador é “medida que se impõe em conformidade aos princípios da dignidade da pessoa humana, do valor social do trabalho e do direito constitucional à ordem jurídica justa”[40].

Para Delgado, a valorização do trabalho se constitui em princípio cardeal da ordem constitucional brasileira, sendo certo que a essencialidade do trabalho é reconhecida na Constituição Federal como um dos mais importantes instrumentos de afirmação do ser humano, seja no que concerne à sua própria individualidade, seja no tocante à sua inserção familiar e social. No entendimento do autor, “o trabalho assume o caráter de ser o mais relevante meio garantidor de um mínimo de poder social à grande massa da população, que é destituída de riqueza”[41]. A necessidade de trabalho, então, origina-se da falta de riqueza ou de modos alternativos de subsistência, o que faz com que o indivíduo tenha de buscar por um trabalho, não por opção, mas por necessidade para a sua sobrevivência[42].

Surgem, portanto, alguns questionamentos? Seria possível, em alguma hipótese específica, a relativização do direito fundamental do trabalhador ao crédito para que outro direito, de igual envergadura constitucional e fundamental, possa preponderar? Caso possível, tal relativização feriria o mínimo existencial? Em eventual e aparente

conflito, o direito do trabalhador ao crédito cederia ao direito à moradia? Tais questões serão tratadas a seguir.

## 5 CONFLITO ENTRE PRINCÍPIOS

Princípios são, na lição de Robert Alexy, “mandados de otimização, que estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus, sendo que a medida devida de seu cumprimento não só depende das possibilidades reais como também jurídicas”[\[43\]](#).

É por essa razão que os princípios não contêm mandamentos definitivos. O fato de certo princípio preponderar para um caso específico não significa, necessariamente, que tal resultado seja definitivo. Nesse sentido, merecem registro as palavras de Ione Maria Domingues de Castro:

Os princípios fornecem razões que podem ser afastadas por razões opostas. O princípio não determina como se resolve entre uma razão e a razão oposta. Por isso se diz que os princípios carecem de um conteúdo de determinação com relação aos princípios contrapostos e às possibilidades fáticas. Na verdade, eles constituem razões para juízos concretos do dever-ser[\[44\]](#).

Para Alexy, o surgimento de conflito aparente entre princípios em um caso concreto deve ser solucionado por meio da ponderação, que, por sua vez, é concretizada por intermédio da aplicação do princípio

da proporcionalidade[45]. Quando eventualmente dois princípios colidem, um deles precede o outro em razão das circunstâncias concretas. Na hipótese de alteração de tais circunstâncias, essa relação de prevalência pode se inverter. Não é por outro motivo que se costuma afirmar que os princípios, no caso concreto, têm pesos distintos, sendo certo que o que se afigurar como de maior peso deve preponderar[46]. A colisão de princípios, então, ocorre na dimensão de peso.

Se é verdade que não há como se definir, *a priori* e em abstrato, qual norma principiológica deve prevalecer, sendo necessária a análise do caso concreto para se chegar ao princípio preponderante para aquela determinada circunstância, verifica-se que especificamente na hipótese em comento, de aparente choque entre os direitos à moradia e à percepção de retribuição pecuniária pela trabalho (dignidade do trabalho), o legislador entendeu que o direito fundamental de cunho social à moradia deveria preponderar, muito provavelmente em razão de sua íntima ligação com a dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial.

A escolha do Parlamento brasileiro pode até ser debatida. Todavia, não se pode olvidar que ela foi tomada dentro do legítimo campo discricionário de atuação reservado ao Poder Legislativo pela Constituição Federal. Seus representantes, detentores de mandato eletivo, realizaram a escolha de acordo com as regras do jogo democrático, no legítimo exercício de definição das políticas públicas que cabe à Casa das Leis.

De outra mão, mesmo os estudiosos do Direito do Trabalho reconhecem que nas hipóteses em que o devedor trabalhista não dispõe de recursos suficientes a sua própria subsistência, a efetividade do direito ao crédito do trabalho poderá ser relativizada no escopo de se chegar à solução que melhor atenda aos fins sociais, mediante a ponderação de interesses[47].

Merecem destaque as palavras de Oliveira:

No entanto, o intérprete não poderá olvidar a necessidade de ser preservado um núcleo essencial do outro direito fundamental em jogo, pertencente ao devedor, como conteúdo mínimo protegido de qualquer restrição. Assim, deverá impor “compreensões” recíprocas sobre os interesses protegidos pelos princípios em disputa, objetivando lograr um ponto onde a restrição a cada interesse seja a mínima indispensável à convivência com o outro. Logo, deverá valer-se dos subprincípios da proporcionalidade, a fim de que possa alcançar a concordância prática entre os interesses colidentes[48].

De nossa parte, entendemos que o direito de moradia garante ao indivíduo um local onde ele possa exercer em sua plenitude os direitos da personalidade. A moradia consiste, em outras palavras, em verdadeira fortaleza para seu morador. O Brasil, como Estado Democrático de Direito, não pode se afastar de um de seus principais objetivos: garantir



e promover ao indivíduo o gozo de seus direitos da personalidade e a preservação de um verdadeiro mínimo existencial que o possibilite viver com dignidade.

Ademais, não haveria, realmente, na situação em estudo, um conflito entre o direito à moradia e o direito ao crédito proveniente do trabalho, haja vista que este permanece íntegro, pois que o seu credor poderá exercitar o direito de ação para buscar o reconhecimento jurisdicional e posterior pagamento das verbas salariais.

A peculiaridade da nova lei, então, refere-se unicamente à impossibilidade de penhora do único bem imóvel do devedor trabalhista — ou previdenciário relacionado a tais créditos — utilizado para a sua moradia, o que, conforme raciocínio desenvolvido no trabalho, coaduna-se com o direito fundamental à moradia e com os ideais de mínimo existencial e patrimônio mínimo, em verdadeira reafirmação legislativa do movimento de despatrimonialização do direito civil.

### **CONCLUSÃO**

Conforme todo o exposto, o Congresso Nacional, ao revogar a possibilidade de penhora do bem de família para o pagamento de dívidas relacionadas a empregados domésticos e as respectivas contribuições previdenciárias, deu importante passo para consolidar, ainda mais, o caráter fundamental do direito à moradia, impedindo a sua relativização quando em confronto com dívidas de trabalhadores, ainda que domésticos.

Essa é uma importante diretriz que deve ser levada em consideração pelos operadores do direito. Ressalva-se que não se está a

dizer aqui que o Parlamento teria a prerrogativa de estabelecer, abstrata e antecipadamente, uma escala de preferência entre direitos fundamentais tão caros à sociedade brasileira. Tal conclusão poderia inclusive configurar uma afronta ao Princípio da Separação dos Poderes, na medida em que a interpretação das normas jurídicas cabe precipuamente ao Judiciário. O que se deve ter em mente é que o legislador estaria atento a uma das grandes demandas da população nos dias hodiernos, que é a casa própria, não no sentido de adquiri-la, mas sim na acepção de permanecer com ela, em total sintonia com a ideia de patrimônio mínimo de Fachin.

No raciocínio do legislador, o ônus de desalojar uma família de seu único bem imóvel não compensa o bônus de se garantir o pagamento da contraprestação dos serviços prestados pelos trabalhadores domésticos. Até mesmo porque eventual momento de dificuldade financeira experimentado por uma família pode desaparecer em curto espaço de tempo — com a consequente quitação dos débitos. Todavia, os graves efeitos sociais resultantes da penhora e alienação do bem utilizado pela entidade familiar para moradia se perpetuariam por longo período, o que contribuiria para desestabilizar ainda mais o corpo social.

E nem há que se alegar que o direito dos trabalhadores domésticos de ser remunerado teria sido desprestigiado pela novel legislação, pois o que passou a ser vedado, doravante, foi tão somente a penhora do bem de família. Os demais bens e valores dos devedores das prestações trabalhistas e previdenciárias continuam respondendo por

seus débitos, em consonância com o artigo 591 do Código de Processo Civil e a legislação específica.

Não se pode olvidar, ainda, do que dispõe o artigo 2.º da Lei n. 8.009/90: “Excluem-se da impenhorabilidade os veículos de transporte, obras de arte e adornos suntuosos”. A lei se preocupa, com isso, em garantir o direito de moradia do indivíduo ou entidade familiar nos exatos limites de sua necessidade, afastando a garantia de impenhorabilidade de bens móveis não essenciais à configuração de uma existência digna.

Desta feita, o credor trabalhista e previdenciário continuará a poder direcionar a execução para outros bens imóveis do devedor, tal qual eventual vaga de garagem com matrícula autônoma no registro de imóveis, nos termos do enunciado sumular 449 do Superior Tribunal de Justiça, ou mesmo para bens móveis que não integrem o conceito legal de bem de família (artigo 2.º, parágrafo único da Lei n. 8.009/90<sup>[49]</sup>).

De todo modo, conforme já assinalado anteriormente, o Poder Legislativo exerceu sua competência constitucional nos exatos termos do procedimento estabelecido pelo texto da Lei Maior, mediante a escolha das ações que devem, em sua visão, priorizar as políticas públicas dos governantes na atual conjuntura brasileira, tudo dentro das regras do jogo democrático.

Consoante posicionamento consolidado do Pretório Excelso, inexistem direitos ou princípios absolutos<sup>[50]</sup>. O princípio da convivência das liberdades públicas estabelece exatamente isso: quando, no julgamento do caso concreto, dois princípios aparentemente se

colidirem, o intérprete deverá reduzir o alcance de um deles, de maneira que o outro preponderará naquela situação específica. Isso não significa que em outra situação, o princípio que ora teve o seu alcance reduzido não poderá prevalecer.

No tocante à jurisprudência, constatou-se que o Superior Tribunal de Justiça, desde a edição da Lei n. 8.009/90, sempre procurou ampliar ao máximo o âmbito de aplicação da proteção por ela consagrada, seja em seu aspecto temporal, seja em sua interpretação como cláusula intrinsecamente ligada à dignidade da pessoa humana. E isso antes mesmo de a Emenda Constitucional n. 26 de 2000 inserir textualmente o direito à moradia como um direito fundamental de cunho social.

Desta feita, a novidade legislativa trazida pela Lei Complementar n. 150 de 2015, no sentido de excluir a possibilidade de o bem de família legal ser penhorado por dívidas relacionadas a empregados domésticos e suas respectivas contribuições previdenciárias, encontra-se em perfeita consonância com a orientação pacífica do Superior Tribunal de Justiça.

A Lei Complementar n. 150, portanto, amplia a eficácia do bem de família, de molde a prestigiar as mais avançadas correntes doutrinárias que defendem a concepção de patrimônio mínimo, em verdadeira consagração do direito social fundamental de moradia. Percebe-se, assim, a preocupação do legislador em garantir ao indivíduo ou à entidade familiar um local para o exercício e desenvolvimento de seus direitos da personalidade, de forma a se buscar uma existência digna.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Traducción Carlos Bernal Pulido. 2. ed. Madrid: Centor de Estudios políticos y constitucionales, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CASTRO, Ione Maria Domingues de. *Direito à saúde no âmbito do SUS: um direito ao mínimo existencial garantido pelo Judiciário?* São Paulo: I.M.D., 2012.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. Direito à moradia. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 32, n. 127, p. 49-54, jul./set. 1995.

Declaração Universal dos Direitos Humanos. <<http://www.dudh.org.br/declaracao>>. Acesso em 9 jun. 2015.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 5 ed. São Paulo: LTR, 2006.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FACHIN, Luiz Édson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FARIAS, Cristiano Chaves de. Direito constitucional à família. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre, n. 23, p. 5-21, abr./mai. 2004.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

MENDES, Marcelo Barroso. *A propriedade intelectual e a perspectiva contra-garantista do mínimo existencial*. <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/ea000461.pdf>>.

Acesso em: 9 jun. 2015.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao Direito do Trabalho*. São Paulo, LTR. 29ª ed.,. 2003.

NOLASCO, Loreci Gottschalk. *Direito Fundamental à Moradia*. São Paulo: Editora Pillares, 2008.

OLIVEIRA, Fábio Monteiro de. *A penhora de salários e de ganhos decorrentes do trabalho: instrumento de efetivação do direito fundamental à tutela executiva trabalhista*. Dissertação (Mestrado em Direito das relações sociais). Universidade da Amazônia-UNAMA. Belém, 2008.

RUSSOMANO, Mozart Victor. *Curso de Direito do Trabalho*. 8. ed. Curitiba: Juruá, 2000.

SANTOS, Fernando Ferreira dos. *Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Celso Bastos Editor, Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 24, jul. 2008. Disponível em: <[http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo\\_mariana.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html)>. Acesso em: 09 jun. 2015.

SILVA, Virgílio Afonso da. O Proporcional e o Razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 91, v. 798, abr. 2002.

SOUZA, Gelson Amaro de. *O Salário como Direito Fundamental – Revisitação*. Disponível em: <<http://www.gelsonamaro.com/artigo30.html>>. Acesso em 15 jun.2015.

SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. *Direito à Moradia e de Habitação: Análise Comparativa e suas Implicações Teóricas e Práticas com os Direitos da Personalidade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. 4 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro:Forense. São Paulo: MÉTODO, 2014.

TORRES, Ricardo Lobo. *A cidadania multidimensional na era dos direitos*. In Teoria dos direitos fundamentais. Ricardo Lobo Torres, org. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

\_\_\_\_\_. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

#### **NOTAS:**

[1] CF. 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 (...).

[2] CPC. Art. 591. O devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei.

[3] REsp 208.963/PR, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 04/11/1999, DJ 07/02/2000, p. 166.

[4] REsp 511.023/PA, Rel. Ministro JORGE SCARTEZZINI, QUARTA TURMA, julgado em 18/08/2005, DJ 12/09/2005, p. 333.

[5] Súmula 364, Corte Especial, julgado em 15/10/2008, DJe 03/11/2008.

[6] TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. 4 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro:Forense. São Paulo: MÉTODO, 2014, p. 187.

[7] Nesse sentido: FARIAS, Cristiano Chaves de. Direito constitucional à família. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre, n. 23, p. 5-21, abr./mai. 2004; e DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 34-40.

[8] STJ. Súmula 486, Corte Especial, julgado em 28/06/2012, DJe 01/08/2012.

[9] AgRg no Ag 679.695/DF, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 11/10/2005, DJ 28/11/2005, p. 328.

[10] CPC. Art. 591. O devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei.

[11] Superior Tribunal de Justiça. Súmula 449, Corte Especial, julgado em 02/06/2010, DJe 21/06/2010.

[12] CF. Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 64, de 2010)



[13] EDcl no REsp 64.628/SP, Rel. Ministro Humberto Gomes De Barros, Primeira Turma, julgado em 14/03/1996, DJ 22/04/1996, p. 12535.

[14] REsp 84.715/SP, Rel. Ministro Milton Luiz Pereira, Primeira Turma, julgado em 14/11/1996, DJ 16/12/1996, p. 50755.

[15] TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. 4 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro:Forense. São Paulo: MÉTODO, 2014, p. 187.

[16] Declaração Universal dos Direitos Humanos. <<http://www.dudh.org.br/declaracao>>. Acesso em 9 jun. 2015.

[17] SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. *Direito à Moradia e de Habitação: Análise Comparativa e suas Implicações Teóricas e Práticas com os Direitos da Personalidade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 61-65.

[18] NOLASCO, Loreci Gottschalk. *Direito Fundamental à Moradia*. São Paulo: Editora Pillares, 2008, p. 88.

[19] SANTOS, Camila Buzinaro dos. A moradia como direito fundamental. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVI, n. 116, set 2013. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=13677&revista\\_caderno=9](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13677&revista_caderno=9)>. Acesso em jun 2015.

[20] CUNHA, Sérgio Sérvulo da. Direito à moradia. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 32, n. 127, p. 49-54, jul./set. 1995.

[21] SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 24, jul.

2008. Disponível em:  
<[http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo\\_mariana.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html)>. Acesso em: 09 jun. 2015.

[22] TORRES, Ricardo Lobo. *A cidadania multidimensional na era dos direitos*. In Teoria dos direitos fundamentais. Ricardo Lobo Torres, org. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 243342.

[23] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 518.

[24] ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Traducción Carlos Bernal Pulido. 2. ed. Madrid: Centor de Estudios políticos y constitucionales, 2007, p. 466.

[25] CASTRO, Ione Maria Domingues de. *Direito à saúde no âmbito do SUS: um direito ao mínimo existencial garantido pelo Judiciário?* cit., p. 95

[26] TORRES, Ricardo Lobo. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 266.

[27] CASTRO, Ione Maria Domingues de. *Direito à saúde no âmbito do SUS: um direito ao mínimo existencial garantido pelo Judiciário?* São Paulo: I.M.D., 2012, p. 95.

[28] FACHIN, Luiz Édson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 232.

[29] SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 24, jul. 2008. Disponível em:

<[http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo\\_mariana.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html)>. Acesso em: 09 jun. 2015.

[30] MENDES, Marcelo Barroso. *A propriedade intelectual e a perspectiva contra-garantista do mínimo existencial*. <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/ea000461.pdf>>. Acesso em: 9 jun. 2015.

[31] CF. Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária.

[32] Art. 457 - Compreendem-se na remuneração do empregado, para todos os efeitos legais, além do salário devido e pago diretamente pelo empregador, como contraprestação do serviço, as gorjetas que receber.

[33] Nesse sentido: DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo, LTR. 5. ed, 2006, p. 206-207; NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao Direito do Trabalho*. São Paulo, LTR. 29ª ed., 2003, p. 351; e RUSSOMANO, Mozart Victor. *Curso de Direito do Trabalho*. 8. ed. Curitiba: Juruá, 2000, p. 233.

[34] DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 5 ed. São Paulo: LTR, 2006, p. 660.

[35] SANTOS, Fernando Ferreira dos. *Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Celso Bastos Editor, Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999, p. 97.

[36] CF. Art. 100. § 1º Os débitos de natureza alimentícia compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou por invalidez, fundadas em responsabilidade civil, em virtude de sentença judicial transitada em julgado, e serão pagos

com preferência sobre todos os demais débitos, exceto sobre aqueles referidos no § 2º deste artigo. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).

[37] CPC. Art. 649. São absolutamente impenhoráveis:

(...)

IV - os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios; as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, observado o disposto no § 3º deste artigo; (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

[38] GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 200.

[39] CF. Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

VII - garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável;

[40] OLIVEIRA, Fábio Monteiro de. *A penhora de salários e de ganhos decorrentes do trabalho: instrumento de efetivação do direito fundamental à tutela executiva trabalhista*. Dissertação (Mestrado em Direito das relações sociais). Universidade da Amazônia-UNAMA. Belém, 2008, p. 98.

[41] DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 5 ed. São Paulo: LTR, 2006, p. 38.

[42] SOUZA, Gelson Amaro de. *O Salário como Direito Fundamental – Revisitação*. Disponível em: <<http://www.gelsonamaro.com/artigo30.html>>. Acesso em 15 jun.2015.

[43] ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducción Carlos Bernal Pulido. 2. ed. Madrid: Centor de Estudios políticos y constitucionales, 2007, p. 63.

[44] CASTRO, Ione Maria Domingues de. *Direito à saúde no âmbito do SUS: um direito ao mínimo existencial garantido pelo Judiciário?* São Paulo: I.M.D., 2012, p. 77-78.

[45] SILVA, Virgílio Afonso da. O Proporcional e o Razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 91, v. 798, p. 23-50, abr. 2002.

[46] ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducción Carlos Bernal Pulido. 2. ed. Madrid: Centor de Estudios políticos y constitucionales, 2007, p. 70-74.

[47] OLIVEIRA, Fábio Monteiro de. *A penhora de salários e de ganhos decorrentes do trabalho: instrumento de efetivação do direito fundamental à tutela executiva trabalhista*. Dissertação (Mestrado em Direito das relações sociais). Universidade da Amazônia-UNAMA. Belém, 2008, p. 102.

[48] OLIVEIRA, Fábio Monteiro de. *A penhora de salários e de ganhos decorrentes do trabalho: instrumento de efetivação do direito fundamental à tutela executiva trabalhista*. Dissertação (Mestrado em Direito das relações sociais). Universidade da Amazônia-UNAMA. Belém, 2008, p. 102.

[49] Art. 2º Excluem-se da impenhorabilidade os veículos de transporte, obras de arte e adornos suntuosos.

Parágrafo único. No caso de imóvel locado, a impenhorabilidade aplica-se aos bens móveis quitados que guarneçam a residência e que sejam de propriedade do locatário, observado o disposto neste artigo.

[50] "Os direitos e garantias individuais não têm caráter absoluto. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas - e considerado o substrato ético que as informa - permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros" (STF - MS 23452-1/RJ - Rel. Min. Celso de Mello - Pleno - RTJ 173/805-810).

## ANOTAÇÕES AO DECRETO Nº 6.660/2008: PONDERAÇÕES À UTILIZAÇÃO E PROTEÇÃO DA VEGETAÇÃO NATIVA DO BIOMA DA MATA ATLÂNTICA

**TAUÃ LIMA VERDAN RANGEL:** Bacharel em Direito, do Centro Universitário São Camilo. Autor de vários artigos na área do Direito Penal, Direito Constitucional, Direito Civil e Direito Ambiental. Mestrando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da UFF. Bolsista CAPES.

**Resumo:** Inicialmente, cuida salientar que o meio ambiente, em sua acepção macro e especificamente em seu desdobramento natural, configura elemento inerente ao indivíduo, atuando como sedimento a concreção da sadia qualidade de vida e, por extensão, ao fundamento estruturante da República Federativa do Brasil, consistente na materialização da dignidade da pessoa humana. Ao lado disso, tal como pontuado algures, a Constituição de 1988 estabelece, em seu artigo 225, o dever do Poder Público adotar medidas de proteção e preservação do ambiente natural. Aliás, quadra anotar, oportunamente, que tal dever é de competência político-administrativa de todos os entes políticos, devendo, para tanto, evitar que os espaços de proteção ambiental sejam utilizados de forma contrária à sua função – preservação das espécies nativas e, ainda, promover ostensiva fiscalização desses locais. Quadra assinalar que a segunda parte do inciso I do §1º do artigo 225 da Constituição de 1988 traz à baila o manejo dos recursos naturais. Cuida reconhecer que o substantivo *manejo*, acompanhado do adjetivo

*ecológico*, permitem o reconhecimento do caráter técnico-científico no trato dos recursos naturais.

**Palavras-chaves:** Meio Ambiente. Cooperação. Competência Comum. Paisagens Naturais Notáveis.

**Sumário:** 1 Ponderações Introdutórias: Breves notas à construção teórica da Ramificação Ambiental do Direito; 2 Comentários à concepção de Meio Ambiente; 3 Singelos Comentários ao Meio Ambiente Natural: Tessituras Conceituais sobre o Tema; 4 Anotações ao Decreto nº 6.660/2008: Ponderações à Utilização e Proteção da Vegetação Nativa do Bioma da Mata Atlântica.

---

### **1 Ponderações Introdutórias: Breves notas à construção teórica da Ramificação Ambiental do Direito**

Inicialmente, ao se dispensar um exame acerca do tema colocado em tela, patente se faz arrazoar que a Ciência Jurídica, enquanto um conjunto multifacetado de arcabouço doutrinário e técnico, assim como as robustas ramificações que a integram, reclama uma interpretação alicerçada nos plurais aspectos modificadores que passaram a influir em sua estruturação. Neste almiré, lançando à tona os aspectos característicos de mutabilidade que passaram a orientar o Direito, tornou-se imperioso salientar, com ênfase, que não mais subsiste uma visão arrimada em preceitos estagnados e estanques, alheios às necessidades e às diversidades sociais que passaram a contornar os Ordenamentos Jurídicos. Ora, infere-se que não mais prospera o arcabouço imutável que outrora sedimentava a aplicação das leis, sendo, em decorrência dos anseios da população, suplantados em uma nova sistemática.



Com espeque em tais premissas, cuida hastear, com bastante pertinência, como flâmula de interpretação o “*prisma de avaliação o brocardo jurídico 'Ubi societas, ibi jus', ou seja, 'Onde está a sociedade, está o Direito', tornando explícita e cristalina a relação de interdependência que esse binômio mantém*”[1]. Destarte, com clareza solar, denota-se que há uma interação consolidada na mútua dependência, já que o primeiro tem suas balizas fincadas no constante processo de evolução da sociedade, com o fito de que seus Diplomas Legislativos e institutos não fiquem inquinados de inaptidão e arcaísmo, em total descompasso com a realidade vigente. A segunda, por sua vez, apresenta estrutural dependência das regras consolidadas pelo Ordenamento Pátrio, cujo escopo primevo é assegurar que não haja uma vingança privada, afastando, por extensão, qualquer ranço que rememore priscas eras em que o homem valorizava a Lei de Talião (“Olho por olho, dente por dente”), bem como para evitar que se robusteça um cenário caótico no seio da coletividade.

Ademais, com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, imprescindível se fez adotá-la como maciço axioma de sustentação do Ordenamento Brasileiro, precipuamente quando se objetiva a amoldagem do texto legal, genérico e abstrato, aos complexos anseios e múltiplas necessidades que influenciam a realidade contemporânea. Ao lado disso, há que se citar o voto magistral voto proferido pelo Ministro Eros Grau, ao apreciar a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº. 46/DF, “*o direito é um organismo vivo, peculiar porém porque não envelhece, nem permanece jovem, pois é contemporâneo à realidade. O direito é um dinamismo.*”

*Essa, a sua força, o seu fascínio, a sua beleza*”[2]. Como bem pontuado, o fascínio da Ciência Jurídica jaz, justamente, na constante e imprescindível mutabilidade que apresenta, decorrente do dinamismo que reverbera na sociedade e orienta a aplicação dos Diplomas Legais e os institutos jurídicos neles consagrados.

Ainda neste substrato de exposição, pode-se evidenciar que a concepção pós-positivista que passou a permear o Direito, ofertou, por via de consequência, uma rotunda independência dos estudiosos e profissionais da Ciência Jurídica. Aliás, há que se citar o entendimento de Verdan, *“esta doutrina é o ponto culminante de uma progressiva evolução acerca do valor atribuído aos princípios em face da legislação*”[3]. Destarte, a partir de uma análise profunda dos mencionados sustentáculos, infere-se que o ponto central da corrente pós-positivista cinge-se à valoração da robusta tábua principiológica que Direito e, por conseguinte, o arcabouço normativo passando a figurar, nesta tela, como normas de cunho vinculante, flâmulas hasteadas a serem adotadas na aplicação e interpretação do conteúdo das leis, diante das situações concretas.

Nas últimas décadas, o aspecto de mutabilidade tornou-se ainda mais evidente, em especial, quando se analisa a construção de novos que derivam da Ciência Jurídica. Entre estes, cuida destacar a ramificação ambiental, considerando como um ponto de congruência da formação de novos ideários e cânones, motivados, sobretudo, pela premissa de um manancial de novos valores adotados. Nesta trilha de argumentação, de boa técnica se apresenta os ensinamentos de Fernando de Azevedo Alves Brito que, em seu artigo, aduz: *“Com a intensificação, entretanto, do*

*interesse dos estudiosos do Direito pelo assunto, passou-se a desvendar as peculiaridades ambientais, que, por estarem muito mais ligadas às ciências biológicas, até então era marginalizadas”[4]. Assim, em decorrência da proeminência que os temas ambientais vêm, de maneira paulatina, alcançando, notadamente a partir das últimas discussões internacionais envolvendo a necessidade de um desenvolvimento econômico pautado em sustentabilidade, não é raro que prospere, mormente em razão de novos fatores, um verdadeiro remodelamento ou mesmo uma releitura dos conceitos que abalizam a ramificação ambiental do Direito, com o fito de permitir que ocorra a conservação e recuperação das áreas degradadas, primacialmente as culturais.*

Ademais, há de ressaltar ainda que o direito ambiental passou a figurar, especialmente, depois das décadas de 1950 e 1960, como um elemento integrante da farta e sólida tábua de direitos fundamentais. Calha realçar que mais contemporâneos, os direitos que constituem a terceira dimensão recebem a alcunha de direitos de fraternidade ou, ainda, de solidariedade, contemplando, em sua estrutura, uma patente preocupação com o destino da humanidade[5]. Ora, daí se verifica a inclusão de meio ambiente como um direito fundamental, logo, está umbilicalmente atrelado com humanismo e, por extensão, a um ideal de sociedade mais justa e solidária. Nesse sentido, ainda, é plausível citar o artigo 3º., inciso I, da Carta Política de 1988 que abriga em sua redação tais pressupostos como os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direitos: “**Art. 3º - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária**”[6].

Ainda nesta esteira, é possível verificar que a construção dos direitos encampados sob a rubrica de terceira dimensão tende a identificar a existência de valores concernentes a uma determinada categoria de pessoas, consideradas enquanto unidade, não mais prosperando a típica fragmentação individual de seus componentes de maneira isolada, tal como ocorria em momento pretérito. Com o escopo de ilustrar, de maneira pertinente as ponderações vertidas, insta trazer à colação o entendimento do Ministro Celso de Mello, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade N°. 1.856/RJ, em especial quando destaca:

Cabe assinalar, Senhor Presidente, que os direitos de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos, genericamente, e de modo difuso, a todos os integrantes dos agrupamentos sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem, por isso mesmo, ao lado dos denominados direitos de quarta geração (como o direito ao desenvolvimento e o direito à paz), um momento importante no processo de expansão e reconhecimento dos direitos humanos, qualificados estes, enquanto valores fundamentais indisponíveis, como prerrogativas impregnadas de uma natureza essencialmente inexaurível<sup>[7]</sup>.

Quadra anotar que os direitos alocados sob a rubrica de *direito de terceira dimensão* encontram como assento primordial a visão da espécie humana na condição de coletividade, superando, via de consequência, a tradicional visão que está pautada no ser humano em sua

individualidade. Assim, a preocupação identificada está alicerçada em direitos que são coletivos, cujas influências afetam a todos, de maneira indiscriminada. Ao lado do exposto, cuida mencionar, segundo Bonavides, que tais direitos “*têm primeiro por destinatários o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta*”[8]. Com efeito, os direitos de terceira dimensão, dentre os quais se inclui ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, positivado na Constituição de 1988, emerge com um claro e tangível aspecto de familiaridade, como ápice da evolução e concretização dos direitos fundamentais.

## **2 Comentários à concepção de Meio Ambiente**

Em uma primeira plana, ao lançar mão do sedimentado jurídico-doutrinário apresentado pelo inciso I do artigo 3º da Lei Nº. 6.938, de 31 de agosto de 1981[9], que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências, salienta que o meio ambiente consiste no conjunto e conjunto de condições, leis e influências de ordem química, física e biológica que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas. Pois bem, com o escopo de promover uma facilitação do aspecto conceitual apresentado, é possível verificar que o meio ambiente se assenta em um complexo diálogo de fatores abióticos, provenientes de ordem química e física, e bióticos, consistentes nas plurais e diversificadas formas de seres vivos. Consoante os ensinamentos apresentados por José Afonso da Silva, considera-se meio-ambiente como “*a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas*”[10].

Nesta senda, ainda, Fiorillo[11], ao tecer comentários acerca da acepção conceitual de meio ambiente, coloca em destaque que tal tema se assenta em um ideário jurídico indeterminado, incumbindo, ao intérprete das leis, promover o seu preenchimento. Dada à fluidez do tema, é possível colocar em evidência que o meio ambiente encontra íntima e umbilical relação com os componentes que cercam o ser humano, os quais são de imprescindível relevância para a sua existência. O Ministro Luiz Fux, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade N°. 4.029/AM, salientou, com bastante pertinência, que:

(...) o meio ambiente é um conceito hoje geminado com o de saúde pública, saúde de cada indivíduo, sadia qualidade de vida, diz a Constituição, é por isso que estou falando de saúde, e hoje todos nós sabemos que ele é imbricado, é conceitualmente geminado com o próprio desenvolvimento. Se antes nós dizíamos que o meio ambiente é compatível com o desenvolvimento, hoje nós dizemos, a partir da Constituição, tecnicamente, que não pode haver desenvolvimento senão com o meio ambiente ecologicamente equilibrado. A geminação do conceito me parece de rigor técnico, porque salta da própria Constituição Federal[12].

É denotável, desta sorte, que a constitucionalização do meio ambiente no Brasil viabilizou um verdadeiro salto qualitativo, no que concerne, especificamente, às normas de proteção ambiental. Tal fato decorre da premissa que os robustos corolários e princípios norteadores

foram alçados ao patamar constitucional, assumindo colocação eminente, ao lado das liberdades públicas e dos direitos fundamentais. Superadas tais premissas, aprovou o Constituinte, ao entalhar a Carta Política Brasileira, ressoando os valores provenientes dos direitos de terceira dimensão, insculpir na redação do artigo 225, conceder amplo e robusto respaldo ao meio ambiente como pilar integrante dos direitos fundamentais. “*Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, as normas de proteção ambiental são alçadas à categoria de normas constitucionais, com elaboração de capítulo especialmente dedicado à proteção do meio ambiente*”[13]. Nesta toada, ainda, é observável que o *caput* do artigo 225 da Constituição Federal de 1988[14] está abalizado em quatro pilares distintos, robustos e singulares que, em conjunto, dão corpo a toda tábua ideológica e teórica que assegura o substrato de edificação da ramificação ambiental.

Primeiramente, em decorrência do tratamento dispensado pelo artífice da Constituição Federal, o meio ambiente foi içado à condição de direito de todos, presentes e futuras gerações. É encarado como algo pertencente a toda coletividade, assim, por esse prisma, não se admite o emprego de qualquer distinção entre brasileiro nato, naturalizado ou estrangeiro, destacando-se, sim, a necessidade de preservação, conservação e não-poluição. O artigo 225, devido ao cunho de direito difuso que possui, extrapola os limites territoriais do Estado Brasileiro, não ficando centrado, apenas, na extensão nacional, compreendendo toda a humanidade. Neste sentido, o Ministro Celso de Mello, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade N° 1.856/RJ, destacou que:



A preocupação com o meio ambiente - que hoje transcende o plano das presentes gerações, para também atuar em favor das gerações futuras [...] tem constituído, por isso mesmo, objeto de regulações normativas e de proclamações jurídicas, que, ultrapassando a província meramente doméstica do direito nacional de cada Estado soberano, projetam-se no plano das declarações internacionais, que refletem, em sua expressão concreta, o compromisso das Nações com o indeclinável respeito a esse direito fundamental que assiste a toda a Humanidade[15].

O termo “todos”, aludido na redação do *caput* do artigo 225 da Constituição Federal de 1988, faz menção aos já nascidos (presente geração) e ainda aqueles que estão por nascer (futura geração), cabendo àqueles zelar para que esses tenham à sua disposição, no mínimo, os recursos naturais que hoje existem. Tal fato encontra como arrimo a premissa que foi reconhecido ao gênero humano o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao gozo de condições de vida adequada, em ambiente que permita desenvolver todas as suas potencialidades em clima de dignidade e bem-estar. Pode-se considerar como um direito transgeracional, ou seja, ultrapassa as gerações, logo, é viável afirmar que o meio-ambiente é um direito público subjetivo. Desta feita, o ideário de que o meio ambiente substancializa patrimônio público a ser imperiosamente assegurado e protegido pelos organismos sociais e pelas instituições estatais, qualificando verdadeiro encargo irrenunciável que se impõe, objetivando sempre o benefício das presentes e das futuras



gerações, incumbindo tanto ao Poder Público quanto à coletividade considerada em si mesma.

Desta feita, decorrente do fato supramencionado, produz efeito *erga omnes*, sendo, portanto, oponível contra a todos, incluindo pessoa física/natural ou jurídica, de direito público interno ou externo, ou mesmo de direito privado, como também ente estatal, autarquia, fundação ou sociedade de economia mista. Impera, também, evidenciar que, como um direito difuso, não subiste a possibilidade de quantificar quantas são as pessoas atingidas, pois a poluição não afeta tão só a população local, mas sim toda a humanidade, pois a coletividade é indeterminada. Nesta senda de exposição, quadra apontar que o direito à integridade do meio ambiente substancializa verdadeira prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, ressoando a expressão robusta de um poder deferido, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas num sentido mais amplo, atribuído à própria coletividade social.

Salta aos olhos que, com a nova sistemática entabulada pela redação do artigo 225 da Carta Maior, o meio-ambiente passou a ter autonomia, tal seja não está vinculada a lesões perpetradas contra o ser humano para se agasalhar das reprimendas a serem utilizadas em relação ao ato perpetrado. Figura-se, *ergo*, como bem de uso comum do povo o segundo pilar que dá corpo aos sustentáculos do tema em tela. O axioma a ser esmiuçado, está atrelado o meio-ambiente como vetor da sadia qualidade de vida, ou seja, manifesta-se na salubridade, precipuamente, ao vincular a espécie humana está se tratando do bem-estar e condições mínimas de existência. Igualmente, o sustentáculo em análise se corporifica também na higidez, ao cumprir os preceitos de ecologicamente

equilibrado, salvaguardando a vida em todas as suas formas (diversidade de espécies).

Por derradeiro, insta mencionar, ainda, que o quarto pilar é a corresponsabilidade, que impõe ao Poder Público o dever geral de se responsabilizar por todos os elementos que integram o meio ambiente, assim como a condição positiva de atuar em prol de resguardar. Igualmente, tem a obrigação de atuar no sentido de zelar, defender e preservar, asseverando que o meio-ambiente permaneça intacto. Aliás, este último se diferencia de conservar que permite a ação antrópica, viabilizando melhorias no meio ambiente, trabalhando com as premissas de desenvolvimento sustentável, aliando progresso e conservação. Por seu turno, o cidadão tem o dever negativo, que se apresenta ao não poluir nem agredir o meio-ambiente com sua ação. Além disso, em razão da referida corresponsabilidade, são titulares do meio ambiente os cidadãos da presente e da futura geração.

### **3 Singelos Comentários ao Meio Ambiente Natural: Tessituras Conceituais sobre o Tema**

No que concerne ao meio ambiente natural, cuida salientar que tal faceta é descrita como ambiente natural, também denominado de físico, o qual, em sua estrutura, agasalha os fatores abióticos e bióticos, considerados como recursos ambientais. Nesta esteira de raciocínio, oportunamente, cumpre registrar, a partir de um viés jurídico, a acepção do tema em destaque, o qual vem disciplinado pela Lei Nº. 9.985, de 18 de Julho de 2000, que regulamenta o art. 225, §1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências, em seu artigo 2º,

inciso IV, frisa que “*recurso ambiental: a atmosfera, as águas interiores, superficiais e subterrâneas, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo, os elementos da biosfera, a fauna e a flora*”[16]. Nesta esteira, o termo *fatores abióticos* abriga a atmosfera, os elementos afetos à biosfera, as águas (inclusive aquelas que se encontram no mar territorial), pelo solo, pelo subsolo e pelos recursos minerais; já os fatores bióticos faz menção à fauna e à flora, como bem assinala Fiorillo[17]. Em razão da complexa interação entre os fatores abióticos e bióticos que ocorre o fenômeno da homeostase, consistente no equilíbrio dinâmico entre os seres vivos e o meio em que se encontram inseridos.

Consoante Rebello Filho e Bernardo, o meio ambiente natural “*é constituído por todos os elementos responsáveis pelo equilíbrio entre os seres vivos e o meio em que vivem: solo, água, ar atmosférico, fauna e flora*”[18]. Nesta senda, com o escopo de fortalecer os argumentos apresentados, necessário se faz colocar em campo que os paradigmas que orientam a concepção recursos naturais como componentes que integram a paisagem, desde que não tenham sofrido maciças alterações pela ação antrópica a ponto de desnaturar o seu aspecto característico. Trata-se, com efeito, de uma conjunção de elementos e fatores que mantêm uma harmonia complexa e frágil, notadamente em razão dos avanços e degradações provocadas pelo ser humano. Ao lado do esposado, faz-se carecido pontuar que os recursos naturais são considerados como tal em razão do destaque concedido pelo ser humano, com o passar dos séculos, conferindo-lhes valores de ordem econômica, social e cultural. Desta feita, tão somente é possível à compreensão do tema a partir da análise da relação homem-natureza, eis que a interação entre aqueles é

preponderante para o desenvolvimento do ser humano em todas as suas potencialidades. Patente se faz ainda, em breves palavras, mencionar a classificação dos recursos naturais, notadamente em razão da importância daqueles no tema em testilha. O primeiro grupo compreende os recursos naturais renováveis, que são os elementos naturais, cuja correta utilização, propicia a renovação, a exemplo do que se observa na fauna, na flora e nos recursos hídricos.

Os recursos naturais não-renováveis fazem menção àqueles que não logram êxito na renovação ou, ainda, quando conseguem, esta se dá de maneira lenta em razão dos aspectos estruturais e característicos daqueles, como se observa no petróleo e nos metais em geral. Por derradeiro, os denominados recursos inesgotáveis agasalham aqueles que são “infinitáveis”, como a luz solar e o vento. Salta aos olhos, a partir das ponderações estruturadas, que os recursos naturais, independente da seara em que se encontrem agrupados, apresentam como elemento comum de caracterização o fato de serem criados originariamente pela natureza. Nesta linha, ainda, de dicção, cuida assinalar que o meio ambiente natural encontra respaldo na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 225, *caput* e §1º, incisos I, III e IV.

**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.

§1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas [omissis]

III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade[19].

Ora, como bem manifestou o Ministro Carlos Britto, ao apreciar a Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 3.540, *“não se erige em área de proteção especial um espaço geográfico simplesmente a partir de sua vegetação, há outros elementos. Sabemos que fauna, flora, floresta, sítios arqueológicos concorrem para isso”*[20]. Verifica-se, assim, que o espaço territorial especialmente protegido do direito constitucional ao meio ambiente hígido e equilibrado, em especial no que atina à estrutura e funções dos diversos e complexos ecossistemas. Nessa esteira de exposição, as denominadas “unidades de conservação”, neste aspecto

de afirmação constitucional, enquanto instrumentos de preservação do meio ambiente natural, configuram áreas de maciço interesse ecológico que, em razão dos aspectos característicos naturais relevantes, recebem tratamento legal próprio, de maneira a reduzir a possibilidade de intervenções danosas ao meio ambiente.

Diante do exposto, o meio ambiente, em sua acepção macro e especificamente em seu desdobramento natural, configura elemento inerente ao indivíduo, atuando como sedimento a concreção da sadia qualidade de vida e, por extensão, ao fundamento estruturante da República Federativa do Brasil, consistente na materialização da dignidade da pessoa humana. Ao lado disso, tal como pontuado algures, a Constituição da República estabelece, em seu artigo 225, o dever do Poder Público adotar medidas de proteção e preservação do ambiente natural. Aliás, quadra anotar, oportunamente, que tal dever é de competência político-administrativa de todos os entes políticos, devendo, para tanto, evitar que os espaços de proteção ambiental sejam utilizados de forma contrária à sua função – preservação das espécies nativas e, ainda, promover ostensiva fiscalização desses locais. Verifica-se, portanto, que o escopo repousa em assegurar que, por meio da fiscalização, o indivíduo tenha acesso às formações naturais como elemento inerente à dignidade da pessoa humana.

#### **4 Anotações ao Decreto nº 6.660/2008: Ponderações à Utilização e Proteção da Vegetação Nativa do Bioma da Mata Atlântica**

Com destaque, a exploração eventual, sem propósito comercial direto ou indireto, de espécies da flora nativa provenientes de formações naturais, para consumo nas propriedades rurais, posses das populações

tradicionais ou de pequenos produtores rurais, de que trata o art. 9º da Lei nº 11.428, de 2006, independe de autorização dos órgãos competentes. Em consonância com o §1º do artigo 2º do decreto em comento[21], considera-se exploração eventual sem propósito comercial direto ou indireto: I - quando se tratar de lenha para uso doméstico: a) a retirada não superior a quinze metros cúbicos por ano por propriedade ou posse; e b) a exploração preferencial de espécies pioneiras definidas de acordo com o § 2º do art. 35 do mesmo decreto; II - quando se tratar de madeira para construção de benfeitorias e utensílios na posse ou propriedade rural: a) a retirada não superior a vinte metros cúbicos por propriedade ou posse, a cada período de três anos; e b) a manutenção de exemplares da flora nativa, vivos ou mortos, que tenham função relevante na alimentação, reprodução e abrigo da fauna silvestre. O parágrafo subsequente delinea, ainda, que para os efeitos do que dispõe o art. 8º da Lei 11.428, de 2006, a exploração prevista no *caput* do artigo 2º fica limitada às áreas de vegetação secundária nos estágios inicial, médio e avançado de regeneração e à exploração ou corte de árvores nativas isoladas provenientes de formações naturais.

Os limites para a exploração prevista no *caput* do artigo 2º, no caso de posse coletiva de populações tradicionais ou de pequenos produtores rurais, serão adotados por unidade familiar. Já o §4º aponta que para a exploração de matéria-prima florestal nativa para uso no processamento de produtos ou subprodutos destinados à comercialização, tais como lenha para secagem ou processamento de folhas, frutos e sementes, assim como a exploração de matéria-prima florestal nativa para fabricação de artefatos de madeira para comercialização, entre outros,

dependerá de autorização do órgão ambiental competente. Para os fins do disposto neste artigo, é vedada a exploração de espécies incluídas na Lista Oficial de Espécies da Flora Brasileira Ameaçadas de Extinção ou constantes de listas dos Estados, bem como aquelas constantes de listas de proibição de corte objeto de proteção por atos normativos dos entes federativos. Por seu turno, o artigo 3º diciona que o transporte de produtos e subprodutos florestais provenientes da exploração prevista no inciso II do § 1º do artigo 2º, além dos limites da posse ou propriedade rural, para fins de beneficiamento, deverá ser acompanhado da respectiva autorização para o transporte de produtos e subprodutos florestais de origem nativa emitida pelo órgão ambiental competente. O requerimento da autorização para o transporte de produtos e subprodutos florestais de que trata o *caput* do artigo 3º deverá ser instruído com, no mínimo, as seguintes informações: I - dados de volume individual e total por espécie, previamente identificadas e numeradas; II - justificativa de utilização e descrição dos subprodutos a serem gerados; III - indicação do responsável pelo beneficiamento dos produtos; e IV - indicação do responsável pelo transporte dos produtos e subprodutos gerados, bem como do trajeto de ida e volta a ser percorrido. Já o §2º do artigo 3º assinala que o órgão ambiental competente poderá autorizar o transporte de produtos e subprodutos florestais de que trata o *caput* do artigo em comento por meio de aposição de anuência no próprio requerimento, mantendo uma via arquivada no órgão, para fins de registro e controle.

Em altos alaridos, o artigo 26<sup>[22]</sup> reza que, para fins de cumprimento do disposto nos artigos 17 e 32, inciso II, da Lei nº 11.428, de 2006, o empreendedor deverá: I - destinar área equivalente à extensão



da área desmatada, para conservação, com as mesmas características ecológicas, na mesma bacia hidrográfica, sempre que possível na mesma microbacia hidrográfica e, nos casos previstos nos [artigos 30 e 31 da Lei nº 11.428, de 2006](#), em áreas localizadas no mesmo Município ou região metropolitana; ou II - destinar, mediante doação ao Poder Público, área equivalente no interior de unidade de conservação de domínio público, pendente de regularização fundiária, localizada na mesma bacia hidrográfica, no mesmo Estado e, sempre que possível, na mesma microbacia hidrográfica. Verificada pelo órgão ambiental a inexistência de área que atenda aos requisitos previstos nos incisos I e II, o empreendedor deverá efetuar a reposição florestal, com espécies nativas, em área equivalente à desmatada, na mesma bacia hidrográfica, sempre que possível na mesma microbacia hidrográfica. A execução da reposição florestal de que trata o § 1º deverá seguir as diretrizes definidas em projeto técnico, elaborado por profissional habilitado e previamente aprovado pelo órgão ambiental competente, contemplando metodologia que garanta o restabelecimento de índices de diversidade florística compatíveis com os estágios de regeneração da área desmatada.

Com efeito, o artigo 27<sup>[23]</sup> apregoa que a área destinada na forma de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 26, poderá constituir Reserva Particular do Patrimônio Natural, nos termos do [art. 21 da Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000](#), ou servidão florestal em caráter permanente. O órgão ambiental competente promoverá vistoria prévia na área destinada à compensação para avaliar e atestar que as características ecológicas e a extensão da área são equivalentes àquelas da área desmatada. Na coleta de subprodutos florestais, tais como frutos, folhas

ou sementes, prevista no art. 18 da Lei nº 11.428, de 2006, deverão ser observados: I - os períodos de coleta e volumes fixados em regulamentos específicos, quando houver; II - a época de maturação dos frutos e sementes; III - técnicas que não coloquem em risco a sobrevivência de indivíduos e da espécie coletada no caso de coleta de flores, folhas, cascas, óleos, resinas e raízes; IV - técnicas que não coloquem em risco a sobrevivência da espécie na área sob coleta no caso de coleta de cipós, bulbos e bambus; V - as limitações legais específicas e, em particular, as relativas ao acesso ao patrimônio genético, à proteção e ao acesso ao conhecimento tradicional associado e de biossegurança, quando houver; e VI - a manutenção das funções relevantes na alimentação, reprodução e abrigo da flora e fauna silvestre.

No caso de a coleta de subprodutos florestais de que trata o *caput* do artigo 28<sup>[24]</sup> gerar produtos ou subprodutos destinados à comercialização direta ou indireta, será exigida autorização de transporte destes, conforme previsão normativa específica, quando houver. A coleta de sementes e frutos em unidades de conservação de proteção integral dependerá de autorização do gestor da unidade, observado o disposto no plano de manejo da unidade. A prática do extrativismo sustentável, por intermédio da condução de espécie nativa produtora de folhas, frutos ou sementes, visando a produção e comercialização, deverá observar o disposto no *caput* e, onde couber, as regras do Sistema Participativo de Garantia da Qualidade Orgânica nos termos do Decreto nº 6.323, de 27 de dezembro de 2007, assegurando-se o direito de continuidade de exploração da espécie plantada ou conduzida no período subsequente. É livre a coleta de frutos e a condução do cacaueteiro no sistema de cabruca,

desde que não descaracterize a cobertura vegetal nativa e não prejudique a função ambiental da área.

Para os fins do disposto no [art. 18 da Lei nº 11.428, de 2006](#), ressalvadas as áreas de preservação permanente, consideram-se de uso indireto, não necessitando de autorização dos órgãos ambientais competentes, as seguintes atividades: I - abertura de pequenas vias e corredores de acesso; II - implantação de trilhas para desenvolvimento de ecoturismo; III - implantação de aceiros para prevenção e combate a incêndios florestais; IV - construção e manutenção de cercas ou picadas de divisa de propriedades; e V - pastoreio extensivo tradicional em remanescentes de campos de altitude, nos estágios secundários de regeneração, desde que não promova a supressão da vegetação nativa ou a introdução de espécies vegetais exóticas. As atividades de uso indireto de que trata o *caput* do artigo 29<sup>[25]</sup> não poderão colocar em risco as espécies da fauna e flora ou provocar a supressão de espécies ameaçadas de extinção constantes da Lista Oficial de Espécies da Flora Brasileira Ameaçadas de Extinção ou constantes de listas dos Estados. O corte e a supressão de vegetação secundária em estágio médio de regeneração para o exercício de atividades ou usos agrícolas, pecuários ou silviculturais imprescindíveis à subsistência de pequeno produtor rural e populações tradicionais e de suas famílias, previstos no [art. 23, inciso III, da Lei nº 11.428, de 2006](#), depende de autorização do órgão estadual competente, devendo o interessado apresentar requerimento contendo, no mínimo, as seguintes informações: I - dados do proprietário ou possuidor; II - dados da propriedade ou posse, incluindo cópia da matrícula do imóvel no Registro Geral do Cartório de Registro de Imóveis, ou comprovante de

posse; III - outorga para utilização do imóvel emitida pela Secretaria do Patrimônio da União, em se tratando de terrenos de marinha e acrescidos de marinha, bem como nos demais bens de domínio da União, na forma estabelecida no [Decreto-Lei nº 9.760, de 1946](#).

Igualmente, o artigo 30[\[26\]](#), ainda, fixa as seguintes informações: IV - localização com a indicação das coordenadas geográficas dos vértices da área a ser cortada ou suprimida; V - inventário fitossociológico da área a ser cortada ou suprimida, com vistas a determinar o estágio de regeneração da vegetação e a indicação da fitofisionomia original, elaborado com metodologia e suficiência amostral adequadas, observados os parâmetros estabelecidos no [art. 4º, § 2º, da Lei nº 11.428, de 2006](#), e as definições constantes das resoluções do CONAMA de que trata o *caput* do referido artigo; VI - comprovação da averbação da reserva legal ou comprovante de compensação nos termos da [Lei nº 4.771, de 1965](#); VII - cronograma de execução previsto; VIII - estimativa do volume de produtos e subprodutos florestais a serem obtidos com a supressão e o seu destino; IX - descrição das atividades a serem desenvolvidas na área a ser suprimida; e X - justificativa demonstrando tratar-se de atividades imprescindíveis à subsistência de pequeno produtor rural ou de populações tradicionais. Consideram-se atividades ou usos agrícolas, pecuários ou silviculturais imprescindíveis à subsistência do pequeno produtor rural e populações tradicionais e de suas famílias, de que trata o *caput* do artigo 30, o corte e a supressão de vegetação em estágio médio de regeneração até o limite máximo de dois hectares da área coberta por vegetação em estágio médio de regeneração existente na propriedade ou posse.

No caso de posse coletiva de população tradicional, o limite estabelecido no §1º do artigo 30 aplica-se à unidade familiar. A emissão de autorização de que trata o *caput* do artigo 30, nos termos do parágrafo único do art. 24 da Lei nº 11.428, de 2006, deve ser informada ao IBAMA, juntamente com os dados respectivos. A autorização de que trata o *caput* somente poderá ser concedida após análise das informações prestadas e prévia vistoria de campo que ateste a veracidade das informações e a inexistência de alternativa locacional na propriedade ou posse para a atividade pretendida. O transporte de produtos e subprodutos florestais provenientes da exploração prevista no art. 30 deverá ser acompanhado da respectiva autorização para o transporte de produtos e subprodutos florestais de origem nativa emitida pelo órgão ambiental competente.

O corte ou supressão da vegetação secundária em estágio inicial de regeneração da Mata Atlântica depende de autorização do órgão estadual competente, devendo o interessado apresentar requerimento contendo, no mínimo, as seguintes informações: I - dados do proprietário ou possuidor; II - dados da propriedade ou posse, incluindo cópia da matrícula ou certidão atualizada do imóvel no Registro Geral do Cartório de Registro de Imóveis, ou comprovante de posse; III - outorga para utilização do imóvel emitida pela Secretaria do Patrimônio da União, em se tratando de terrenos de marinha e acrescidos de marinha, bem como nos demais bens de domínio da União, na forma estabelecida no [Decreto-Lei nº 9.760, de 1946](#); IV - localização com a indicação das coordenadas geográficas dos vértices do imóvel, das áreas de preservação permanente, da reserva legal e da área a ser cortada ou suprimida; V - inventário

fitossociológico da área a ser cortada ou suprimida, com vistas a determinar o estágio de regeneração da vegetação e a indicação da fitofisionomia original, elaborado com metodologia e suficiência amostral adequadas, observados os parâmetros estabelecidos no art. 4º, §2º, da Lei nº 11.428, de 2006, e as definições constantes das resoluções do CONAMA de que trata o *caput* do referido artigo; VI - comprovação da averbação da reserva legal ou comprovante de compensação nos termos da Lei nº 4.771, de 1965; VII - cronograma de execução previsto; e VIII - estimativa do volume de produtos e subprodutos florestais a serem obtidos com a supressão.

A autorização de que trata o *caput* do artigo 32<sup>[27]</sup> somente poderá ser concedida após análise das informações prestadas e prévia vistoria de campo que ateste a veracidade das informações. No caso de pequenos produtores rurais ou posses das populações tradicionais, o interessado em obter autorização para o corte ou supressão da vegetação secundária em estágio inicial de regeneração da Mata Atlântica deverá apresentar requerimento contendo, no mínimo, as seguintes informações: I - dimensão da área pretendida; II - idade da vegetação; III - caracterização da vegetação indicando as espécies lenhosas predominantes; IV - indicação da atividade a ser desenvolvida na área; V - comprovação da averbação da reserva legal ou comprovante de compensação nos termos da Lei nº 4.771, de 1965; e VI - localização com a indicação das coordenadas geográficas dos vértices da área a ser cortada ou suprimida. A autorização de que trata o *caput* do artigo 33 somente poderá ser concedida após análise das informações prestadas e prévia vistoria de campo que ateste a veracidade das informações, e ate o limite

de até dois hectares por ano. Nos termos do artigo 34, o transporte de produtos e subprodutos florestais provenientes do corte ou supressão prevista nos artigos 32 e 33 deverá ser acompanhado da respectiva autorização para o transporte de produtos e subprodutos florestais de origem nativa emitida pelo órgão ambiental competente.

Nos fragmentos florestais da Mata Atlântica em estágio médio de regeneração, o corte, a supressão e o manejo de espécies arbóreas pioneiras nativas, de que trata o art. 28 da Lei nº 11.428, de 2006, com presença superior a sessenta por cento em relação às demais espécies do fragmento florestal, dependem de autorização do órgão estadual competente. O cálculo do percentual previsto no *caput* do artigo 35 deverá levar em consideração somente os indivíduos com Diâmetro na Altura do Peito - DAP acima de cinco centímetros. O Ministério do Meio Ambiente definirá, mediante portaria, as espécies arbóreas pioneiras passíveis de corte, supressão e manejo em fragmentos florestais em estágio médio de regeneração da Mata Atlântica. O corte, a supressão e o manejo de espécies arbóreas pioneiras de que trata o art. 35 somente poderão ocorrer quando: I - as espécies constarem da portaria referida no § 2º do art. 35; II - o volume e intensidade do corte não descaracterizem o estágio médio de regeneração do fragmento; III - forem adotadas medidas para a minimização dos impactos sobre espécies arbóreas secundárias e climáticas existentes na área; e IV - não se referirem a espécies que integram a Lista Oficial de Espécies da Flora Brasileira Ameaçadas de Extinção ou constantes de listas dos Estados.

Nos termos do artigo 37[28], o interessado em obter a autorização de que trata o art. 35 deverá apresentar requerimento



contendo, no mínimo, as seguintes informações: I - dados do proprietário ou possuidor; II - dados da propriedade ou posse, incluindo cópia da matrícula do imóvel no Registro Geral do Cartório de Registro de Imóveis, ou comprovante de posse; III - outorga para utilização do imóvel emitida pela Secretaria do Patrimônio da União, em se tratando de terrenos de marinha e acrescidos de marinha, bem como nos demais bens de domínio da União, na forma estabelecida no [Decreto-Lei nº 9.760, de 1946](#); IV - localização com a indicação das coordenadas geográficas dos vértices do imóvel, das áreas de preservação permanente, da reserva legal e da área a ser objeto de corte, supressão ou manejo de espécies pioneiras; V - inventário fitossociológico da área a ser cortada ou suprimida, com vistas a determinar o estágio de regeneração da vegetação e a indicação da fitofisionomia original, elaborado com metodologia e suficiência amostral adequadas, observados os parâmetros estabelecidos no [art. 4º, § 2º, da Lei nº 11.428, de 2006](#), e as definições constantes das resoluções do CONAMA de que trata o *caput* do referido artigo; VI - comprovação da averbação da reserva legal ou comprovante de compensação nos termos da [Lei nº 4.771, de 1965](#); VII - cronograma de execução previsto; e VIII - estimativa do volume de produtos e subprodutos florestais a serem obtidos com o corte, manejo ou supressão.

A autorização de que trata o artigo 35 somente poderá ser concedida após análise das informações prestadas e prévia vistoria de campo que ateste a veracidade das informações. O transporte de produtos e subprodutos florestais provenientes do corte, supressão ou manejo, previstos no art. 35 deverá ser acompanhado da respectiva autorização para o transporte de produtos e subprodutos florestais de origem nativa



emitida pelo órgão ambiental competente. A autorização, nos termos do artigo 39, para o corte ou a supressão, em remanescentes de vegetação nativa, de espécie ameaçada de extinção constante da Lista Oficial de Espécies da Flora Brasileira Ameaçadas de Extinção ou constantes de listas dos Estados, nos casos de que tratam os arts. 20, 21, 23, incisos I e IV, e 32 da Lei nº 11.428, de 2006, deverá ser precedida de parecer técnico do órgão ambiental competente atestando a inexistência de alternativa técnica e locacional e que os impactos do corte ou supressão serão adequadamente mitigados e não agravarão o risco à sobrevivência *in situ* da espécie. Nos termos do art. 11, inciso I, alínea “a”, da Lei nº 11.428, de 2006, é vedada a autorização de que trata o *caput* nos casos em que a intervenção, parcelamento ou empreendimento puserem em risco a sobrevivência *in situ* de espécies da flora ou fauna ameaçadas de extinção, tais como: I - corte ou supressão de espécie ameaçada de extinção de ocorrência restrita à área de abrangência direta da intervenção, parcelamento ou empreendimento; ou II - corte ou supressão de população vegetal com variabilidade genética exclusiva na área de abrangência direta da intervenção, parcelamento ou empreendimento.

O corte ou supressão de vegetação para fins de loteamento ou edificação, de que tratam os arts. 30 e 31 da Lei nº 11.428, de 2006, depende de autorização do órgão estadual competente, devendo o interessado apresentar requerimento contendo, no mínimo, as seguintes informações, sem prejuízo da realização de licenciamento ambiental, quando couber: I - dados do proprietário ou possuidor; II - dados da propriedade ou posse, incluindo cópia da matrícula do imóvel no Registro Geral do Cartório de Registro de Imóveis, ou comprovante de posse; III -

outorga para utilização do imóvel emitida pela Secretaria do Patrimônio da União, em se tratando de terrenos de marinha e acrescidos de marinha, bem como nos demais bens de domínio da União, na forma estabelecida no [Decreto-Lei no 9.760, de 1946](#); IV - localização com a indicação das coordenadas geográficas dos vértices do imóvel, das áreas de preservação permanente e da área a ser objeto de corte ou supressão; V - inventário fitossociológico da área a ser cortada ou suprimida, com vistas a determinar o estágio de regeneração da vegetação e a indicação da fitofisionomia original, elaborado com metodologia e suficiência amostral adequadas, observados os parâmetros estabelecidos no [art. 4º, § 2º, da Lei nº 11.428, de 2006](#), e as definições constantes das resoluções do CONAMA de que trata o *caput* do referido artigo; VI - cronograma de execução previsto; e VII - estimativa do volume de produtos e subprodutos florestais a serem obtidos com a supressão e o destino a ser dado a esses produtos.

A autorização de que trata o *caput* do artigo 40 somente poderá ser concedida após análise das informações prestadas e prévia vistoria de campo que ateste a veracidade das informações. O corte ou a supressão de que trata o *caput* do artigo 40 ficarão condicionados à destinação de área equivalente de acordo com o disposto no art. 26. O percentual de vegetação nativa secundária em estágio avançado e médio de regeneração a ser preservado, de que tratam os [arts. 30, inciso I, e 31, §§ 1º e 2º, da Lei nº 11.428, de 2006](#), deverá ser calculado em relação à área total coberta por essa vegetação existente no imóvel do empreendimento. O transporte de produtos e subprodutos florestais provenientes do corte ou supressão prevista no art. 40 deverá ser acompanhado da respectiva autorização para

o transporte de produtos e subprodutos florestais de origem nativa emitida pelo órgão ambiental competente.

**Referência:**

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21 ed. atual. São Paulo: Editora Malheiros Ltda., 2007.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 17 mai. 2015.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 6.660, de 21 de novembro de 2008**. Regulamenta dispositivos da Lei nº 11.428, de 22 de dezembro de 2006, que dispõe sobre a utilização e proteção da vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2008/decreto/d6660.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/decreto/d6660.htm)>. Acesso em 17 mai. 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei Nº. 6.938, de 31 de Agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 17 mai. 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.985, de 18 de Julho de 2000**. Regulamenta o art. 225, § 1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 17 mai. 2015.

\_\_\_\_\_. **Ministério do Meio Ambiente**. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/biomas/caatinga>>. Acesso em 17 mai. 2015.

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em 17 mai. 2015.

\_\_\_\_\_. **Tribunal Regional Federal da Segunda Região**. Disponível em: <[www.trf2.jus.br](http://www.trf2.jus.br)>. Acesso em 17 mai. 2015.

BRITO, Fernando de Azevedo Alves. A hodierna classificação do meio-ambiente, o seu remodelamento e a problemática sobre a existência ou a inexistência das classes do meio-ambiente do trabalho e do meio-ambiente misto. **Boletim Jurídico**, Uberaba, ano 5, n. 968. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br>>. Acesso em 17 mai. 2015.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 13 ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. MINAS GERAIS (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais**. Disponível em: <[www.tjmg.jus.br](http://www.tjmg.jus.br)>. Acesso em 17 mai. 2015.

MOTTA, Sylvio; DOUGLAS, Willian. **Direito Constitucional – Teoria, Jurisprudência e 1.000 Questões** 15 ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2004.

RIO GRANDE DO SUL (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**. Disponível em: <[www.tjrs.jus.br](http://www.tjrs.jus.br)>. Acesso em 17 mai. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ambiental: Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

THOMÉ, Romeu. **Manual de Direito Ambiental: Conforme o Novo Código Florestal e a Lei Complementar 140/2011**. 2 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012.

VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: <<http://jornal.jurid.com.br>>. Acesso em 17 mai. 2015.

---

[1] VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: <<http://jornal.jurid.com.br>>. Acesso em 17 mai. 2015.

[2] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº. 46/DF. Empresa Pública de Correios e Telégrafos. Privilégio de Entrega de Correspondências. Serviço Postal. Controvérsia referente à Lei Federal 6.538, de 22 de Junho de 1978. Ato Normativo que regula direitos e obrigações concernentes ao Serviço Postal. Previsão de Sanções nas Hipóteses de Violação do Privilégio Postal. Compatibilidade com o Sistema Constitucional Vigente. Alegação de afronta ao disposto nos artigos 1º, inciso IV; 5º, inciso XIII, 170, caput, inciso IV e parágrafo único, e 173 da Constituição do Brasil. Violação dos Princípios da Livre Concorrência e Livre Iniciativa. Não Caracterização. Arguição Julgada Improcedente. Interpretação conforme à Constituição conferida ao artigo 42 da Lei N. 6.538, que estabelece sanção, se configurada a violação do privilégio postal da União. Aplicação às atividades postais descritas no artigo 9º, da lei. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Marcos Aurélio. Julgado em 05 ag. 2009. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em 17 mai. 2015.

[3] VERDAN, 2009, s.p.

[4] BRITO, Fernando de Azevedo Alves. A hodierna classificação do meio-ambiente, o seu remodelamento e a problemática sobre a existência ou a inexistência das classes do meio-ambiente do trabalho e do meio-ambiente misto. **Boletim Jurídico**, Uberaba, ano 5, n. 968. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br>>. Acesso em 17 mai. 2015.

[5] MOTTA, Sylvio; DOUGLAS, Willian. **Direito Constitucional – Teoria, Jurisprudência e 1.000 Questões** 15 ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2004, p. 69.

[6] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 17 mai. 2015.

[7] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 1.856/RJ. Ação Direta De Inconstitucionalidade - Briga de galos (Lei Fluminense Nº 2.895/98) - Legislação Estadual que, pertinente a exposições e a competições entre aves das raças combatentes, favorece essa prática criminosa - Diploma Legislativo que estimula o cometimento de atos de crueldade contra galos de briga - Crime Ambiental (Lei Nº 9.605/98, ART. 32) - Meio Ambiente - Direito à preservação de sua integridade (CF, Art. 225) - Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade - Direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade - Proteção constitucional da fauna (CF, Art. 225, § 1º, VII) - Descaracterização da briga de galo como manifestação cultural - Reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei Estadual impugnada - Ação Direta procedente. Legislação Estadual que autoriza a realização de

exposições e competições entre aves das raças combatentes - Norma que institucionaliza a prática de crueldade contra a fauna – Inconstitucionalidade. . Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 26 mai. 2011. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em 17 mai. 2015.

[8] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21 ed. atual. São Paulo: Editora Malheiros Ltda., 2007, p. 569.

[9] BRASIL. **Lei Nº. 6.938, de 31 de Agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 17 mai. 2015.

[10] SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p.20.

[11] FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 13 ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 77.

[12] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 4.029/AM. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei Federal Nº 11.516/07. Criação do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade. Legitimidade da Associação Nacional dos Servidores do IBAMA. Entidade de Classe de Âmbito Nacional. Violação do art. 62, caput e § 9º, da Constituição. Não emissão de parecer pela Comissão Mista Parlamentar. Inconstitucionalidade dos artigos 5º, caput, e 6º, caput e parágrafos 1º e 2º, da Resolução Nº 1 de 2002 do Congresso Nacional. Modulação dos Efeitos Temporais da Nulidade (Art. 27 da Lei 9.868/99). Ação Direta



Parcialmente Procedente. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgado em 08 mar. 2012. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em 17 mai. 2015.

[13] THOMÉ, Romeu. **Manual de Direito Ambiental: Conforme o Novo Código Florestal e a Lei Complementar 140/2011**. 2 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012, p. 116.

[14] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 17 mai. 2015: “*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*”.

[15] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 1.856/RJ. Ação Direta De Inconstitucionalidade - Briga de galos (Lei Fluminense Nº 2.895/98) - Legislação Estadual que, pertinente a exposições e a competições entre aves das raças combatentes, favorece essa prática criminosa - Diploma Legislativo que estimula o cometimento de atos de crueldade contra galos de briga - Crime Ambiental (Lei Nº 9.605/98, ART. 32) - Meio Ambiente - Direito à preservação de sua integridade (CF, Art. 225) - Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade - Direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade - Proteção constitucional da fauna (CF, Art. 225, § 1º, VII) - Descaracterização da briga de galo como manifestação cultural - Reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei Estadual impugnada -



Ação Direta procedente. Legislação Estadual que autoriza a realização de exposições e competições entre aves das raças combatentes - Norma que institucionaliza a prática de crueldade contra a fauna – Inconstitucionalidade. . Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 26 mai. 2011. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em 17 mai. 2015.

[16] BRASIL. **Lei Nº. 9.985, de 18 de Julho de 2000**. Regulamenta o art. 225, §1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 17 mai. 2015

[17] FIORILLO, 2012, p. 78.

[18] REBELLO FILHO, Wanderley; BERNARDO, Christianne. **Guia prático de direito ambiental**. Rio de Janeiro: Editora Lumen, 1998, p. 19.

[19] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 17 mai. 2015.

[20] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 3.540. Meio Ambiente - Direito à preservação de sua integridade (CF, art. 225) - Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade - Direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade - Necessidade de impedir que a transgressão a esse direito faça irromper, no seio da coletividade, conflitos intergeracionais - Espaços territoriais especialmente protegidos (CF,

art. 225, § 1º, III) - Alteração e supressão do regime jurídico a eles pertinente - Medidas sujeitas ao princípio constitucional da reserva de lei - Supressão de vegetação em área de preservação permanente - Possibilidade de a administração pública, cumpridas as exigências legais, autorizar, licenciar ou permitir obras e/ou atividades nos espaços territoriais protegidos, desde que respeitada, quanto a estes, a integridade dos atributos justificadores do regime de proteção especial - Relações entre economia (CF, art. 3º, II, c/c o art. 170, VI) e ecologia (CF, art. 225) - Colisão de direitos fundamentais - Critérios de superação desse estado de tensão entre valores constitucionais relevantes - Os direitos básicos da pessoa humana e as sucessivas gerações (fases ou dimensões) de direitos (RTJ 164/158, 160-161) - A questão da precedência do direito à preservação do meio ambiente: uma limitação constitucional explícita à atividade econômica (CF, art. 170, VI) - Decisão não referendada - Consequente indeferimento do pedido de medida cautelar. a preservação da integridade do meio ambiente: expressão constitucional de um direito fundamental que assiste à generalidade das pessoas. - Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Trata-se de um típico direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que assiste a todo o gênero humano (RTJ 158/205-206). Incumbe, ao Estado e à própria coletividade, a especial obrigação de defender e preservar, em benefício das presentes e futuras gerações, esse direito de titularidade coletiva e de caráter transindividual (RTJ 164/158-161). O adimplemento desse encargo, que é irrenunciável, representa a garantia de que não se instaurarão, no seio da coletividade, os graves conflitos intergeracionais marcados pelo desrespeito ao dever de solidariedade,

que a todos se impõe, na proteção desse bem essencial de uso comum das pessoas em geral. Doutrina. A atividade econômica não pode ser exercida em desarmonia com os princípios destinados a tornar efetiva a proteção ao meio ambiente. - A incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional

que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a "defesa do meio ambiente" (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral. Doutrina. Os instrumentos jurídicos de caráter legal e de natureza constitucional objetivam viabilizar a tutela efetiva do meio ambiente, para que não se alterem as propriedades e os atributos que lhe são inerentes, o que provocaria inaceitável comprometimento da saúde, segurança, cultura, trabalho e bem-estar da população, além de causar graves danos ecológicos ao patrimônio ambiental considerado este em seu aspecto físico ou natural. A questão do desenvolvimento nacional (CF, art. 3º, II) e a necessidade de preservação da integridade do meio ambiente (CF, art. 225): O princípio do desenvolvimento sustentável como fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia. - O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos

internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações. O art. 4º do Código Florestal e a Medida Provisória N° 2.166-67/2001: Um avanço expressivo na tutela das áreas de preservação permanente. - A Medida Provisória nº 2.166-67, de 24/08/2001, na parte em que introduziu significativas alterações no art. 4º do Código Florestal, longe de comprometer os valores constitucionais consagrados no art. 225 da Lei Fundamental, estabeleceu, ao contrário, mecanismos que permitem um real controle, pelo Estado, das atividades desenvolvidas no âmbito das áreas de preservação permanente, em ordem a impedir ações predatórias e lesivas ao patrimônio ambiental, cuja situação de maior vulnerabilidade reclama proteção mais intensa, agora propiciada, de modo adequado e compatível com o texto constitucional, pelo diploma normativo em questão. - Somente a alteração e a supressão do regime jurídico pertinente aos espaços territoriais especialmente protegidos qualificam-se, por efeito da cláusula inscrita no art. 225, § 1º, III, da Constituição, como matérias sujeitas ao princípio da reserva legal. - É lícito ao Poder Público - qualquer que seja a dimensão institucional em que se posicione na estrutura federativa (União, Estados-membros,

Distrito Federal e Municípios) - autorizar, licenciar ou permitir a execução de obras e/ou a realização de serviços no âmbito dos espaços territoriais especialmente protegidos, desde que, além de observadas as restrições, limitações e exigências abstratamente estabelecidas em lei, não resulte comprometida a integridade dos atributos que justificaram, quanto a tais territórios, a instituição de regime jurídico de proteção especial (CF, art. 225, § 1º, III). Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 01 set. 2005. Publicado no DJe em 03 fev. 2006, p.14. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em 17 mai. 2015.

[21] BRASIL. **Decreto nº 6.660, de 21 de novembro de 2008.** Regulamenta dispositivos da Lei nº 11.428, de 22 de dezembro de 2006, que dispõe sobre a utilização e proteção da vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2008/decreto/d6660.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/decreto/d6660.htm)>. Acesso em 17 mai. 2015.

[22] BRASIL. **Decreto nº 6.660, de 21 de novembro de 2008.** Regulamenta dispositivos da Lei nº 11.428, de 22 de dezembro de 2006, que dispõe sobre a utilização e proteção da vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2008/decreto/d6660.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/decreto/d6660.htm)>. Acesso em 17 mai. 2015.

[23] BRASIL. **Decreto nº 6.660, de 21 de novembro de 2008.** Regulamenta dispositivos da Lei nº 11.428, de 22 de dezembro de 2006, que dispõe sobre a utilização e proteção da vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica. Disponível em:

<[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2008/decreto/d6660.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/decreto/d6660.htm)>. Acesso em 17 mai. 2015.

[24] Ibid.

[25] BRASIL. **Decreto nº 6.660, de 21 de novembro de 2008.** Regulamenta dispositivos da Lei nº 11.428, de 22 de dezembro de 2006, que dispõe sobre a utilização e proteção da vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica. Disponível em:

<[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2008/decreto/d6660.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/decreto/d6660.htm)>. Acesso em 17 mai. 2015.

[26] BRASIL. **Decreto nº 6.660, de 21 de novembro de 2008.** Regulamenta dispositivos da Lei nº 11.428, de 22 de dezembro de 2006, que dispõe sobre a utilização e proteção da vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica. Disponível em:

<[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2008/decreto/d6660.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/decreto/d6660.htm)>. Acesso em 17 mai. 2015.

[27] BRASIL. **Decreto nº 6.660, de 21 de novembro de 2008.** Regulamenta dispositivos da Lei nº 11.428, de 22 de dezembro de 2006, que dispõe sobre a utilização e proteção da vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica. Disponível em:

<[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2008/decreto/d6660.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/decreto/d6660.htm)>. Acesso em 17 mai. 2015.

[28] BRASIL. **Decreto nº 6.660, de 21 de novembro de 2008.** Regulamenta dispositivos da Lei nº 11.428, de 22 de dezembro de 2006, que dispõe sobre a utilização e proteção da vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica. Disponível em:

<[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2008/decreto/d6660.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/decreto/d6660.htm)>. Acesso em 17 mai. 2015.

## EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE EM CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA

**WALTER MARIA MOREIRA JUNIOR:** Procurador da Fazenda Nacional. Pós-graduando em direito tributário .

**RESUMO:** Apesar de sua importância, o legislador estabeleceu o pagamento do tributo (inclusive dos acessórios) como hipótese de extinção da punibilidade dos crimes contra a ordem tributária

**Palavras chave:** Crime contra a ordem Tributária, Extinção da punibilidade.

---

### 1. INTRODUÇÃO

Tamanho é a importância da ordem tributária que esta possui previsão constitucional (Arts. 145 e seguintes).

Por sua vez, os crimes contra a ordem tributária se encontram tipificados nos artigos 1º a 3º da Lei nº 8137/90.

Nas palavras do professor Everton Luiz Zanella, “os crimes contra a ordem tributária têm como vítima primária e principal a sociedade, altamente afetada pelas fraudes e sonegações fiscais, e como vítima secundária o Estado, que deixa de dispor de recursos para a realização dos projetos sociais e das políticas públicas que visem à justiça social”.<sup>[1]</sup>

### 2. DESENVOLVIMENTO

Apesar de sua importância, o legislador estabeleceu o pagamento do tributo (inclusive dos acessórios) como hipótese de extinção da



punibilidade dos crimes contra a ordem tributária (art. 9º, §2º da Lei nº 10.684/03):

*“Art. 9º É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1o e 2o da Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168A e 337A do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento.*

*§ 1º A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva.*

***§ 2º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios.**” (grifei)*

Todavia, ainda persistia dúvida sobre até quando o réu poderia efetuar o pagamento para ter direito ao benefício.

Assim, o Supremo Tribunal Federal pacificou o entendimento no sentido de que o pagamento integral do tributo em qualquer fase do processo, ainda que após o oferecimento da denúncia, extingue a punibilidade:

*“AÇÃO PENAL. Crime tributário. Tributo. Pagamento após o recebimento da denúncia. Extingção da punibilidade. Decretação. HC concedido de ofício para tal efeito. Aplicação retroativa do art. 9º da Lei federal nº 10.684/03, cc. art. 5º, XL, da CF, e art. 61 do CPP. **O pagamento do tributo, a qualquer tempo, ainda que após o***

**recebimento da denúncia, extingue a punibilidade do crime tributário.**  
(HC 81929, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Relator(a) p/  
Acórdão: Min. CEZAR PELUSO, Primeira Turma, julgado em 16/12/2003,  
DJ 27-02-2004 PP-00027 EMENT VOL-02141-04 PP-00780) **(grifei)**

No mesmo sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

“HABEAS CORPUS. PENAL. ICMS. CRIME CONTRA ORDEM TRIBUTÁRIA. **ADESÃO AO PROGRAMA DE PARCELAMENTO INCENTIVADO (PPI) E POSTERIOR PAGAMENTO DO DÉBITO, APÓS O TRÂNSITO EM JULGADO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE.** INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 9.º, § 2.º, DA LEI N.º 10.684/2003. PLEITO DE SOBRESTAMENTO DA EXECUÇÃO PENAL ATÉ O JULGAMENTO DE REVISÃO CRIMINAL. **HABEAS CORPUS CONCEDIDO.**

1. O art. 9.º, § 2.º, da Lei n.º 10.684/2003 estabelece expressamente que da quitação integral do débito tributário pela pessoa jurídica, decorre a extinção da punibilidade.

2. **É entendimento jurisprudencial desta Corte Superior que com o advento da Lei n.º 10.684/03 o pagamento do tributo a qualquer tempo extingue a punibilidade quanto aos crimes contra a ordem tributária.**  
Precedente.

3. Habeas corpus concedido para sobrestar a execução do feito até que se julgue a Revisão Criminal. (HC 232.376/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 05/06/2012, DJe 15/06/2012)”

### **3. CONCLUSÃO**

Ante o exposto, verifica-se que a extinção da punibilidade dos crimes contra a ordem tributária pode ocorrer a qualquer tempo, desde que ocorra o pagamento integral do tributo e seus acessórios.

#### **4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Tributário esquematizado**. 2ª ed. São Paulo: Método, 2008.

DERZI, Misabel AABREU Machado; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **A súmula vinculante no Direito Penal Tributário: uma nota crítica à decisão do Supremo Tribunal Federal no Julgamento do HC 108.037/ES**. Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo, n. 200, mai. 2012, pp. 78-94. Material da 1ª aula da Disciplina Direito Internacional Tributário e Direito Penal Tributário, ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual de Direito Tributário – REDE LFG

PAULO, Vicente, ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Tributário na Constituição e no STF**. Niterói: Impetus, 2006.

ZANELLA, Everton Luiz. **Proteção Penal deficiente nos crimes contra a ordem tributária: necessidade de readequação do sistema punitivo para a efetiva implementação do Estado Democrático de Direito**. 2009.

Disponível em: [http://www.professorsabbag.com.br/index.php?local=Conteudo&menu=Menu\\_2&mid=209](http://www.professorsabbag.com.br/index.php?local=Conteudo&menu=Menu_2&mid=209)

#### **NOTAS:**

[1] ZANELLA, Everton Luiz. Proteção Penal deficiente nos crimes contra a ordem tributária: necessidade de readequação do sistema punitivo

para a efetiva implementação do Estado Democrático de Direito. p. 98.  
Disponível em:  
[http://www.professorsabbag.com.br/index.php?local=Conteudo&menu=Menu\\_2&mid=209](http://www.professorsabbag.com.br/index.php?local=Conteudo&menu=Menu_2&mid=209)

## A PREOCUPAÇÃO DO PODER DISCIPLINAR NO ESTADO DEMOCRÁTICO

**DEIVID DA ROCHA MACEDO:**  
Graduando ao curso de Direito pela faculdade AGES.

**RESUMO:** Inúmeros abusos foram e ainda são perpetrados pelo Estado em nome de um suposto interesse do poder em torno da sociedade. Esta corrupção da finalidade estatal é mais grave quando realizada na atuação do poder disciplinar a frente da sociedade, lançando lesões ao direito que nem sempre remedia no controle social. Diante da concepção constitucional de Estado Democrático de Direito no qual hoje estamos inseridos, novos parâmetros de garantia ao acusado devem ser observados, balizando e legitimando todo e qualquer ato punitivo disciplinar imposto ao político, visando uma concentração para benfeitorias e bem social para todos. Sendo assim a preocupação do poder político no disciplinar do estado democrático iriam diminuir pois as regras seriam cumpridas e os cidadãos exercia uma democracia sem medo de erra.

**PALAVRAS-CHAVE:** democracia; poder disciplinar; direito; sociedade.

---

### INTRODUÇÃO

Inúmeras são as teorias ao longo do tempo que procuram explicar a existência do Estado e sua importância para a humanidade. Max Weber, citado, por exemplo, define o Estado como "uma comunidade

humana que pretende o monopólio do uso legítimo da força física dentro de determinado território". É fato, porém, que o Estado, em suas várias formas de expressão do poder, nem sempre atuou no interesse da comunidade que o instituiu, manifestando-se em larga medida como um instrumento de manipulação e perpetuação dos interesses de poucos. Na busca da legitimidade da força estatal como meio necessário e útil à um efeito de conseguir o bem comum, muito sangue foi derramado, muitas vidas foram destruídas para que, hoje, tivéssemos inscrita na Constituição da República Federativa do Brasil uma Carta de Direitos, limitativa dos poderes estatais em face dos direitos dos político e impeditiva do arbítrio. Lembro que até pouco tempo atrás vivíamos em uma ditadura, um Estado tirânico pouco afeto às liberdades públicas.

Tem-se, portanto, que o poder estatal, só será legítimo se representar o interesse público que, por sua vez, é juridicamente estabelecido na Constituição e nas leis com ela compatível. O Brasil é, de acordo com o disposto no art. 1º da Lei Magna, um "Estado Democrático de Direitos" onde "todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição". A definição de um Estado como de Direito, apenas, só garante que tal Estado é, em tese, cumpridor das leis que ele próprio institui. Um Estado Ditatorial, portanto, será de Direito se obedecer às suas próprias leis, ainda que menoscabe direitos e liberdades fundamentais. Há, portanto, "que se qualificar o Direito a que se submete o Estado" (SILVA, 2000,125). Assim fez o constituinte brasileiro, instituindo o regime democrático de governo, fundando-o na soberania popular:

“É precisamente no Estado Democrático de Direito que se ressalta a relevância da lei, pois ele não pode ficar limitado a um conceito de lei como o que imperou no estado de Direito Clássico; precisa influir na realidade social, impondo mudanças sociais democráticas”.  
(SILVA, 2000,125)

Como um dos objetivos fundamentais de tal Estado Democrático de Direito, estatui-se, no artigo 3º, I, da Constituição, "construir uma sociedade livre, justa e solidária". Percebe-se, portanto, do texto constitucional, que o poder estatal só será legítimo se representativo do povo e se exercido nos limites e conforme as finalidades definidas em lei, sempre visando a construção de uma sociedade justa. Afinal, é "a legitimação que justifica a ordem institucional, dando dignidade normativa a seus imperativos práticos" Fora isso, só resta o arbítrio e o abuso do poder.

#### **O\_DIREITO\_E\_O\_PODER\_EM\_TORNO\_DA\_SOCIEDADE,\_ RELAÇÕES ENTRELAÇADAS.**

Desde épocas remotas, quando os grandes impérios europeus e asiáticos floresciam em guerras para expandir os seus territórios e impor a sua cultura aos povos dominados, podia-se observar, no processo de dominação de dada sociedade, povo, ou classe sobre a outra, o mais perfeito retrato da realidade histórica do desenvolvimento humano. Na capacidade das relações de poder, permanente a todos os tipos de formações de comunidades ou sociedades reconhecidas atualmente, podem ser percebidas, no quadro da Política do poder, dentre as suas

relações que se fundem o conhecimento jurídico, que, através dos tempos, vem se firmando como uma arma eficaz no processo de dominação social. Note-se que em qualquer sociedade cuja classe mais abastada almeja manter a sua supremacia política, busca-se sempre fundamentar e justificar o seu poder através do controle sobre o aparato jurídico. Embora o poder desta classe política ou do Estado possa ser manifestado por meio de sua força “física” coercitiva, vis absoluta, a sua eficácia não será irrestrita caso seja, esta, a sua única fonte de jugo, seu único instrumento, fazendo-se necessário, portanto, o consentimento daqueles que subordinadamente o obedecem, ou seja, a sua efetiva legitimação, como expõe brilhantemente Weber. “Assim como todos os agrupamentos políticos que o precederam no tempo, o Estado consiste em uma relação de dominação do homem pelo homem, com base no instrumento da violência legítima, ou seja, da violência considerada como legítima.”

O entendimento Weberiano propugna que o Estado Moderno se reconhece fundamentalmente por dois elementos constitutivos, o primeiro deles é o aparato administrativo para a prestação de serviços de caráter social, e o segundo, o monopólio legítimo da força. Eis aí a ideia da atuação estatal difundida principalmente entre os contratualistas, o cidadão desiste de parte da sua liberdade e autonomia individual em prol da coletividade, sendo o Estado o único ente competente para administrar e gerir as relações sociais, determinando aonde, como e para que serão revertidos estes recursos próprios.

Em face do controle do poder através da dominação e legitimação dogmática, temos o exemplo da igreja católica, que durante a idade média período em que o Estado e a Religião vinculavam-se de



forma institucionalizada detinha o monopólio do conhecimento e da aplicação do Direito, já que à mesma pertenciam os raros documentos escritos, e a ela cabia o dever de julgar através dos Tribunais do Santo Ofício os crimes cometidos contra a religião praticamente todos, devido a noção de crime como pecado. Embora o Direito tenha sido exercido ao longo da história humana por diferentes entidades ou instituições, como a igreja e o próprio Estado, havia a necessidade de se uniformizar estes critérios julgadores. A prerrogativa difusa de aplicação do Direito sempre foi elemento que deu margens a arbitrariedades e injustiças, que, mascaradas pelos interesses das classes dominantes, acabavam sendo impunemente aplicadas.

Como então se poderia conceber um Direito sem que se utilize um critério único, que ao menos siga uma determinada vertente de pensamentos em relação a conceitos e valores. Com a consolidação do Estado absoluto, o poder de julgar concentrou-se basicamente nas mãos dos reis e imperadores, e a uniformidade dos critérios utilizados pelo aparelho jurídico para resolver as questões sociais já podia ser notada de forma mais clara. A justiça, antes exercida pelos leigos como forma de contribuir socialmente para sanar as divergências da população, não era mais exercida gratuitamente, bem visto pelo sociólogo Alfredo Guilherme Galliano:

**“A política foi primeiro a arte de impedir as pessoas de se intrometerem naquilo que lhes diz respeito. Em época posterior, acrescentaram-lhe a arte de forçar**

**as pessoas a decidir sobre o que não entendem”. (Galliano, 1986:44).**

Neste ponto, novamente, constata-se que o poder vigente sempre se utiliza do Direito para manter bem conservado a sua autonomia e a sua soberania, no momento em que a justiça passa a ser exercida exclusivamente de forma remunerada, aqueles que não possuíam condições de pagar pela defesa dos seus interesses, não teriam seus direitos efetivamente, reivindicados. Note-se que os pobres e miseráveis eram os que sofriam as maiores injustiças ante um Estado arbitrário e centralizador ao poder maior.

Com o ponto mais alto das revoluções sociais burguesas, que marcaram o fim do regime monárquico absolutista, instaurou-se na nova ordem vigente, o Estado Liberal, com a perspectiva da universalização do Direito e da cidadania. A lei deveria ser uma única, para todos os cidadãos, de forma indistinta e o Estado seria o único órgão com legitimidade para julgar, dirimir conflitos e aplicar as resoluções entre os cidadãos. A partir do momento em que o Estado passou a comandar e a utilizar-se do Direito para legitimar a sua soberania e a trazer para si a prerrogativa de criar leis e coercitivamente fazer com que as mesmas fossem cumpridas pela população, a burguesia, figurando como classe dominante, moldava o sistema normativo e jurídico para sempre fazerem valer os seus interesses. O poder era exercido pela burguesia e para a burguesia. A população, ainda pouco consciente desta dominação disfarçada de democracia, e feliz por ter-se libertado do terror do absolutismo, aceitou a implantação deste Estado liberal, cheio de promessas de justiça social, igualdade entre os homens e liberdade de

iniciativas. Mal sabiam eles, que os próprios códigos e constituições produzidos durante aquele período, foram construídos sob a perspectiva de mantê-los sob a condição de dominados. Tendo-se constatado as deficiências do poder coercitivo físico adotado pelo modelo absolutista, a burguesia, neste período, chega ao poder através do controle psicológico, minando a mente da população com ideias de libertação e prosperidade que jamais viriam a ser aplicadas. Contemporaneamente, o Estado ainda busca, através do Direito, não somente legitimar as suas arbitrariedades e abusos, mas também manter o seu exército de reserva sempre o não crítico e reativo em relação à realidade fática vigente, pois, este não oferece à população sob a sua representação a educação qualificada, tão importante para os processos de transformação social. Simplesmente não tem interesse em fornecer ao povo ferramentas que poderão posteriormente ser usado contra si próprio. O status de determinado Estado possui força proporcional à ignorância e apatia do seu povo, deixando-lhes cadê vez mais revoltado porem de mãos atadas.

### **CONCLUSÃO**

Visando o novo direito disciplinar democrático, em que se analisa não especificamente à partir deste ou daquele estatuto e sim, o que é mais importante, à feitura dos princípios constitucionais que, como tais, são mandamentos nucleares do sistema normativo. São, portanto, os princípios instituídos pelo constituinte que devem orientar o que deve ser praticado corretamente verificando toda a interpretação jurisprudencial, em que desta forma, imprimir-se-á a necessária legitimidade ao poder disciplinar da administração do poder em torno da sociedade, evitando-se abusos e arbítrios e, conseqüentemente, fazendo valer a soberania popular

como sujeito ativo de todo e qualquer poder estatal. Não visando que o direito a fazer algo não significa que fazê-lo é certo. Ser detentor de poder é ter habilidade de influenciar os outros, assim vemos hoje em dia. Sendo assim, podemos ter poder sem autoridade como também autoridade sem poder. A influência exercida seria o poder colocado na prática. Quando a influência cresce muito, atinge outro patamar que é o controle, situação em que muda o comportamento dos outros. O que não serve para o enxame, não serve para a abelha. A propósito, a grande lição nos deu Sêneca, o grande filósofo ao afirmar: longo é o caminho ensinado pela teoria, curto e eficaz, o do exemplo. Poder e autoridade não são para todos, é preciso legitimidade, e esta só ocorre quando as outras aceitarem com simplicidade a liderança.

#### **REFERÊNCIAS**

BASTOS, C. R.; MARTINS, I.G. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2008.

COUTINHO, Jacinto Nelson M. **O papel da jurisdição constituição na realização do Estado Social**. Curitiba: Revisão da Academia Brasileira de Direito Constitucional, 2003.

GALLIANO, A. G. **Introdução à sociologia**. São Paulo: Harbra, 2002

SILVA, J. A. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2000.

WEBER, Max. **Ciência e política: Duas vocações**. São Paulo: Martin Claret, 2003.

## O DIFÍCIL ACESSO A JUSTIÇA E A LENTIDÃO NO PROCESSO

**JOSÉ ANDERSON FONSECA RAMOS:**  
Estudante de Contabilidade

**RESUMO:** Diante de várias dificuldades enfrentadas pelas pessoas no acesso à justiça pública principalmente vem afetando cada dia mais a vida das pessoas, então o presente artigo tem como objetivo analisar esse processo e mostrar como as pessoas precisam fazer para terem seus direitos reconhecidos e como serem tratadas de forma justa perante as ordens do direito.

**PALAVRAS-CHAVE:** Acesso à justiça, desigualdade, direito, interesses.

---

### INTRODUÇÃO

O artigo abordado busca conhecer os direitos dos cidadãos, entendendo suas dificuldades no acesso à justiça, e na busca pela defesa de seus direitos, focando ainda na busca de uma vida melhor, onde todos tem sua defesa perante a lei no momento que precisa, o que não acontece em nossa realidade, já que muitas vezes um simples processo chega a demorar anos para ser resolvido, o que deixa o homem intrigado, já que por ser de uma classe baixa não tem condições de pagar um advogado para defender seus direitos, sendo assim é obrigado a ficar na fila de espera, por um tempo indeterminado.

## **I- AS DIFICULDADES ENFRENTADAS PELAS PESSOAS DE CLASSE BAIXA NA LUTA POR SEUS DIREITOS**

É comum vermos pessoas que entram em determinados processos e seus problemas nunca ou quase nunca são resolvidos, isso quando não demora uma eternidade para a justiça acontecer e ainda assim é como perder-se a causa, já que não há capital suficiente para pagar um bom advogado e sendo assim a causa é perdida, na maioria das vezes.

É legítimo indagar se se poderia cogitar, ainda que de forma relativizada, de uma interpretação correta. Para a teoria constitucional, coloca-se a questão fundamental sobre a possibilidade de vivenciar normativamente as diferentes forças políticas, isto é, de apresentar-lhes bons métodos de interpretação. (HABERLE, 1997, p.53).

Os juízes e os profissionais do Direito precisam agir de forma ética, defendendo os interesses de todas pessoas em geral, buscando acima de tudo ser ético e competente defendendo as pessoas que realmente merecem defesa, analisando ainda que muitas pessoas só conseguem dinheiro para investir na busca de sua defesa, de acordo com interesses políticos, onde eles oferecem o dinheiro necessário para os necessitados e em troca pedem o voto, o que vem a ser mais uma injustiça, e que precisa atenção.

## **II- A IMPORTÂNCIA DO CONHECIMENTO PÚBLICO EM BUSCA DE SEUS INTERESSES**

Mesmo não tendo dinheiro suficiente para buscar justiça e defesa, o homem precisa ter conhecimento sobre seus direitos como cidadão, para

que assim torne-se mais fácil ter acesso a uma justiça de qualidade, e de forma justa, tendo assim o trabalho de um profissional competente mesmo que esse seja um juiz ou advogado público, mas que seja honesto e competente.

O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos (CAPPELLETTI,1998, p.05).

É um direito do homem ter seus direitos garantidos como ser humano, sendo assim todo mundo precisa entender como lutar por seus direitos, e buscar meios de manter-se informado para que não haja desentendimentos com relação ao homem e a justiça.

Se os juízes devem desempenhar sua função tradicional, aplicando, moldando, e adequando leis complicadas a situações diversas, com resultados justos, parece que advogados altamente habilitados e procedimentos altamente estruturados continuarão a ser essenciais” (CAPPELLETTI, 1998, p.29-30).

Os juízes precisam acima de tudo serem justos e honestos defendendo o interesse dos cidadãos de bem, e não esquecer de seguir o que manda a lei, para que assim tanto o profissional Juiz seja valorizado e as pessoas sejam mais valorizadas, e tenham seus direitos garantidos diante da sociedade.

### **III- O ACESSO A JUSTIÇA E AS DIFICULDADES ENFRENTADAS EM BUSCA DE SEUS DIREITOS**

A cada dia que se passa vemos que a dificuldade em manter os direitos garantidos vem aumentando mais e mais, isso porque nem todos profissionais agem de forma ética e competente, buscando preservar o interesse público, diante de uma sociedade capitalista o homem vem buscando cada vez mais forma de ganhar dinheiro e não a busca pelas defesas das pessoas, principalmente das mais necessitadas, o que precisa mudar urgentemente.

Nada se fez até agora com base apenas no fervor e na espera. É preciso agir de outro modo, entregar-se ao trabalho e responder às exigências de cada dia – tanto no campo da vida comum, como no campo da vocação. Esse trabalho será simples e fácil, se cada qual encontrar e obedecer ao demônio que tece as teias de sua vida (MAXIMILIAN, 1920, pág. 52)

Outra questão que precisamos analisar com relação aos profissionais do Direito é o fato da vocação, pois o juiz precisa ser alguém que ama o que faz, e que estudou determinado curso com o intuito de ajudar ao próximo, pensando assim em um mundo de paz e igualdade, onde a defesa deve existir para aqueles que fazem por onde viver tranquilamente, o juiz precisa ser eficiente resolvendo os problemas de seus clientes de forma rápida, evitando assim o desconforto da espera.

#### **CONCLUSÃO**

Nos dias atuais diante de tanta exigência é difícil atender a todos de forma eficiência, porém vale lembrar que a humildade deve existir



sempre, onde o juiz precisa ter humildade o suficiente para deixar claro quando ele não tem conhecimento com relação a determinado problema, e com isso explique que o processo venha a demorar um pouco para acontecer, já que ele precisa buscar conhecimento suficiente para responder a determinada questão de forma eficaz. Outra questão que os profissionais do Direito não podem de forma alguma fazer é trabalhar por dinheiro de modo que venham a defender os culpados e julgar os inocentes, é preciso ser justo e honesto, para que assim seja reconhecido e valorizado perante os demais.

#### **REFERÊNCIAS:**

**CAPPELLETTI**, Mauro e **GARTH**, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

**HABERLE**, Peter. **Hermenêutica constitucional**. Sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris Ed., 1997, reimpressão, 2002.

**MAXIMILIAN** Karl Emil Weber (Erfurt, 21 de Abril de 1864 — Munique, 14 de Junho de 1920).

## A EFICÁCIA DAS DECISÕES PROFERIDAS PELA ONU NA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

**RICARDO NEIVA TRINDADE:** Professor do Ensino Médio da rede estadual da Bahia, licenciado em Geografia pela UNEB ( Universidade do Estado da Bahia), bacharelado em Direito pela Faculdade Guanambi- Guanambi- BA;

**Deborah Marques Pereira Clemente** - Docente do Curso de Direito da Faculdade Guanambi-FG/CESG. Mestra em Desenvolvimento Social (UNIMONTES).

---

**RESUMO:** O presente estudo é um trabalho de revisão bibliográfica cujo objeto é a relativização da soberania estatal frente às decisões proferidas pela Organização das Nações Unidas (ONU) na resolução de conflitos. Neste sentido, o método empregado foi o dialético, desenvolvido mediante pesquisa embasada em publicações sob a forma de livros, artigos e revistas. Quanto aos resultados, conclui-se a partir da análise, que as decisões proferidas pela ONU na resolução de conflitos, relativizam a soberania estatal ao constatar que os Estados-membros ao assinarem à Carta da organização delegam parte de sua soberania ou a compartilharam com a referida instituição.

**Palavras-chave.** Direito Internacional. Estado. Soberania. Organização das Nações Unidas.

**The effectiveness of decisions delivered by the UN in conflict resolution**

**ABSTRACT:** This study is a work of literature review whose purpose is the relativization of state sovereignty ahead of judgments rendered by the United Nations (UN) in conflict resolution. In this sense,

the method used was the dialectic, developed through research based publications in the form of books, articles and magazines. As for the results, it is concluded from the analysis, that decisions taken by the UN in conflict resolution, relativize state sovereignty to see that the Member States by signing the Charter of the organization delegate some of their sovereignty or shared with that institution.

**Keywords.** International law. State. Sovereignty. The United Nations.

---

## INTRODUÇÃO

Desde os primórdios da sociedade humana, a existência de conflitos entre pares é algo corriqueiro e provocado pelos mais diversos motivos. Todavia, a ocorrência de conflitos confinados a esfera local, atingiram dimensões cada vez mais amplas, alcançando o cenário internacional, passou a exigir, espaços de negociações supranacionais e intergovernamentais. Assim, considerando a importância da Organização das Nações Unidas (ONU) na solução de litígios, se buscará neste estudo, discutir a eficácia das decisões proferidas por tal instituição na pacificação de conflitos em âmbito internacional frente à soberania estatal.

Do exposto, verifica-se que desafios de ordem planetária tornaram-se frequentes. Todavia, se por um lado surgem questões cada vez mais globais, por outro, constata-se que as relações internacionais, ainda são regidas em conformidade com os modelos de um Estado, constituído pelos elementos território, povo e soberania.

Emergem cada vez mais litígios para serem solucionados pela comunidade internacional. Entretanto, é a soberania estatal que ainda se sobrepõe aos interesses planetários, haja vista, não existir um poder

central mundial que se sobreponha aos Estados impondo-lhes deliberações.

A contemporaneidade, no cenário internacional tem despertado inúmeras preocupações, cujos desdobramentos podem comprometer sobremaneira a vida no planeta. Aumento da população nos países mais pobres, crises econômicas que atingem até mesmo as economias mais desenvolvidas, escassez e má distribuição de alimentos, escassez hídrica, destruição da biodiversidade, aquecimento global, proliferação de organizações terroristas e de grupos fundamentalistas, má distribuição de renda, guerras civis, desrespeito aos direitos humanos e a soberania estatal e o enfraquecimento de organizações internacionais.

Diante do quadro catastrófico supramencionado, não provoca espanto saber que as relações internacionais encontram-se em um momento extremamente delicado frente às causas geradoras de conflitos e cujas consequências tem sido a proliferação de um clima belicoso entre Estados.

Dada à importância da Organização das Nações Unidas (ONU); na mediação de conflitos, no fortalecimento da paz mundial, na cooperação internacional e na promoção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais; questiona-se acerca do papel desempenhado pela supramencionada organização.

Tem ainda a ONU razão de ser? Qual é a sua relevância para a sociedade contemporânea? Quais são os interesses que realmente representa? Estes, e tantos outros questionamentos são necessários para repensar a sociedade e o Direito internacional, inclusive discutindo qual é a eficácia das decisões proferidas pela ONU?

Neste sentido, tendo como delimitação da pesquisa a eficácia das decisões proferida pela ONU quanto à resolução de litígios internacionais é tal pesquisa, salvo quaisquer pretensões didáticas ou academicistas, pertinente para traçar na ótica do direito e das relações internacionais o perfil das condições que nos permite questionar contraditórios e apontar possibilidades de negociação entre os diversos sujeitos de direito internacional.

A presente revisão bibliográfica tem como objetivo apresentar uma análise crítica acerca da eficácia das decisões proferidas pela ONU frente ao Estado que tem a sua soberania relativizada ou compartilhada.

Tal estudo reveste-se de grande impotência dada à necessidade em abordar um assunto que embora não inédito, seja fundamental, diante da atual configuração do direito e das relações internacionais, haja vista que o advento de uma Nova Ordem Mundial, relativizou a noção de soberania estatal, frente às organizações supranacionais e intergovernamentais como a ONU.

O método de abordagem empregado para o desenvolvimento da presente pesquisa é o Dialético, uma vez que suas características relacionam-se à construção do saber científico no campo das Ciências Humanas, mediante a diversidade de informações e a possibilidade de investigação decorrentes da ideia de que os fatos ganham sentido dentro de um contexto social, político, econômico e cultural.

Constata-se que o método dialético implica no entendimento da dinâmica dos objetos, nada está inerte ou acabado. Tudo se transforma todo o tempo, assim, o fim de um processo é sempre o começo de outro.

Do exposto, baseando-se nas leis fundamentais do método em tela, ou seja: ação recíproca; mudança dialética; mudança qualitativa e interpretação dos contrários; percebe-se então que nada é definitivo exceto o processo ininterrupto do transitório.

Deste modo, o presente estudo buscará compreender as categorias de soberania estatal versus eficácia de decisões proferidas por organizações supranacionais como a ONU. Assim, os dados tratados no estudo em tela, mediante revisão bibliográfica, oportunizará a construção de uma base dialético-dialógica acerca das ideias de: Estado, soberania, relações jurídicas, Direito Internacional, Relações Internacionais, organizações supranacionais, eficácia de decisões, ONU.

### **SOBERANIA E ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS**

Tradicionalmente, somente o Estado figurava como sujeito de direitos e obrigações, portanto o único detentor de personalidade internacional. Entretanto, na contemporaneidade, em virtude de uma nova configuração do Direito Internacional, se faz necessário acrescentar outros sujeitos como parte deste novo cenário, a saber: as organizações internacionais e os indivíduos.

Para incorporar na condição de ente com personalidade internacional é necessário capacidade de ação conforme diz Amaral (2010, p. 25):

A capacidade de ação decorre do reconhecimento da personalidade jurídica de um determinado ente, eis que a capacidade é o “poder de intervir por si mesmo”. Contudo, o exercício de

direitos e deveres poderá sofrer limitações, na medida da capacidade conferida a um determinado ente pelo Direito Internacional. A capacidade, portanto, varia de um ente para outro.

A noção de ente com personalidade jurídica internacional relaciona-se a sua capacidade de ação. Assim sendo, sem poder de intervenção de modo autônomo, não há que se falar em capacidade internacional de ação. Todavia, poder para intervir, não pode se confundir com capacidade ilimitada, já que é o próprio Direito Internacional que confere maior ou menor poder de intervenção a um determinado ente.

Ainda quanto à capacidade de ação do Estado esclarece Amaral (2010) que é esta assegurada pela própria constituição estatal, sendo necessário para a efetividade de tal ação que haja soberania e independência na tomada de decisões. Salienta-se então que as noções de independência e soberania são elementos fundamentais para assegurar a capacidade do Estado, permitindo a este figurar como sujeito de direitos e deveres na esfera internacional. É salutar mencionar a afirmação de que um Estado que se encontre subordinado a outro, não poderá manter relações jurídicas na comunidade internacional.

Nota-se nos argumentos supracitados que a capacidade do Estado difere-se das organizações internacionais, pois, a ideia de capacidade é assegurada pelas suas Constituições e pelo reconhecimento de sua soberania. Já a capacidade das organizações internacionais depende do que dispõem seus acordos constitutivos, capacidade, refere-se ainda ao reconhecimento dos países que compõem tais entidades.

Embora a definição de Estado seja complexa, torna-se salutar estabelecer tal conceito, haja vista que a soberania é um dos seus elementos constitutivos. Deste modo, conceitua-se Estado conforme Friede (2000, p. 05) [...] “como toda associação ou grupo de pessoas fixado sobre determinado território, dotado de poder soberano. É, pois, um agrupamento humano em território definido, politicamente organizado”.

Dentre os aspectos fundamentais para compreender os mecanismos estruturantes das organizações internacionais, merece destaque a soberania dos Estados, frente às instituições internacionais, pois com a globalização, intensificaram-se as relações internacionais, tornando-se frente à nova realidade, imprescindível compreender o significado de soberania.

Segundo Carrazza (2000, p. 89) soberania, define-se como: [...] “a faculdade que, num dado ordenamento jurídico, aparece como suprema. Tem soberania quem possui o poder supremo, absoluto e incontestável, que não reconhece, acima de si, nenhum outro poder. Bem por isso, ele sobrepõe toda e qualquer autoridade” [...].

A soberania representa para o Estado Moderno a noção de poder supremo ou capacidade para agir com autonomia frente a qualquer outro poder. Entretanto, o poder absoluto do Estado encontra-se limitado ao seu território, servindo como instrumento para a regulamentação da ordem interna.

De Cicco & Gonzaga (2009) lecionam que a soberania estatal refere-se à autodeterminação de seu governo, sem qualquer



dependência de potências estrangeiras nas esferas políticas, econômicas ou culturais. Deste modo, soberano é o Estado que faz suas próprias leis, que administra conforme as necessidades de seu povo e que julga em conformidade com a justiça, cujo propósito é resolver as demandas jurídicas e também sociais nos limites do território do Estado-Nação.

O Estado tem na soberania o seu elemento maior, pois sem tal noção perde a sua autodeterminação e ao perdê-la, deixa, seja na ordem interna ou internacional, de impor determinações, o que em última instância significa desaparecimento de sua capacidade de ação jurídica e territorial.

Quanto às características da soberania Dallari (2010, p. 81) argumenta:

[...] Ela é una porque não se admite num mesmo Estado a convivência de duas soberanias. Seja ela poder incontrastável, ou poder de decisão em última instância sobre a atributividade das normas, é sempre poder superior a todos os demais que existam no Estado não sendo concebível a convivência de mais de um poder superior no mesmo âmbito. É indivisível porque, além das razões que impõem a sua unidade, ela se aplica à universalidade dos fatos ocorridos no Estado, sendo inadmissível, por isso mesmo, a existência de várias partes separadas da mesma soberania. [...] A soberania é inalienável, pois aquele que a detém

desaparece quando ficar sem ela, seja o povo, a nação, ou o Estado. Finalmente, é imprescritível porque jamais seria verdadeiramente superior se tivesse prazo certo de duração. Todo poder soberano aspira a existir permanentemente e só desaparece quando forçado por uma vontade superior.

Das características constituidoras da soberania, verifica-se que sendo uma exige exclusividade, não sendo possível falar em bilateralidade de soberania em um mesmo território. Sendo indivisível, não admite fragmentações. É inalienável na medida em que seus titulares ao perdê-la, perdem a razão de ser e desaparecem. Por último, é imprescritível, pois possui prazo de duração indeterminável.

A ideia de soberania encontra-se presente na própria gênese do Estado sendo sinônimo do poder estatal, portanto é a noção de poder que deve ser considerado o elemento precípua da soberania.

No que se refere à organização interna dos Estados, não existe qualquer dúvida de que o poder estatal é superior a qualquer outro no território do Estado. Na esfera externa, sabe-se que os Estados equiparam-se quanto à noção de soberania, não existindo Estados mais ou menos soberanos, mas igualmente soberanos.

Para Sato (2003) a questão da soberania frente às relações internacionais é historicamente não resolvida, pois não existe um parâmetro para estabelecer quais são os limites da soberania em analogia com as normas, os princípios e as instituições internacionais.

Constata-se que mesmo com a ideia de interconexão oportunizada pela globalização, continuam evidentes as noções de diferenças culturais e religiosas, típicas das muitas facetas humanas. Assim, se por um lado; a diversidade dos padrões humanos seja essencial para a manutenção da multiplicidade da riqueza do fenômeno humano; por outro, dificulta a convivência e a compreensão mútua.

Observa-se que o advento da globalização, alterou sobremaneira a relação entre os Estados e as organizações internacionais. Assim, torna-se pertinente reavaliar para relativizar a noção de soberania frente às entidades globais, pois, conforme menciona Maluf (2010) a globalização tem produzido novos paradigmas para o conceito de soberania, haja vista que atinge todos os países de forma desigual, mediante a proporção de riqueza, poder, ou desenvolvimento nas esferas social, econômica e tecnológica. Constata-se que entre os países em desenvolvimento, os reflexos da Nova Ordem Mundial assumem maior gravidade, perante a vulnerabilidade destes frente à incapacidade de enfrentamento das imposições da ordem internacional vigente.

Na medida em que as organizações internacionais se expandem, conduzidas pela globalização e em direção ao fortalecimento da comunidade internacional, torna-se imprescindível relativizar o papel da soberania, pois, sabe-se que a ideia de interligação entre diferentes poderes deverá ser a tônica das novas relações internacionais.

Acerca da relativização da soberania no cenário contemporâneo Martins et al (2011, p.1) discorrerem:

No momento em que o Estado não pode mais exercer de forma absoluta sua soberania, este começa a perder, ainda que de forma mínima, certo espaço na esfera internacional. [...]. Dessa forma, a gradativa relativização da soberania e, conseqüentemente, de discricionariedade pelo Estado, correlaciona-se ao desenvolvimento pleno do Direito Internacional Público e de seus sujeitos, e não à constatação de um momento histórico [...].

Do exposto, infere-se que a construção de uma ordem planetária, só se efetivará se abandonada a noção de soberania absoluta em prol da ideia de soberania relativa ou compartilhada entre Estados e organizações internacionais.

### **ASPECTOS HISTÓRICOS DA CRIAÇÃO DA ONU**

Conforme consta na parte inicial da Carta das Nações Unidas, a denominada Carta foi assinada em São Francisco, Estados Unidos da América, a 26 de junho de 1945, ao término da Conferência das Nações Unidas sobre Organização Internacional. Assim, a 24 de outubro do já referido ano, entra em vigor a Carta da ONU, marco inicial de criação da instituição.

Os fatores determinantes para a criação da Organização das Nações Unidas encontram-se especificados no preâmbulo da Carta da instituição, a saber:

Nós, os povos das Nações Unidas, resolvidas a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra

que por duas vezes, no espaço de uma vida humana, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade; a reafirmar a nossa fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor da pessoa humana, na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, assim como das nações, grandes e pequenas; a estabelecer as condições necessárias à manutenção da justiça e do respeito das obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do direito internacional; a promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de um conceito mais amplo de liberdade; e para tais fins: a praticar a tolerância e a viver em paz, uns com os outros, como bons vizinhos; a unir as nossas forças para manter a paz e a segurança internacionais; a garantir, pela aceitação de princípios e a instituição de métodos, que a força armada não será usada, a não ser no interesse comum; a empregar mecanismos internacionais para promover o progresso econômico e social de todos os povos. Resolvemos conjugar nossos esforços para a consecução destes objetivos. (ONU, 1945).

Constata-se no preâmbulo da Carta da ONU um chamado às nações para viverem em harmonia, evitando os flagelos das guerras. O apelo à paz entre as nações transformou a Carta em um documento à esperança ao possibilitar as gerações vindouras que se preservem dos danos causados pela guerra. Todavia, verifica-se que a ideia de paz estabelecida no

documento, vai muito além da no o de ausência de guerra, mas também, implica no estabelecimento de direitos fundamentais do homem, dentre os quais a melhoria das condi es de vida.

Segundo aponta Mazzuoli (2011)   diante do cenário catastrófico da Segunda Guerra Mundial que surge a ONU, com o propósito de estabelecer a paz e ajudar as vítimas da guerra. Destaca-se que antes do término do conflito, cuja dura o estendeu-se entre 1939 e 1945, as na es que combatiam o Eixo, percebendo o absoluto fracasso da Liga das Na es na tentativa de evitar as guerras, estabeleceram em curto período, uma organiza o de abrangência internacional, respaldada na igualdade de soberania das na es pacíficas e com o escopo de manter a paz e a segurança internacionais.

Muito se tem discutido acerca da eficácia da ONU na resolu o de conflitos, haja vista a necessidade de reform -la para atender as peculiaridades da contemporaneidade, pois sua estrutura atual reflete o cenário em que foi criada. Acrescenta-se ainda, o fato de tal organiza o ter servido de fachada para atender os propósitos das na es hegemônicas, principalmente aquelas que fazem parte do Conselho de Segurança da ONU. Sobre o manto protetivo, da ideia de segurança, sem saber exatamente para quem, manipulam-se os propósitos da Carta da ONU e deste modo enfraquecem a razão de ser da organiza o.

Embora as questões supramencionadas exijam reflexões urgentes, inegável   o papel da Organiza o das Na es Unidas para o estabelecimento de rela es internacionais justas e pacíficas, este   o entendimento de Amaral (2010) quando diz que a presença da ONU embora questionada a sua credibilidade interna e externamente  

fundamental, mesmo quando os Estados que a compõem ajam por interesses próprios sem o aval da organização, como por exemplo, ocorreu por ocasião da invasão dos Estados Unidos e seus aliados no território soberano do Iraque.

Questionar o papel da ONU ou de qualquer organização internacional é importante para repensar a razão de ser de tais instituições, pois, muito se tem discutido acerca da credibilidade das Nações Unidas, haja vista, a participação de seus Estados membros em ações sem o aval da instituição, o que compromete sobremaneira a ONU na condição de entidade promotora da paz mundial. Todavia, sem a presença das Nações Unidas certamente maiores seriam os problemas que atingiriam o cenário internacional. Salienta-se ainda que ações contraditórias praticadas por alguns de seus Estados membros, não significa necessariamente fracasso da entidade na negociação de conflitos.

### **ESTRUTURA DA ONU**

A estrutura da Organização das Nações Unidas é formada por Estados que assinaram e ratificaram a Carta da ONU (Membros das Nações Unidas) conforme constam os artigos 3 e 4 da referida Carta. Assim, a organização é formada por dois tipos de membros: os originais (art. 3 da Carta da ONU), formados por aqueles que participaram da Conferência das Nações Unidas sobre a Organização Internacional ou que assinaram previamente a Declaração das Nações Unidas em 1º de janeiro de 1942; já, segundo, o art. 4 da Carta da ONU existe outro grupo de países que formam a instituição, são os admitidos, estes últimos, para

serem aceitos, estão condicionados às obrigações estipuladas na presente Carta e que, a juízo da Organização estiverem aptos e dispostos a cumprir tais obrigações. Verifica-se ainda, que a admissão será efetuada por decisão da Assembleia Geral, entretanto, mediante recomendação do Conselho de Segurança.

Segundo Xavier (2007, p. 30) “A ONU é uma OI com vocação universal mas que não pretende substituir-se aos Estados nem transformar-se num governo mundial. A ONU não é, por isso, uma Organização supranacional mas sim uma Organização Intergovernamental” [...].

Sendo a ONU, uma instituição voltada à promoção da paz mundial, nada mais justo do que constatar a necessidade de ser um país amante da paz, para poder se configurar no rol dos países que formam a organização. Todavia, se observado enfaticamente, qual país é verdadeiro promotor da paz? Quantos Estados, inclusive aqueles que compõem o Conselho de Segurança figuram-se como verdadeiras ameaças à paz mundial? Portanto, aceitar as obrigações impostas pela Carta, não tem sido garantia de cumprimento de tais obrigações. Assim sendo, pergunta-se: “Qual é a real eficácia das decisões proferidas pela ONU”?

Argumenta-se ainda que a admissão de novos Estados membros da ONU, está condicionada à recomendação do Conselho de Segurança (art. 4 da Carta da ONU), o que tem dado lugar a verdadeiras barganhas entre quem deseja um assento na organização e aqueles que se apoderaram desta no intuito exclusivo de fazer valer suas vontades



hegemônicas. Tudo isto só reforça a necessidade urgente de reforma da instituição.

No que se refere aos principais órgãos das Nações Unidas ficam estabelecidos no artigo 7 da Carta da ONU, a saber: a Assembleia- Geral das Nações Unidas, o Conselho de Segurança das Nações Unidas, o Conselho Econômico e Social, o Conselho de Tutela, a Corte Internacional de Justiça e o Secretariado.

A Assembleia-Geral da ONU é considerada órgão de caráter deliberativo, formada por todos os países membros (art. 9 da Carta da ONU). Poderá discutir quaisquer assuntos dentre os previstos nas finalidades da instituição (art. 10 da Carta da ONU) e admite-se a igualdade entre os membros (art. 2 da Carta da OUN), pois se permite o direito a voto, todavia, cada Estado tem o direito de somente um voto (art. 18 da Carta da ONU).

Nas lições de Mazzuoli (2011) a Assembleia-Geral da ONU é apresentada como o órgão precípua das Nações Unidas, sendo dentre os órgãos que compõem a organização o único composto por todos os Estados-membros, com direito de cinco delegados por Estado. Nesse quadro, percebe-se que é a Assembleia-Geral o maior foro da contemporaneidade, com competência para discutir e fazer recomendações referentes a matérias tratadas na Carta da ONU ou aquelas que se relacionam a funções e atribuições de órgãos das Nações Unidas. Todavia, apesar da amplitude de competências atribuídas a Assembleia-Geral, esta fica com certa frequência subordinada aos desígnios do Conselho de Segurança, obrigando-se a declinar frente às

decisões do supraressaltado Conselho por força dos termos do art. 12, §1º, da Carta da OUN.

Quanto à natureza das decisões proferidas pela Assembleia-Geral Mazzuoli (2011, p.624) salienta: “A Assembleia-Geral da ONU se manifesta por meio de resoluções, declarações ou recomendações, de efeito não vinculante aos seus Estados-membros. Estas são diferentes das decisões do Conselho de Segurança, que têm força cogente e são de cumprimento obrigatório”.

A natureza das decisões proferidas pela Assembleia-Geral da ONU, não possui efeito vinculante, o que representa um aspecto contraditório, pois é o órgão da instituição que reúne todos os Estados-membros. Todavia, mesmo sendo o Conselho de Segurança formado por um número mínimo de nações, suas decisões têm força de cumprimento obrigacional. Deste modo, por mais que seja importante o papel da ONU, perante a comunidade internacional, não há como não refletir sobre a necessidade de reforma da instituição, principalmente quanto à ampliação do Conselho de Segurança, com um quadro de representação geográfica e política que melhor atenda a conjuntura da contemporaneidade.

Para Giacon (2010) embora seja pacífico o entendimento por parte dos Estados-membros acerca da necessidade de reforma do Conselho de Segurança das Nações Unidas, os membros permanentes do órgão de segurança da ONU, insistem em concentrar poderes, dentre os quais o poder de veto e de admissão de novos membros para integrar tal Conselho de modo provisório. Entretanto, os maiores esforços do Grupo

dos Cinco ou membros permanentes do Conselho de Segurança são no sentido de obstaculizar a entrada de novos Estados-membros permanentes. Deste modo, sendo obrigatórias que qualquer mudança no Órgão de Segurança da ONU tenha o aval do Grupo dos Cinco, tais reformas dificilmente ocorrerão, haja vista que a expansão do Conselho significará perda de status e de influência das nações hegemônicas que o compõe.

Os aspectos supraelencados encontram-se também respaldados nas lições de Sato (2003) que aponta a necessidade de reforma da ONU, embora reconheça que tal empreendimento é difícil, pois embora exista consenso de que a atual composição do Conselho de Segurança não atenda as necessidades da nova ordem internacional, inúmeros são os aspectos controvertidos que obstaculizam a necessidade de reforma da instituição.

Quanto ao Conselho de Segurança da ONU discorre em conformidade com a Carta da organização em seu artigo 23 que é este formado por cinco Estados-membros, com assento permanente e com poder de veto. São eles: Estados Unidos, União Soviética (atualmente Rússia), Reino Unido, França e China e dez membros não permanentes, eleitos pela Assembleia-Geral, cujos mandatos duram dois anos (membros rotativos).

De acordo com Mazzuoli (2011) o Conselho de Segurança das Nações Unidas é o único órgão da instituição com poder de decisões mandatárias, vinculando, portanto os demais membros da ONU a acatar e executar suas decisões, em conformidade com o art. 25 da Carta.

Argumenta-se então que todas as decisões do Conselho de Segurança são obrigatórias e não simples recomendações.

As decisões mandatárias do Conselho de Segurança da ONU assumem um caráter de poder absoluto, incompatível com deliberações contrárias o que justifica os crescentes questionamentos acerca da necessidade urgente de reforma da ONU, sob o risco de se tornar uma organização obsoleta que não atende aos apelos e demandas contemporâneos, o que em última instância poderá comprometer a própria eficácia de suas decisões.

Conforme Giacon (2010) embora reconheçamos a importância do Direito Internacional enquanto guia moral entre as nações e também como instrumento de institucionalização de interesses, o fato é que o egoísmo possui papel precípua nas relações políticas internacionais, e com ele, justifica-se a defesa da soberania e da sobrevivência do Estado-Nação. Assim, as instituições internacionais, dentre elas as Nações Unidas, encontram-se subordinadas à vontade de seus membros.

Diante do advento de uma nova conjuntura internacional que elevou o Direito Internacional a categoria de parâmetro moral entre Estados é aspecto contraditório perceber que o egoísmo ainda prevalece nas relações internacionais. Neste sentido, o processo de mundialização não tem conseguido eliminar o protecionismo estatal frente à internacionalização de interesses. Assim, as Nações Unidas, como as demais instituições internacionais têm sido subordinados a vontade de seus membros, principalmente as nações hegemônicas com poder de veto no Conselho de Segurança.

## **A EFICÁCIA DAS DECISÕES PROFERIDAS PELA ONU**

A ONU possui competência e legitimidade para atuar em conflitos internacionais, pois segundo os propósitos da instituição estabelecidos no artigo 1 de sua Carta constitutiva, estão entre as suas atribuições zelar pela manutenção da paz e da segurança internacionais, podendo buscar medidas para evitar ameaças à paz mundial.

Segundo o artigo 33 da Carta das Nações Unidas:

As partes em uma controvérsia, que possa vir a constituir uma ameaça à paz e à segurança internacionais, procurarão, antes de tudo, chegar a uma solução por negociação, inquérito, mediação, conciliação, arbitragem, solução judicial, recurso a entidades ou acordos regionais, ou a qualquer outro meio pacífico à sua escolha.

A ONU em sua gênese fundamental tem o escopo de promover a paz mundial, buscando sempre métodos pacíficos para solucionar controvérsias. Todavia, torna-se necessário observar que não é sempre possível a busca por soluções pacíficas, assim, esgotadas soluções para resolver litígios é legítimo o emprego de meios coercitivos. Deste modo, a Carta das Nações Unidas, refere-se ao uso da força no artigo 2, destacando que os seus membros devam resolver seus litígios por meios pacíficos. No artigo 2.4 determina aos seus membros que evitem o uso da força contra a integridade territorial ou a dependência política de outro Estado, por último, no artigo 51 quando assegura que em nome do direito inerente de legítima defesa, nada presente na Carta deverá

prejudicar tal direito caso ocorra um ataque armado contra um membro das Nações Unidas, até que o Conselho de Segurança tome as medidas cabíveis para o estabelecimento da segurança e paz.

Nota-se que embora a ONU recomende aos seus membros que evitem o uso da força, sendo esta a regra, existem, entretanto exceções asseguradas pela legítima defesa, permitindo ao Conselho de Segurança que tome medidas cabíveis ao estabelecimento da paz (art. 51 da Carta da ONU). Acerca das denominadas medidas cabíveis a manutenção da paz, posiciona-se o artigo 41 da Carta, ao mencionar que o Conselho de Segurança decidirá sobre as medidas que devem ser empregadas, sem o uso das forças armadas, para tornar efetivas suas decisões. Todavia, o artigo 42 estabelece que não sendo eficazes as medidas previstas no artigo 41, poderá o Conselho de Segurança levar a efeito o uso da força [...] “por meio de forças aéreas, navais ou terrestres, a ação que julgar necessária para manter ou restabelecer a paz e a segurança internacionais” [...].

Conforme entendimento de Ferreira & Baumgarten (2007) o Estado é constituído pela comunidade nacional que lhe delegou poderes e conseqüentemente jurisdição. Quando o Estado integra a comunidade internacional, pode haver conflitos entre aquele e esta, sendo então necessário o emprego de soluções que conciliem interesses distintos em prol da comunidade internacional. Deste modo, embora a ONU não seja detentora de uma jurisdição supranacional, entende-se que suas deliberações condicionam o comportamento estatal, mesmo na esfera interna, compelindo-o a acatar tais deliberações. Todavia, não

cumprindo as determinações impostas pela comunidade internacional, estarão os Estados sujeitos a sanções.

Mesmo considerando a legitimidade da ONU para impor sanções, torna-se relevante questionar: Tem realmente o Estado, por força de sua soberania, a obrigação de acatar tais sanções?

Conforme aponta Sato (2003), a construção da ordem internacional encontra entrave na relutância dos Estados em ceder parte de sua soberania em benefício de instituições internacionais, haja vista que esta atitude implica em ceder total ou parcialmente a prerrogativa de transformar em ação política suas visões de mundo.

Os Estados-membros que assinaram a Carta da ONU delegaram parcela de sua soberania a tal instituição. Assim sendo, não há que se falar em perda da soberania dos Estados perante a ONU, antes, torna-se salutar mencionar que é a própria noção de soberania, que confere ao Estado a liberdade para se tornar ou não membro da organização, entretanto, uma vez tendo aderido à entidade, aceitam as obrigações presente na Carta, conforme estabelece o art. 4º desta: [...] “fica aberto a todos os Estados amantes da paz que aceitarem as obrigações, contidas na presente Carta e que, a juízo da Organização, estiverem aptos e dispostos a cumprir tais obrigações” [...].

A eficácia das decisões proferidas pela ONU relaciona-se à evolução das organizações intergovernamentais, tais organizações conforme aponta Mello (2002, p. 585): [...] “uma vez criadas, não se limitam aos Estados signatários do tratado; pelo contrário, novos Estados

podem se tornar seus membros, bem como aqueles podem perder este status” [...].

A seu turno, Mazzuoli (2011, p.597) discorre acerca das organizações internacionais intergovernamentais, tratando-as como fenômeno da modernidade e fruto de um processo de desenvolvimento das relações bilaterais e multilaterais entre os Estados. Fundamenta-se a gênese de tais organizações na impossibilidade do Estado-Nação de sozinho organizar-se para atingir seus objetivos econômicos, militares, políticos e social. Na condição de senhor absoluto do Direito Internacional Público, o Estado pode ceder em conformidade com as suas necessidades, parte de suas competências funcionais para entidades criadas mediante acordo mútuo, permitindo a tais entidades agirem em seu nome. Todavia, não há que se confundir ceder parcialmente poder, com a noção de dar plenos poderes, assim ao fazer parte de uma organização internacional intergovernamental o Estado reserva-lhe tão somente atribuições necessárias para o cumprimento de funções específicas, sem, contudo falar em plenos poderes, pois estes só o próprio Estado possui, mediante a noção de soberania.

Nota-se que, sendo a Organização das Nações Unidas, uma entidade internacional e intergovernamental, qualquer Estado que dela venha fazer parte deverá aceitar suas determinações, não significa que com isto o Estado abra mão de sua soberania, pelo contrário, utilizando-se de sua soberania, as nações, conferem as organizações internacionais poderes relativos, pois, plenos poderes o Estado só assegura a ele próprio.



Constata-se que as sanções impostas pela ONU aos Estados-membros encontra razão de ser no momento em que os Estados, cedem parte de suas competências para tal organização internacional.

Para Mazzuoli (2011, p.613):

[...]. O descumprimento das obrigações assumidas para com a organização internacional pode trazer ao seu Estado-membro consequências das mais diversas, a depender do que dispõe o respectivo acordo constitutivo, por voto dos outros Estados-membros num dos seus órgãos. O sistema de sanções das organizações internacionais é, porém, diverso tanto dos sistemas de Direito interno (uma vez que não conta ainda com meios típicos de coerção, à maneira do que ocorre no âmbito doméstico) Como dos sistemas de Direito Internacional clássico (em que os meios sancionatórios restavam adstritos à vontade discricionária dos Estados).

Nas decisões da entidade, vigora sempre a noção de pacificação entre os Estados-membros, conforme é possível inferir na redação do Capítulo VI da Carta da ONU, em seu art.1º:

As partes em uma controvérsia, que possa vir a constituir uma ameaça à paz e à segurança internacionais, procurarão, antes de tudo, chegar a uma solução por negociação, inquérito, mediação,

conciliação, arbitragem, solução judicial, recurso a entidades ou acordos regionais, ou a qualquer outro meio pacífico à sua escolha. O Conselho de Segurança convidará, quando julgar necessário, as referidas partes a resolver, por tais meios, suas controvérsias.

Litígios entre partes que venham colocar em risco a paz e à segurança internacionais devem ser trazidos à luz do Conselho de Segurança, que buscará sobremaneira um entendimento entre as partes com o escopo da pacificação. Trata-se, portanto o referido artigo de um método de recomendações. Entretanto, não alcançando os meios de solução pacífica, a ONU, está legitimada a adotar medidas mais enérgicas.

Nota-se que o Capítulo VI da Carta da ONU faz referência, nitidamente às soluções pacíficas: “Solução Pacífica de Controvérsias”. No entanto, a análise do Capítulo VII, nos conduz a um entendimento diferenciado, por apresentar natureza coercitiva, como se observa: “Ação Relativa às Ameaças à Paz, Ruptura da Paz e Atos de Agressão”.

Acerca da eficácia das organizações internacionais Sato (2003) argumenta que a construção de uma ordem internacional pacífica e articulada é tarefa árdua, pois implica em conciliação de interesses políticos contraditórios. Parte das dificuldades enfrentadas para a materialização de uma ordem internacional reside no fato de não existir uma correlação entre o estabelecimento de tais normas e a garantia de que serão efetivamente cumpridas e muito menos ao serem produzidas

farão surgir automaticamente padrões de comportamento. Saliencia-se que mesmo nas dimensões territoriais dos Estados apesar de existir uma autoridade formalmente constituída, a criação de leis não significa que garantias fundamentais sejam asseguradas e plenamente respeitadas, dentre as quais o respeito aos direitos humanos, as garantias de padrões ambientais, a redução de delitos e que os crimes praticados sejam devidamente punidos.

A eficácia das decisões da Organização das Nações Unidas possui em regra um caráter periférico, haja vista, ser possível constatar, que os diversos órgãos que fazem parte da estrutura da ONU, costumam fazer recomendações aos Estados-membros quanto a questões que maculam os dispositivos do documento maior da instituição, ou seja, a Carta da ONU. Entretanto, o mesmo entendimento, não pode ser aplicado ao Conselho de Segurança, já que este pode adotar medidas coercitivas.

O entendimento supramencionado, só nos conduz a reconhecer a necessidade de uma reforma nas estruturas da Organização das Nações Unidas, para que este alcance verdadeiramente os seus objetivos fundamentais deixando de ser refém das nações hegemônicas.

### **NATUREZA JURÍDICA DAS DECISÕES DA ONU**

Acerca da personalidade jurídica das organizações internacionais Mazzuoli (2011, p.613) discorre:

[...] têm personalidade jurídica internacional, da mesma forma que os Estados, podendo participar da cena internacional em seus mais variados campos de atuação. Contudo, a personalidade

jurídica das organizações internacionais não se confunde com a dos seus membros, o que lhes dá total autonomia e independência funcional para gerir os seus interesses e alcançar as finalidades para as quais foram criadas. Em outras palavras, essa personalidade jurídica autônoma e não vinculada à dos seus membros permite-lhe atender às expectativas do conjunto de Estados que dela fazem parte, independentemente da vontade individualizada de cada um deles. Tal personalidade jurídica tem início na data em que as mesmas começam a funcionar efetivamente. Pode-se então considerar que a existência jurídica de uma organização internacional depende integralmente da sua condição de poder decidir autônoma e livremente sem se vincular à vontade dos seus Estados-membros.

Ter personalidade jurídica não é um privilégio somente dos Estados, já que as entidades internacionais também gozam de tal possibilidade. Explicitamente deve ser esclarecido que personalidade jurídica das mencionadas entidades, não pode ser confundida com a personalidade jurídica dos Estados que as compõem. Assim, deve-se falar em autonomia de decisões. Portanto, em nome da autonomia que confere personalidade jurídica a ONU, não pode ser admissível que as

decisões proferidas pela organização supramencionada estejam vinculadas à vontade de seus Estados-membros.

Chamados ao debate Martins et al (2011, p.1) expõem:

Com o surgimento da ONU, pode-se afirmar que os Estados delegaram parcela de sua soberania a tal entidade quando aderiram à Carta das Nações Unidas, com a finalidade de incumbi-la da responsabilidade de resolver, além de outras coisas, os problemas referentes à paz e à segurança internacionais.

Nesse sentido, os Estados comprometem-se, em tese, a respeitar a competência da ONU para atuar no combate ao terror e à crueldade. Contudo, essa instituição é um órgão político, que reflete a balança de poder entre as principais potências militares, políticas, econômicas e sociais, que procura atender aos anseios de consolidação hegemônica desses Estados.

As decisões do Conselho de Segurança sobre a intensidade das medidas que serão tomadas para assegurar a paz e a segurança internacionais são estabelecidas de acordo com a conveniência dos membros permanentes do Conselho. Tudo depende das circunstâncias, dos sujeitos envolvidos na

controvérsia e da disposição política da ONU para enfrentar o problema.

A autonomia de que goza a ONU, não implica na perda da soberania dos Estados-membros, o que deve ser constatado é que o Estado que decide fazer parte da ONU, delega parcela de sua soberania à instituição. Disto, decorrem duas situações fundamentais para compreender o tema em tela. Primeiro, o país que compõe a ONU vincula-se em tese a respeitar as competências da organização, segundo, em decorrência da primeira situação, nenhum país deve fazer valer seus próprios interesses em detrimento de toda a comunidade internacional.

Todavia, não é o que temos constatado, pois, nem só as decisões ou recomendações da ONU têm sido violadas, como também, decisões proferidas por um grupo restrito de países, têm sido apresentadas como se fosse à vontade de todos os Estados-membros, e principalmente como sinônimo da autonomia da organização, quando é na verdade submissão aos interesses estatais hegemônicos. Tal situação pode ser confirmada em conformidade com o pensamento de Sato (2003) que observa a intervenção anglo-americana no Iraque como um exemplo do enfraquecimento da eficácia do Direito Internacional e das organizações internacionais, haja vista que o ataque à soberania iraquiana foi desfechado à margem de normas e princípios internacionais, atingindo sobremaneira a ONU e tudo o que representa.

Conforme aponta Xavier (2007, p. 30 -31) deve ser a ONU considerada uma Organização Internacional e, portanto detentora de

uma natureza jurídica própria. São para a autora, quatro razões que reforça seu entendimento, a saber:

No fundo, pode concluir-se que a ONU é uma Organização Internacional, por quatro ordens de razão. Primeiro, é uma associação/coletividade voluntária de Estados, enquanto sujeitos plenos do Direito Internacional.

Segunda, é constituída por um acto de direito internacional – um Tratado ou Convenção Internacional – que vinculam os Estados a não serem ou virem a ser signatários de outros actos de Direito Internacional que violem as suas obrigações enquanto membros da Organização. A única excepção é feita a entidades que, não sendo um Estado, participam em várias OI's e entidades várias (como a Santa Sé).

Para além disso, uma Convenção Internacional estabelece os fins, a estrutura e as competências da Organização a ser criada com um carácter de permanência natural, já que não define um prazo de duração limitada. O carácter de permanência é ainda reforçado pela necessidade de aceitação e vinculação às mesmas regras (não se admitindo, a priori, reservas ou cláusulas de excepção).

Terceiro, é dotada de uma constituição, neste caso a Carta das Nações Unidas, que regulamenta as relações entre os Estados, através de normas de direito internacional, aceites pelos signatários como vinculativas.

Quarto, é dotada de personalidade jurídica, distinta dos Estados (artigos 104.º e 105.º da Carta), ou seja, é juridicamente autónoma dos seus membros, porque possui órgãos e instituições próprias, criadas para dar materialização prática aos fins comuns a todos os membros da Organização.

A ONU é uma associação voluntária de Estados, portanto não há qualquer argumento ou ação de caracteres coercitivos que requeiram a participação sumária de qualquer Estado, obrigando-o a vincular-se a dita organização. Entretanto, estando o país associado à ONU, compete a este aceitar o que está positivado na Carta da instituição, disto, decorre a obrigação de que os Estados-membros não se vinculem a outras organizações internacionais, cujos dispositivos maculem aqueles estabelecidos na Carta da ONU, documento aceito pelos signatários como vinculativos e por fim, sendo a entidade dotada de personalidade jurídica, o que lhe confere autonomia, não está, pelo menos em tese, vinculada aos interesses dos países-membros, pois possui órgãos que lhe confere atingir fins próprios, distintos dos atos soberanos estatais.

Para Amaral (2010, p. 36):



Quanto ao processo decisório, as organizações internacionais geralmente não operam segundo as normas de deliberação por maioria. O Estado soberano somente costuma se sentir vinculado à determinada resolução caso tenha sido favorável a ela, ao menos no que seja classificado como importante, e não meramente instrumental.

Importante destacar que a Organização das Nações Unidas tem na denominada Carta de São Francisco, o seu documento maior, gozando de supremacia frente a qualquer outro. Sendo a Carta da ONU o documento maior da entidade, nada mais justo que existindo qualquer espécie de conflito entre obrigações assumidas pelos Estados-membros da ONU, frente a qualquer tipo de acordo internacional, deverá sempre prevalecer às obrigações firmadas perante a ONU. Portanto, a Carta da organização é o documento máximo na hierarquia do Direito Internacional.

Verifica-se que a posição adotada pela Carta da ONU, reforça outro entendimento, o que reconhece que embora não seja a instituição uma espécie de governo mundial, pelo seu caráter intergovernamental e não supranacional é conveniente aceitar que em virtude de sua competência e universalidade, a organização assume papel de destaque frente a qualquer outra entidade internacional.

Do exposto até o momento, torna-se imprescindível reafirmar, que a natureza jurídica da ONU a coloca frente aos Estados-membros como um ente cujas decisões são em regra não vinculantes, sendo

apenas recomendações, este é, por exemplo, o escopo da Assembleia-Geral. No entanto a natureza jurídica do Conselho de Segurança assume um caráter vinculante, portanto obriga os países signatários a acatar suas decisões, caso contrário, estão sujeitos a medidas coercitivas, conforme aponta o Capítulo VII, Artigo 39 da Carta da ONU: “O Conselho de Segurança determinará a existência de qualquer ameaça à paz, ruptura da paz ou ato de agressão, e fará recomendações ou decidirá que medidas deverão ser tomadas de acordo com os Artigos 41 e 42, a fim de manter ou restabelecer a paz e a seguranças internacionais”.

A ordem jurídica do Direito Internacional é descentralizada. Assim, por mais que consideramos importante a Carta da ONU esta, não tem a força de uma Constituição, sendo, portanto a vontade dos Estados-membros fator de grande relevância. Reforçando tal argumento, Rezek (2010) menciona que na esfera internacional inexistente autoridade superior e milícia permanente. Deste modo, o Estado-Nação se organiza de modo horizontal agindo em conformidade com normas jurídicas fruto de seu consentimento, haja vista que a criação de normas é obra direta de seus destinatários.

.Convém salientar que tem a Organização das Nações Unidas, o poder de aplicar sanções. Todavia, reflexões devem ser feitas acerca do escopo destas sanções, pois no intuito de punir Estados que macularam dispositivos da ONU, acabam atingindo populações e economias, muitas já marcadas por vulnerabilidades decorrentes de governos autoritários, organizações criminosas e pobreza extrema.

### **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O surgimento da Organização das Nações Unidas procurou ser uma resposta aos conflitos gerados por duas guerras de âmbito mundial. Deste modo, tal instituição, foi apresentada ao mundo, como, um espaço do diálogo e da negociação em prol da promoção, manutenção e fortalecimento da paz.

Compreendendo paz não só como ausência de guerra a ONU, desde a sua criação, apoia a cooperação entre os povos, busca respeitar e fazer respeitar os direitos humanos e procura assegurar as liberdades fundamentais.

Na medida em que expandem as organizações internacionais, impulsionadas pela globalização, relativiza-se a soberania estatal, pois, vivemos os tempos de uma ordem planetária.

Quanto à eficácia das decisões proferidas pela ONU, constata-se, que os Estados-membros ao assinarem à Carta da organização, delegaram parte de sua soberania ou resolveram compartilhá-la com a referida instituição, entretanto não há que se falar em perda de soberania, mas de relativização desta.

Ainda quanto à eficácia das decisões da ONU, critica-se o papel desempenhado pelas nações hegemônicas que têm feito da organização um espaço de luta pelo poder, colocando seus interesses acima das necessidades da comunidade internacional. Deste modo, torna-se urgente uma reforma da instituição, principalmente em seu documento maior e no Conselho de Segurança.

## REFERÊNCIAS

AMARAL, R. C. **O direito internacional: público e privado**. 6. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010.

CARRAZZA, R. A. **Curso de direito constitucional tributário**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

DALLARI, D. de. A. **Elementos De teoria Geral do Estado**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DE CICCIO, C.; GONZAGA, A. de. A. **Teoria geral do estado e ciência política**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FERREIRA, D.; BAUMGARTEN, M. Z. **Controvérsias Internacionais: Solução Pacífica e Coercitivas**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, X, n.47, nov. 2007. Disponível em: < [http:// www.ambito-juridico.com.br](http://www.ambito-juridico.com.br)>. Disponível em 07 de maio de 2015.

FRIEDE, R. **Curso de Teoria Geral do Estado: Teoria Constitucional e Relações Internacionais**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

MALUF, S. **Teoria geral do estado**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARTINS, H. L. M.; SIQUEIRA JÚNIOR, L. M. et al. [As organizações internacionais e o encobrimento das relações de poder no Direito Internacional contemporâneo. Uma crítica à atuação da ONU](#). In: **Jus Navigandi**, Teresina, [ano 16, n. 2742, 3 jan. 2011](#). Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/18188>>. Acesso em 06 mar de 2015.

MAZZUOLI, V. de. O. **Curso de direito internacional público**. 5. ed. rev. atual, e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MELLO, C. D. de. A. **Curso de direito internacional público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

GIACON, L. D. **A Reforma das Nações Unidas**: o caso do Conselho de Segurança. São Paulo, FAAP, 2010. Disponível em <em: [www.faap.br/faculdades/economia/reinternacionais](http://www.faap.br/faculdades/economia/reinternacionais) >. Acesso em 05 de mar de 2015.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (org). **Carta das Nações Unidas. 1945.** Disponível em: <[http://unicrio.org.br/img/CartadaONU\\_VersoInternet.pdf](http://unicrio.org.br/img/CartadaONU_VersoInternet.pdf)>. Acesso em: 05 de mar de 2014.

REZEK, J. F. **Direito internacional público**: curso elementar – 9ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2002.

SATO, E. **Conflito e Cooperação nas Relações Internacionais**: as Organizações Internacionais no Século XXI. Revista Brasileira de Política, Brasília, v. 46, n. 2, p. 161 – 176, 2003.

XAVIER, A. I, RODRIGUES, A. L. et al. **A Organização das Nações Unidas**. Coimbra- Portugal: Humana Global, 2007.



**FACULDADE FARIAS BRITO – FFB**  
**CURSO DE DIREITO – NOITE**  
**DISCIPLINA: TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO III**

**IMUNIDADE TRIBUTÁRIA DOS CEMITÉRIOS PRIVADOS**

**Klécio Emmanuel da Cruz Costa**

**FORTALEZA – CE**

**2015**



**FACULDADE FARIAS BRITO – FFB**  
**CURSO DE DIREITO – NOITE**  
**DISCIPLINA: TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO III**

**IMUNIDADE TRIBUTÁRIA DOS CEMITÉRIOS PRIVADOS**

Projeto de monografia apresentado à disciplina de trabalho de conclusão de curso III como critério parcial de aprovação.

Aluno: Klécio Emmanuel da Cruz Costa

**FORTALEZA – CE**

**2015**



Esta monografia foi submetida ao **Curso de Direito da Faculdade Farias Brito** como parte dos requisitos necessários para a obtenção do grau de Bacharel em Direito. Na avaliação da banca este trabalho obteve o conceito \_\_\_\_\_.

A citação de qualquer trecho desta monografia é permitida desde que de acordo com as normas científicas.



## RESUMO

A imunidade tributária é um benefício criado para a proteção e garantia da efetiva finalidade de entidades elencadas pela Constituição Federal no art. 150, VI, consideradas essenciais para a sociedade. Ao longo da história essa imunidade foi manipulada a favor das classes dominantes, mas com a divisão dos poderes e a inclusão no texto constitucional, solidificou-se e sua eficácia tornou a imunidade instrumento fundamental para a democracia. Neste trabalho será abordado desde o conceito de imunidade até suas principais características e espécies, destacando-se a imunidade objetiva por se tratar de elemento fundamental para o desenvolvimento da tese. O objeto central desse estudo é a incidência da imunidade tributária sobre os cemitérios privados, e para que isso seja possível é de fundamental importância demonstrar que os cemitérios de um modo geral possuem a mesma natureza jurídica dos templos de qualquer culto, equiparando-se a esses sob a ótica da norma imunizante. Para fortalecer essa afirmação foi feita uma abordagem histórica sobre os templos de qualquer culto e também sobre os cemitérios de natureza pública, religiosa e de cunho comercial, considerando-se todas as características que os envolvem afim de tornar claro que ambos se encaixam no mesmo conceito de templo de qualquer culto. Ao tratar desses assuntos a pretensão é buscar uma relação entre os cemitérios privados e a imunidade tributária conferida pela Constituição Federal sob a fundamentação da imunidade objetiva, característica essa predominante nos cemitérios. Sob esse contexto buscou-se posicionamentos na doutrina acerca do tema bem como jurisprudências dos tribunais superiores, sendo analisado de forma minuciosa o teor das decisões.

Palavras Chaves: Imunidade tributária. Imunidade Objetiva. Templos de qualquer culto. Finalidades essenciais. Natureza Jurídica dos Cemitérios. Imunidade tributária dos cemitérios privados.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	06
1 IMUNIDADE TRIBUTÁRIA.....	10
1.1 Breve Abordagem Histórica da Imunidade Tributária.....	10
1.2 Conceito de Imunidade Tributária.....	14
1.3 Classificação das Imunidades Tributárias.....	18
2 IMUNIDADE DOS TEMPLOS RELIGIOSOS.....	25
2.1 Imunidade Religiosa e os conceitos de Culto e Templo.....	25
2.2 Imunidade dos Templos Religiosos no Ordenamento Jurídico Brasileiro.....	32
2.3 Finalidades Essenciais dos Templos.....	37
3 IMUNIDADE TRIBUTÁRIA DOS CEMITÉRIOS.....	42
3.1 Conceito de cemitério e Breve Histórico.....	42
3.2 Natureza Jurídica dos Cemitérios.....	47
3.3 Imunidade Tributária dos Cemitérios Públicos.....	49
3.4 Imunidade Tributária dos Cemitérios Religiosos e Privados.....	53
4 CONCLUSÃO.....	67
5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	71

## INTRODUÇÃO

Os entes federativos são dotados de competência tributária em que união, distrito federal, estados e municípios receberam da Constituição Federal autorização para instituir tributos de sua competência, ocorre que em algumas circunstâncias o poder constituinte originário entendeu por bem proteger alguns entes quanto ao poder de tributar do Estado.

Os legisladores da Constituição Federal se preocuparam em tutelar alguns valores considerados fundamentais para a nossa sociedade, valores estes que deveriam ficar ao resguardo do poder estatal de tributar. Para tanto tiveram o cuidado de estipular algumas normas que limitam o exercício do poder de tributar, proibições expressas dirigidas aos entes federativos no sentido de vedar a tributação de determinados entes e a esse fenômeno conhecemos por imunidade tributária que tem por finalidade preservar valores políticos, religiosos, sociais e éticos, protegendo algumas pessoas, bens ou situações da competência tributária do Estado, eximindo essas entidades de pagar tributos.

Sob este prisma, podemos notar a existência das organizações religiosas, ou templos de qualquer culto a que se refere a letra constitucional este trabalho tem como objetivo interpretar e delimitar a abrangência e a amplitude da norma constitucional expressa no Art. 150 VI, “b” §4º da Constituição Federal que trata das imunidades tributárias para templos de qualquer culto bem como discorrer sobre a aplicação desse benefício constitucional e as dificuldades enfrentadas tanto pelas administrações fazendárias quanto pelas atividades religiosas para usufruir desse direito.

Discorrendo sobre este tema tão vasto em suas ramificações vamos delimitar e analisar a viabilidade da aplicação da imunidade tributária aos cemitérios partindo da premissa que estes possuem natureza jurídica análoga a de templo religioso devendo serem contemplados pelas normas imunizantes.

A questão central desse estudo será em torno da concepção de conferir imunidade tributária aos diversos tipos de cemitérios, mais especificamente aos cemitérios privados administrados por organizações empresariais com fins lucrativos.

Existe uma polêmica acerca da imunidade dos cemitérios privados e no decorrer deste trabalho vamos ver posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais sobre o assunto.

O estudo desse tema justifica-se pela extrema importância para a sociedade em geral pois o cemitério se trata de um bem de uso comum do povo, devendo ser protegido pela imunidade tributária por se tratar de estrutura organizacional instituída com o intuito de propiciar a manifestação da fé através de ritos religiosos independentemente da religião professada.

Para tanto no Capítulo 1, será feita uma abordagem histórica da imunidade tributária no Brasil e suas várias adaptações e transformações no curso do tempo até o atual conceito no ordenamento jurídico brasileiro e sua função teleológica.

Será analisado a importância da imunidade em cada época e como esse instituto foi manipulado por algumas classes que buscavam se beneficiar indevidamente desse direito, chegando ao ponto de desvirtuar e inverter os valores do instituto da imunidade tributária e por fim será conhecida a concepção atual da imunidade tributária, seus efeitos no ordenamento jurídico brasileiro e sua aplicação prática nos dias atuais.

O Capítulo 2, trata da imunidade dos templos religiosos em que se buscará baseado nas principais obras doutrinárias o mais amplo conceito de templo religioso, as normas imunizantes contidas no ordenamento jurídico brasileiro as condições para sua aplicação no tempo e no espaço.

Ainda neste capítulo será explorado as principais opiniões buscando a melhor interpretação que se adequa aos fins as quais se destinam as imunidades tributárias dos templos.

Serão especificadas as ramificações de templo religioso podendo se conhecer suas espécies e o quais instituições se enquadram nessa conceituação que não está bem definida no texto constitucional e neste momento será traçada a relação entre templo de qualquer culto e cemitério através da análise da natureza jurídica de ambas concluindo-se que há semelhança entre as duas entidades podendo está se enquadrar no conceito daquela.

Por fim, no Capítulo 3, será abordado de forma específica a imunidade tributária dos cemitérios.

Neste capítulo será analisado de forma particular cada espécie de cemitério seja privado, público ou religioso, buscando demonstrar a natureza jurídica de cada modalidade de cemitério e a possibilidade da imunidade tributária incidir ou alcançar cada um desses entes.

Neste momento será desenvolvido a questão central deste trabalho que é a imunidade tributária dos cemitérios, mais especificamente os de caráter privado e para fundamentar esta tese, vamos recorrer a opinião de vários juristas renomados no mundo do direito tributário e ainda veremos alguns casos relevantes ao tema que foram objetos de estudo do judiciário e os posicionamentos jurisprudenciais bem como os argumentos jurídicos aplicados a cada caso.

O método de abordagem empregado nesta investigação científica é de competência bibliográfica, ou seja, a estratégia utilizada tem por objeto a análise de entendimentos jurisprudenciais, legislações gerais e específicas sobre o tema, artigos e entendimentos doutrinários acerca da matéria.

Apesar da relevância do tema, esse assunto é pouco explorado na doutrina, fato lamentável devido a importância que essa questão representa pra sociedade, considerando que a religião seja algo enraizado na vida da maioria dos indivíduos que venera os símbolos e as organizações religiosas, por isso a expectativa é de que o tema seja objeto de estudos mais aprofundados.

Os cemitérios fazem parte da cultura religiosa no nosso país, simbolizando o local onde nossos entes queridos ou pessoas com as quais temos afinidades serão eternizadas. Representa um local onde é possível através de determinados ritos religiosos se pode expressar a fé e oferecer homenagens aos falecidos e por ser um bem de uso comum do povo independente se é privado, público ou religioso merece um tratamento mais abrangente da legislação.

Segundo Freud:

“Nós, criaturas civilizadas, tendemos a ignorar a morte como parte da vida... no fundo ninguém acredita na própria morte nem consegue imaginá-la. Uma convenção implícita faz tratar com reservas a morte do próximo. Enfatizamos sempre o acaso: acidente, infecção, etc., num esforço de

subtrair o caráter necessário da morte. Essa desatenção empobrece a vida”(FREUD, 1915).

A concepção de Freud parece refletir sobre a legislação, o sistema judiciário brasileiro e até mesmo a doutrina que abordam de forma bastante sucinta o tema não dando a relevância merecida deixando a resolução das lides a mercê de interpretações análogas ou até mesmo adaptações muitas vezes sem o devido fundamento legal.

Porém existe a expectativa desta realidade mudar pois a cada dia este tema se torna mais importante e necessário se faz um estudo aprofundado devido a inserção da iniciativa privada nos serviços públicos, anteriormente prestados exclusivamente pelos órgãos estatais, o que tem levantado várias questões e polêmicas que precisam ter uma solução jurídica.

## **CAPITULO 01 – IMUNIDADE TRIBUTÁRIA**

No Art. 150 da Constituição Federal da República, o legislador preocupou-se em preservar e proteger alguns entes limitando o poder do Estado em instituir impostos sobre esses, dessa forma conferiu imunidade tributária a entidades consideradas essenciais e indispensáveis à sociedade para que pudessem exercer de forma livre seu papel essencial.

### **1.1 Breve Abordagem histórica da Imunidade Tributária**

A imunidade tributária está presente na história da humanidade desde tempos longínquos, sua evolução foi se caracterizando ao longo do tempo pelas várias transformações sofridas pela organização da sociedade até incorporar a sua atual forma se tornando algo fundamental para a concretização do Estado Democrático de Direito.

Com o surgimento das Cidades-Estados na época primitiva, os bens eram de uso coletivo, fruto da força de trabalho individual, e não se concebia a possibilidade de tributar os bens e as riquezas oriundas da exploração da natureza pelo homem que buscava exclusivamente a sobrevivência.

Em seguida veio a época medieval, onde o sistema vigente foi o feudalismo atrelado ao grande poder conferido a igreja. Nesse período embora os senhores feudais e as instituições eclesiásticas gozassem de imunidade, ambos eram entes autônomos e não se submetiam ao poder do Estado, restando a este recolher tributos da população mais pobre que sofreu com a excessiva onerosidade dos impostos que parte deles eram direcionados aos senhores feudais e senão bastasse ainda eram obrigados a pagar o dízimo a igreja.

Nesta época, o que se pode perceber é uma inversão de valores em que a principal finalidade da imunidade era privilegiar alguns grupos pertencentes as classes dominantes e também beneficiar o clero partindo-se da premissa de que os templos e as autoridades religiosas eram a representação de divindade na terra, portanto instituir tributos aos entes religiosos seria considerado cobrar tributos do próprio Deus.

Neste sentido Ruy Barbosa Nogueira (1995, p.102), descreve com detalhes como se davam esses privilégios sob o ponto de vista político da imunidade tributária nos mais diversos períodos:

“No tempo do Império Romano, os tributos eram chamados munerapelo seu caráter de múnus público. Tais tributos começaram a ser pesados e a surgirem privilégios de múnus particular, com a denominação de immunitas, no sentido de desoneração tributária. Na Idade Média, o clero, a nobreza e as pessoas, hoje dizemos de status social, obtinham imunidades numa verdadeira inversão de princípios da universalidade e da capacidade contributiva. Iam ficando, tais pessoas com maior capacidade contributiva privilegiadas, enquanto as classes menos favorecidas mais oneradas[...]”.

Na mesma direção reforça Regina Helena Costa (2006, p.25) diz que:

“Já ao tempo do Império Romano havia a immunitas – vocábulo que, etimologicamente, significa negação de múnus ou encargo – expediente pelo qual se liberavam certas pessoas e situações do pagamento dos tributos exigidos na sustentação do Estado[...]”.

Devido os abusos cometidos pelos que se beneficiavam da imunidade na idade média era crescente a insatisfação da sociedade e esse privilégio passou a ser cada vez mais combatido, como demonstra Regina Helena Costa (2001, p.):

“A nobreza não aceitava sua função de contribuinte. Para ela, cumpria aos proletários o encargo fiscal: ou melhor, seria papel do proletariado sustentá-los. Tal situação acabou por desembocar na Revolução Francesa, quando os benefícios não mais seriam exclusivamente de uma determinada classe social, consolidando o Estado Fiscal. Antes das Revoluções, entre elas a francesa, reinava uma situação na qual tanto o clero quanto a nobreza eram instituições autônomas[...]”.

Após a dissolução do feudalismo, houve o surgimento do Estado patrimonial, onde a realeza se beneficiava da imunidade, e o impedimento de tributar o senhorio e a igreja servia como instrumento limitador do poder real, sendo estes dois entes agraciados com a imunidade como forma de homenagem.

Somente com a criação do Estado Moderno, a imunidade deixa de pertencer ao Rei para pertencer ao Estado, passando assim por uma profunda transformação, deixando de ser considerado como forma de limitação do poder do Rei pela igreja e



pela nobreza e passa a ser concebido, “limitação ao poder de tributar do Estado pelas liberdades preexistentes dos indivíduos” (TORRES, 1999, pg. 81).

No Brasil, a Constituição do Império de 1824 já esboçava a ideia de capacidade contributiva e imunidade tributária visando proteger alguns entes e situações como a indústria extrativista e a igreja Católica que era a religião oficial do país na época mas somente em 1891 houve previsão expressa de imunidade recíproca entre Governo e Estados Membros.

A constituição de 1981 definiu de forma expressa as limitações à competência tributária no art. 9º, §2º, afirma que é “isenta de impostos, no Estado por onde se exportar, a produção de outros Estados, e ainda os artigos 10 e 11 estabelecem que:

“Art. 10. É proibido aos Estados tributar bens e rendas federais ou serviços a cargo da União, e reciprocamente.

Art. 11. É vedado aos Estados, como a União:

(1º) criar impostos de trânsito pelo território de um Estado, ou na passagem de um para outro, sobre produtos de outros Estados de República ou estrangeiros, e, bem assim, sobre os veículos de terra e água que os transportem;

(2º) estabelecer, subvencionar ou embaraçar o exercício de cultos religiosos;

(3º) prescrever leis retroativas”.

No decurso do tempo a ideia de imunidade tributária foi se fortalecendo no âmbito constitucional, as várias modificações e evoluções da carta magna solidificavam cada vez mais o fenômeno tributário, embora a imunidade tenha sido tratada de acordo com as convicções políticas e econômicas de suas respectivas épocas e não obstante do que ocorreu no restante do mundo, sempre haviam algumas classes privilegiadas que se beneficiavam desse direito.

Esses excessos e abusos oriundos dos privilégios da imunidade tributária tiveram fim com a instauração do regime Federativo e as limitações do Poder.

Viu-se a necessidade de preservar algumas entidades, bens e serviços quanto a competência tributária do Estado, sendo criadas desta feita normas limitadoras desse poder Estatal.

A Constituição Federal de 1988, no ato de sua promulgação trouxe no seu texto o atual conceito de imunidade tributária, conferindo a algumas entidades,

pessoas ou situações um tratamento diferenciado mantendo-os imunes ao poder de tributação do Estado.

Afirma Regina Helena Costa (2006, p.31) que:

“Desse breve retrospecto histórico podemos concluir que, ao lado do gradativo aperfeiçoamento da disciplina da organização política do Estado, caminhou – se também para uma valorização do instrumento de exoneração tributária por excelência – a imunidade -, positivando-se, cada vez mais, a ideia segundo a qual determinadas pessoas, bens e situações – dada a sua natureza jurídica, ou à vista de sua importância para a sociedade – merecem tratamento diferenciado e, portanto devem ser mantidos incólumes ao alcance da tributação.

No Brasil tal tendência, como visto, se fez sentir a partir da democrática Constituição de 1964, texto na qual as imunidades tributárias ganharam destaque e perfil normativo semelhantes aos que ora ostentam.”.

Na Constituição Federal de 1988 a imunidade está prevista no art. 150, inciso VI que assim estabelece:

“Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos

Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

VI - instituir impostos sobre:

- a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros;
  - b) templos de qualquer culto;
  - c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei;
  - d) livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão.
- (Constituição Federal, 2003, p.99/100)”.

O conceito de imunidades tributárias foi aperfeiçoado, determinando-se a ausência de finalidade lucrativas das entidades assistenciais e de educação para efeito de imunidade tributária e se estabeleceu a imunidade recíproca das fundações instituídas e mantidas pelo poder público além disso foi incorporado ao seu texto imunidades referentes às taxas e contribuições, positivando cada vez mais a ideia

de que pessoas, bens e situações especiais devem ser tratadas de uma maneira diferenciada devendo assim permanecerem imunes ao alcance da tributação.

O tributarista João Bosco Peres acredita que:

“Atualmente é pacífico o entendimento de que a imunidade está diretamente ligada à ausência da capacidade contributiva, à universalidade dos tributos e o papel social que determinados sujeitos exercem no meio da sociedade. Todavia tal entendimento já foi diverso, admitindo-se como um autêntico privilégio a imunidade dos nobres e da Igreja ante o poder do Rei.” (Peres, Jus Navigandi, a.8, n.127).

Como foi visto a origem da imunidade tributária foi criada para proteger alguns entes considerados essenciais na sociedade porém ao longo da história tornou-se instrumento manipulado pelas classes dominantes, que desviaram a finalidade essencial da imunidade e se auto imunizaram de maneiras completamente equivocadas, realidade que ganhou outros patamares a partir da transferência do poder de tributar e instituir imunidades para o Estado, que inicialmente também foi refém das classes dominantes, mas finalmente com a divisão de poderes, o instituto da imunidade se solidificou, e a Constituição pode enfim defini-lo de acordo com a sua função essencial de proteger do poder de tributar do estado alguns entes essenciais para a sociedade, garantindo que estes possam exercer suas atividades sem qualquer prejuízo exercido pelo Estado.

## **1.2 Conceito de Imunidade Tributária**

O conceito de imunidade encontra algumas vertentes na doutrina e em muitos casos um autor se contrapõe ao outro, sob o ponto de vista da imunidade ser uma limitação ao poder de tributar do Estado.

Nesse sentido Yoshiaki Ichihara(2000, pg. 165) preleciona que:

“A imunidade não proíbe o legislador de exercer sua competência tributária, uma vez que a Constituição, ao delimitar negativamente, retira do legislador o fundamento de validade para instituir tributos no campo abrangido pela imunidade. Cria, na realidade, um campo de incompetência, o que não se confunde juridicamente com a vedação ou proibição.

Não resta dúvida que a imunidade limita o campo tributário, mas trata-se de uma categoria jurídica à parte e não se confunde, em termos de abrangência ou de natureza jurídica, com as limitações constitucionais ao poder de tributar[...].”

Contrário a esta tese Hugo de Brito Machado (2002, pg. 241) afirma que:

“Imunidade é o obstáculo decorrente de regra de Constituição à incidência de regra jurídica de tributação. O que é imune não pode ser tributado. A imunidade impede que a lei defina como hipótese de incidência tributária aquilo que é imune. É limitação de competência tributária. Há quem afirme, é certo, que a imunidade não é uma limitação da competência tributária porque não é posterior à outorga desta. Se toda atribuição de competência importa uma limitação, e se a regra que imuniza participa da demarcação da competência tributária, resulta evidente que a imunidade é uma limitação dessa competência. O importante é notar que a regra de imunidade estabelece exceção. A Constituição define o âmbito do tributo, vale dizer, o campo dentro do qual pode o legislador definir a hipótese de incidência da regra de tributação. A regra de imunidade retira desse âmbito uma parcela, que torna imune. Opera a regra imunizante, relativamente ao desenho constitucional do âmbito do tributo, da mesma forma que opera a regra de isenção relativamente à definição da hipótese de incidência tributária”.

Há autores como Pestana (2001, pg. 62) que entendem a imunidade como um princípio e assim a conceituam:

“Princípio da imunidade tributária é o feixe de valores jurídicos depositados na Constituição Federal, que permitem construir normas jurídicas que revelam a incompetência das pessoas políticas de direito constitucional interno para instituir tributos nas situações específicas do texto constitucional[...].”

Embora existam divergências, a doutrina majoritária acata a ideia de limitação ao poder de tributar, entendendo que imunidade consiste na “exclusão da competência de tributar, proveniente da Constituição”. (BALEEIRO, 1951, pg. 226).

Roque Antônio Carrazza(2008, pg. 705) afirma que:

“A imunidade tributária é um fenômeno de natureza constitucional. As normas constitucionais que, direta ou indiretamente, tratam do assunto, fixam, por assim dizer, a incompetência das entidades tributantes, para onerar, com exações, certas pessoas, seja em função de sua natureza jurídica, seja porque coligadas a determinados, fatos, bens ou situações[...]”.

O autor reconhece a excepcionalidade de fatos, bens e situações de devem ser tratadas de forma diferenciada devido sua natureza jurídica, devendo estes permanecerem imunes ao poder de tributar das entidades tributantes, havendo portanto uma limitação desse poder.

Entende Eduardo Sabbag(2012, p.283) que:

“A imunidade para tributos representa uma delimitação negativa da competência tributária. É que o legislador constituinte adotou a técnica de traçar, de modo cuidadoso, as áreas que refutam a incidência das exações tributárias, levando-se em consideração nosso sistema rígido de distribuição de competências impositivas[...]”.

Sendo assim Paulo de Barros Carvalho (2004, p.172), entende que:

“A imunidade não exclui nem suprime competências tributárias, uma vez que estas representam o resultado de uma conjunção de normas constitucionais, entre elas, as de imunidade tributária [...]”.

A Constituição Federal de forma rigorosa e explícita disciplina o exercício da competência tributária, tirando do legislador ordinário o poder de definir o alcance das normas jurídicas que criam os tributos.

Desse modo, pode-se concluir que a opinião majoritária dos doutrinadores é que a imunidade sinaliza a incompetência tributária, devido a Constituição, ao definir a competência, excepciona determinadas situações que, não fosse a imunidade, estariam dentro do campo da competência, mas por força da norma imunizante, permanecem fora do alcance do poder de tributar.

Neste sentido arremata ainda Paulo de Barros Carvalho (2004, p.181) que a imunidade se define como:

“A classe finita e imediatamente determinável de normas jurídicas, contidas no texto da Constituição Federal, e que estabelecem, de modo expresso, a incompetência das pessoas políticas de direito constitucional interno para expedir regras instituidoras de tributos que alcancem situações específicas e suficientemente caracterizadas” [...].

Sobre o tema, Aliomar Baleeiro (1977, p.178) também ensina:

“A imunidade para alcançar os efeitos de preservação, proteção e estímulo, inspiradores do constituinte, pelo fato de serem os fins das instituições beneficiadas também atribuições, interesses e deveres do Estado, deve abranger os impostos que, por seus efeitos econômicos, segundo as circunstâncias, desfalcariam o patrimônio, diminuiriam a eficácia dos serviços ou a integral aplicação das rendas aos objetivos específicos daquelas entidades presumidamente desinteressadas, por sua própria natureza”.

É com o recolhimento dos tributos que o governo faz investimentos e executa as políticas públicas fundamentais ao bem estar da coletividade, mas também poderá ainda instituir tributos com a finalidade de estimular ou desestimular determinadas condutas, exercendo assim o tributo uma função extrafiscal.

O tributo pode interferir ou até mesmo impedir o exercício de determinadas atividades, desta forma a imunidade aparece como instrumento de proteção aos direitos fundamentais, com a finalidade de limitar a competência tributária e manter incólume determinados entes. Verifica-se que as imunidades não têm um fim em si mesmo, suas funções estão direcionadas à proteção de valores considerados notáveis na sociedade ou para o Estado em si.

Ives Gandra Martins (2003, p.10) ensina que:

“[...] que a imunidade, nas hipóteses constitucionais, constitui o instrumento que o constituinte considerou fundamental para, de um lado, manter a democracia, a liberdade de expressão e ação dos cidadãos e, por outro lado, de atrair os cidadãos a colaborarem com o Estado, nas suas atividades essenciais, em que muitas vezes, o próprio Estado atua mal ou insuficientemente, como de na educação, assistência social etc.”.

No mesmo sentido Souto Borges (1980, p.184) entende que:

“Analisada sob o prisma do fim, objetivo ou escopo, a imunidade visa assegurar certos princípios fundamentais ao regime, à incolumidade de valores éticos e culturais consagrados pelo ordenamento constitucional positivo e que se pretende manter livres das interferências ou perturbações da tributação”.

Diante os ensinamentos doutrinários expostos, conclui-se que a imunidade representa um instrumento de proteção e cooperação entre o Estado e ao cidadão, possibilitando a efetivação de objetivos indispensáveis a sociedade e conferindo segurança aos entes contemplados pelas normas imunizantes a exercer de forma livre a sua finalidade essencial sem sofrer limitações ou impedimentos por parte do Estado.

### **1.3 Classificação das Imunidades Tributárias**

É sabido que a Constituição Federal visa limitar o poder de tributar do Estado conferindo imunidade tributária a alguns entes e para um melhor entendimento sobre o tema a doutrina decidiu classificar os tipos de imunidades existentes no Ordenamento jurídico como se pode ver a seguir:

#### **1.3.1 Imunidade Subjetiva**

São aquelas conferidas de acordo com a condição de determinada pessoa, atribuída a sujeitos em função da presença de elementos objetivos como o patrimônio, renda ou serviços relacionados com as finalidades essenciais das entidades beneficiadas ou dela oriundas, conforme o art. 150, § 2º e 4º da Constituição federal.

Segundo Regina Helena Costa (2006, p124-126), a imunidade subjetiva ou pessoal é dirigida a uma pessoa, protegendo-se seu patrimônio, renda e serviços. Por exemplo: a não-tributação de contribuições sociais destinadas à seguridade social das entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências em lei.

Sobre este tema Amaro (1997, p.146) escreve:

“As imunidades são definidas em função de condições pessoais de quem venha a vincular-se às situações materiais que ensejariam a tributação (por exemplo, a renda, em regra passível de ser tributada, é imune quando auferida por partido político ou por entidade assistencial que preencha certos requisitos). Mas podem, também, as imunidades ser definidas em função do objeto suscetível de ser tributado (p. ex., o livro é imune), ou de certas peculiaridades da situação objetiva (p. ex., um produto que, em regra, poderia ser tributado, mas, por destinar-se à exportação, é imune). Podem, assim, identificar-se imunidades subjetivas (atentas às condições pessoais do sujeito que se vincula às situações materiais que, se aplicada a regra, seriam tributáveis) e imunidades objetivas (para cuja identificação o relevo está no objeto ou situação objetiva, que, em razão de alguma especificidade, escapa à regra de tributabilidade e se enquadra na exceção que é a imunidade)”.

Sob esse contexto, fica claro que a imunidade subjetiva refere-se as pessoas e suas características enquanto fundamentais para o exercício das finalidades essenciais, devendo estas também serem alcançadas pela norma imunizante.

### **1.3.2 Imunidade Objetiva**

Está relacionada a determinados fatos, bens ou situações e versam sobre coisas, embora também beneficie pessoas.

Sua previsão legal encontra-se no art. 150, VI, “d” da Constituição Federal, sendo que tal proteção é concedida em função do objeto comercializado, assim para Schoueri (2010, p.378):

“[...] abrange somente os impostos incidentes sobre a importação, a produção industrial e a circulação das mercadorias mencionadas, como o II, IPI e o ICMS, e não os impostos sobre a renda e o patrimônio de editoras e livreiros, por exemplo” .

Esse tipo de imunidade portanto refere-se apenas ao bem específico não contemplando ou considerando o contexto.



### 1.3.3 Imunidades Genéricas

Imunidades genéricas estão previstas no art.150, VI da Constituição Federal e são destinadas apenas aos impostos, e tem como finalidade conferir imunidade as entidades elencadas no texto constitucionais sendo as seguintes:

- a) Patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros;
- b) Templos de qualquer culto;
- c) Patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei;
- d) Livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão.
- e) Fonogramas e videofonogramas musicais produzidos no Brasil contendo obras musicais ou literomusicais de autores brasileiros e/ou obras em geral interpretadas por artistas brasileiros bem como os suportes materiais ou arquivos digitais que os contenham, salvo na etapa de replicação industrial de mídias ópticas de leitura a laser.

A doutrina classificou como genérica a imunidade que incide sobre os entes previstos texto Constitucional.

### 1.3.4 Imunidade Recíproca

O texto constitucional mais especificamente no art. 150, VI, “a”, estabelece a imunidade recíproca, senão vejamos:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

VI - instituir impostos sobre:

patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros [...]. (Constituição Federal, 2003, p.99/100).

Este dispositivo veda a instituição de impostos sobre patrimônio, renda ou serviços uns dos outros, isto é, proibição de cobrar impostos entre os entes federados, ou seja, entre a União, os Estados, Distrito Federal e os Municípios.

Vale ressaltar que a imunidade recíproca refere-se apenas a impostos, não contemplando as taxas e contribuições de melhorias.

Paulo de Barros Carvalho (1991, p.120) acrescenta que:

“A imunidade recíproca, prevista no art. 150, VI, a, da Constituição, é uma decorrência pronta e imediata do postulado da isonomia dos entes constitucionais, sustentado pela estrutura federativa do Estado brasileiro e pela autonomia dos Municípios. Na verdade, encerraria imensa contradição imaginar o princípio da paridade jurídica daquelas entidades e, simultaneamente, conceber pudessem elas exercer suas competências impositivas sobre o patrimônio, a renda e os serviços, umas com relação às outras. Entendemos, na linha do pensamento de Francisco Campos Oswaldo Aranha Bandeira de Mello e Geraldo Ataliba, que, se não houvesse disposição expressa nesse sentido, estaríamos forçados a admitir o princípio da imunidade recíproca, como corolário indispensável da conjugação da autonomia municipal. Continuar a imunidade, ainda que implícita, com o mesmo vigor que a formulação expressa lhe outorgou.

É em nome do cânone da supremacia do interesse público ao particular que a atividade de administração tributária ganha foros de efetividade prática. E não poderíamos compreender como, debaixo dessa mesma linha diretiva, uma pessoa jurídica de direito público, munida de personalidade política e autonomia, pelos dizeres explícitos da Constituição, viesse a submeter-se aos poderes de fiscalização e de controle, que são ínsitos ao desempenho daquele tipo de atividade”.

Nestes termos afirma Aliomar Baleeiro (1977, p.92) que:

“Politicamente, a Constituição visa a uma união indestrutível à base da concórdia, do respeito e da solidariedade recíprocos.

Não seria compatível com esses fins supremos, substancialmente ligados à unidade nacional, preocupação máxima de todos os grandes estadistas brasileiros desde a Independência, a interpretação que permitisse aos Estados entre si retaliações tributárias, com os impostos interestaduais, tão combatidos na primeira República, ou as práticas mais ou menos idênticas que ainda hoje ensombram a vida dos Estados americanos, segundo depoimento de financistas da mais alta circunspeção”.

A suprema corte manifestou seu entendimento sobre a imunidade recíproca afirmando que:

“A garantia constitucional da imunidade recíproca impede a incidência de tributos sobre o patrimônio e a renda dos entes federados. Os valores investidos e a renda auferida pelo membro da federação é imune de impostos. A imunidade tributária recíproca é uma decorrência pronta e imediata do postulado da isonomia dos entes constitucionais, sustentado pela estrutura federativa do Estado brasileiro e pela autonomia dos Municípios”. (AI 174.808-AgR, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgamento em 11-3-96, DJ de 1º-7-96).

Sobre essa questão, merece transcrição o seguinte trecho do voto do Min. Celso de Mello:

“É importante por em destaque, neste ponto, a própria razão de ser da cláusula que instituiu a imunidade tributária recíproca.

Sabemos que a Constituição do Brasil, ao institucionalizar o modelo federal de Estado, perfilhou, a partir das múltiplas tendências já positivadas na experiência constitucional comparada, o sistema do federalismo de equilíbrio, cujas bases repousam na necessária igualdade político-jurídica entre as unidades que compõe o Estado Federal.

(...)

A imunidade tributária recíproca – consagrada pelas sucessivas Constituições republicanas brasileiras – representa um fator indispensável à preservação institucional das próprias unidades integrantes do Estado Federal, constituindo, ainda, importante instrumento de manutenção do equilíbrio e da harmonia que devem prevalecer, como valores essenciais que são, no plano das relações político-jurídicas fundadas no pacto da Federação”. (STF, 2ª Turma, RE 363412 AgR/BA, data de julgamento 07.08.2007).

Ainda sobre esta imunidade Geraldo Ataliba (1994, p.235-237), fez as seguintes considerações:

“Com efeito, para tributar, deve a pessoa jurídica de direito público ter **poder** sobre o sujeito passivo. Só o poder lhe permite assegurar, mediante coação, seu comando. Só do súdito pode o poder público **exigir**. Só pode tributar quem pode exercer poder – dentro da margem de discricção apontada – sobre o contribuinte. Aliás, este termo significa sujeito ao poder tributário. Pode-se falar em sujeição ao poder tributário entre os estados federados e federal e vice-versa? Entre estados federados, reciprocamente

considerados? Entre União e município autônomo e vice-versa? Evidentemente não! Decorre da própria natureza das coisas a intributabilidade recíproca dos entes públicos. Não tem qualquer cabimento tributarem-se reciprocamente os entes que exercem o poder público. O fundamento político da imunidade constitucional recíproca – e a Constituição é documento político – dos entes públicos foi magistralmente colocado por Aliomar Baleeiro, nos seguintes termos:[...]

E, pouco mais adiante, fixa lapidarmente primeira regra de hermenêutica: ‘A Constituição não poderá ser interpretada de sorte que ameace a organização federal por ela instituída, ou ponha em risco a coexistência harmoniosa e solidária da União, dos estados e dos municípios’.

Embora na Constituição o legislador tenha feito referência a impostos sobre patrimônio, renda ou serviços, o STF entende que a imunidade recíproca não é restrita somente aos impostos das entidades anteriormente citadas, mas se estende a todo aquele que possa comprometer o patrimônio, renda ou serviço do ente imune, alcançando assim todo e qualquer imposto.

O legislador percebeu que algumas atividades desempenhadas pela administração indireta, por alguns de seus agentes, mereciam o mesmo benefício.

E no art. 150, §2º da Constituição Federal estabelece que a imunidade recíproca estende-se às autarquias e às fundações por serem pessoas jurídicas que desempenham funções relacionadas à atividade estatal, sem fins lucrativos. Desta forma atuam como serviço complementar do Estado e por esta razão não devem pagar impostos.

Em seguida preocupou-se o legislador de disciplinar a imunidade recíproca e estabeleceu no art.150, §3º da Constituição Federal, que a imunidade não se estende a todos os agentes da administração indireta. A regra não se aplica as situações onde o Estado possui atividades de natureza privada.

Desta forma, a imunidade recíproca não irá se aplicar às empresas públicas e às sociedades de economia mista, considerando que são formas do Estado atuar na economia.

Entretanto, o STF tem entendimento contrário tendo decidido que a imunidade recíproca pode se estender às sociedades de economia mista e às empresas públicas que exploram serviços públicos de forma exclusiva, ou seja, quando detém o monopólio de determinada atividade, porém a regra não incide quando a

exploração da atividade econômica concorrer com empresas privadas, preservando assim o princípio da livre concorrência, caso contrário o estado sempre teria valores inferiores tendo em vista que estaria imune aos tributos.

Como foi visto nesse tópico a imunidade tributária poderá ser classificada de várias formas sendo fundamental a associação entre a imunidade específica e o ente a ser contemplado, pois somente dessa forma poderá de forma efetiva garantir ao ente a devida e eficaz contemplação da norma imunizante pretendida pelo legislador.

## **CAPITULO 02 – IMUNIDADE DOS TEMPLOS RELIGIOSOS**

No que se refere ao tema proposto, a imunidade dos templos de qualquer culto é um assunto bastante relevante e discutido na nossa doutrina, na tentativa de se buscar a melhor interpretação e entendimento para que se possa aplicar da forma mais justa e eficaz a imunidade tributária.

### **2.1 Imunidade Religiosa e os conceitos de Culto e Templo**

Para entender o exato alcance da imunidade religiosa, deve-se conhecer preliminarmente o conceito de culto e templo.

De acordo com Eduardo Sabaag(2015, p.337) é possível afirmar que:

“Culto é a manifestação religiosa cuja liturgia adstringe-se a valores consonantes com o arcabouço valorativo que se estipula, programática e teleologicamente, no texto constitucional. Assim, o culto deve prestigiar a fé e os valores transcendentais que a circundam, sem colocar em risco a dignidade das pessoas e a igualdade entre elas, além de outros pilares de nosso Estado. Com efeito, é imprescindível à seita a obediência aos valores morais e religiosos, no plano litúrgico, conectando-se a ações calcadas em bons costumes (arts. 1º, III; 3º, I e IV; 4º, II e VIII, todos da CF), sob pena do não reconhecimento da qualidade de imune”.

Antônio Ferreira Filho (2005, p. 66), descreve culto, nos seguintes dizeres:

“O culto é o cerimonial religioso, o conjunto dos ritos e atitudes desenvolvidas em essencial nos templos das igrejas, não pode e não deve ser entendido como. O culto se resume a reverencia e adoração divina, interesses, quaisquer outros, a que ele se assemelha ou se compara. O culto destina-se à adoração de Deus, ao aprimoramento a espiritualidade”.

A imunidade contempla todas as formas possíveis de manifestação religiosa, até mesmo a mais exótica e extravagante desde que possua racionalidade e organização.

Desta forma as seitas com inspirações atípicas, demoníacas e satânicas, que estimulam a violência, racismo, sacrifícios humanos ou o fanatismo devaneador ou visionário não estão protegidas pela norma imunizante.

Quanto ao conceito de Templo, a doutrina encontra uma certa dificuldade em reduzi-la a planos cartesianos, e a prática tem revelado uma expansão imensa de igrejas pelo mundo com conceituações e rituais diversificados que embora se enquadre nos termos aceitáveis do ponto de vista doutrinário se diferenciam das demais quanto a sua forma e organização, frustrando assim a tentativa de uma definição precisa do termo.

A palavra Templo origina-se do latim *templum* e é basicamente o lugar destinado a realização do culto. Em Roma era um lugar aberto, consagrado pelas autoridades religiosas e simbolizava a ideia da ligação entre os homens e o ser Divino.

Simboliza um lugar Sagrado, onde os religiosos se reúnem para professar sua fé por meio de rituais peculiares a cada religião.

Ao longo da história os homens adotaram a simbologia do templo como local divino e imaculado, muitas vezes chamado de a casa de Deus, e o que se pode observar é que não se mede esforços para se construir edifícios enormes, muitas vezes coberto com ouro, prata dentre outros requintes luxuosos, com a finalidade de adorar o Deus professado com o melhor que se possa extrair desse mundo.

É comum encontrar igrejas, sinagogas e outras formas de templos religiosos como obras arquitetônicas antológicas e na maior parte dos casos os recursos para a construção desses verdadeiros monumentos se originam de ofertas doadas pelos fieis frequentadores daquele templo exatamente por ser tratado pelo homem como o reflexo do mundo divino, a habitação de Deus sobre a terra, o lugar da presença real e cabe ao servo fiel dar o melhor de si para Deus e as ofertas para a casa de Deus recepciona perfeitamente essa filosofia.

Em termos gerais, templo pode abranger toda uma ordem religiosa, composta de locais de culto e de administração, o que inclui toda a estrutura envolvida no processo bem como as pessoas envolvidas na administração e execução das atividades, embora em sentido restrito, templo é apenas o local de celebração das cerimônias religiosas.

O que se sabe ao certo é que o templo pode se manifestar de várias formas e constantemente há evoluções na sua estrutura devido o surgimento cada vez maior

de igrejas, desta feita há algumas conceituações que buscam definir o templo, dentre elas encontra-se na doutrina 3 principais teorias que tem como finalidade conceituar o termo templo. No manual de Direito Tributário, Eduardo Sabaag (2015, p. 338 - 339). classifica essas teorias para fins didáticos como (I) clássico-restritiva, (II) clássico-liberal, (III) moderna.

**(I) Teoria Clássico-restritiva (Concepção do Templo-coisa):**

Conceitua o templo como o local destinado à celebração do culto. Pauta-se na coisificação do templo religioso (*universitas rerum*, ou seja, o conjunto de coisas), que se prende, exclusivamente, ao local do culto. Exemplo: não deve haver a incidência de IPTU sobre o imóvel – ou parte dele, se o culto, v.g., ocorre no quintal ou terreiro da casa – dedicado à celebração religiosa; não deve haver a incidência de IPVA sobre o chamado templo-móvel (barcaças, caminhões, vagonetes, ônibus etc.); entre outras situações. Como defensores dessa concepção, aproximam-se Pontes de Miranda, Paulo de Barros Carvalho e Sacha Calmon Navarro Coêlho.

**(II) Teoria Clássico-liberal (Concepção do Templo-atividade):**

Conceitua o templo como tudo aquilo que, direta ou indiretamente, viabiliza o culto. Nessa medida, desoneram-se de impostos o local destinado ao culto e os anexos deste (*universitas juris*, ou seja, o conjunto de relações jurídicas, afetas a direitos e deveres). Como defensores dessa concepção, aproximam-se Aliomar Baleeiro, Roque Antônio Carrazza e Hugo de Brito Machado.

Note alguns didáticos exemplos na linha de defesa dessa concepção:

- a) não deve haver a incidência de IPTU sobre a residência do religioso, sobre a casa ou salão paroquial, sobre o centro social, sobre todos os anexos ao templo, como nítidas pertenças do templo;
- b) não deve haver a incidência de IPTU sobre o local destinado à aprendizagem da liturgia (conventos ou outras habitações de comunidades religiosas);
- c) não deve haver a incidência de IPVA sobre o veículo (carro, avião, barco) utilizado pelo religioso para a realização do trabalho eclesástico.

Para Aliomar Baleeiro, não se deve considerar templo “apenas a igreja, sinagoga ou edifício principal, onde se celebra a cerimônia pública, mas também a dependência acaso contígua, o convento, os anexos por força de compreensão, inclusive a casa ou residência do pároco ou pastor, desde que não empregados em fins econômicos”.

É possível notar que as duas correntes até aqui apresentadas – a do templo-coisa e a do templo-atividade – apresentam uma



característica comum: limitam a imunidade ao local do culto e ao conjunto de bens e atividades vinculadas a ele. O STF, aliás, sob a égide da Carta Magna de 1946, assim se posicionava:

EMENTA: A imunidade estatuída no art. 31, V, “b”, da Constituição (1946), é limitada, restrita, sendo vedado à entidade tributante lançar impostos sobre templos de qualquer culto, assim entendidos a igreja, o seu edifício, e dependências. Um lote de terreno, isolado, não se pode considerar o solo do edifício do templo.

(RE 21.826/DF, 2ª T., rel. Min. Ribeiro da Costa, j. 02-07-1953).

**(III) Teoria Moderna (Concepção do Templo-entidade):** Conceitua o templo como entidade, na acepção de instituição, organização ou associação, mantenedoras do templo religioso, encaradas independentemente das coisas e pessoas objetivamente consideradas. No sentido jurídico, possui acepção mais ampla que pessoa jurídica, indicando o próprio “estado de ser”, a “existência”, vista em si mesma.

Nessa medida, o templo-entidade extrapola, no plano conceitual, o formato da *universitas rerum*, destacado na teoria clássico-restritiva, e a estrutura da *universitas juris*, própria da concepção clássico-liberal, aproximando-se da concepção de organização religiosa, em todas as suas manifestações, na dimensão correspondente ao culto. Curiosamente, segundo Flávio Campos, o texto constitucional registra o vocábulo **entidade** “exatas cinquenta e duas vezes e, em todas elas, emprega-o com este sentido de ‘instituição’, ‘associação’, ‘organização’”. Como defensores dessa concepção, aproximam-se José Eduardo Soares de A nosso sentir, a concepção moderna tem-se mostrado a mais adequada à satisfação da problemática que circunda a tributação dos templos religiosos que, em virtude do dinamismo que tem orientado a atividade, com questões jurídicas as mais variadas possíveis, requerem do exegeta um certo desprendimento das estruturas formais, a fim de atingir a *ratio legis* e propor a justiça fiscal aos casos concretos. Melo, Marco Aurélio Greco, Celso Ribeiro Bastos, entre outros”.

Como se pode observar a doutrina tem visões diferenciadas sobre o conceito de templo e isso reflete diretamente na aplicação da imunidade tributária, devido as várias correntes doutrinárias não se chegou ainda a um denominador comum quanto a extensão da norma imunizante, e a discussão gira em torno do alcance dessa norma em todos os entes envolvidos no contexto do templo religioso.

Não obstante a outros assuntos, esse tema já foi objeto de estudo e análise da jurisprudência pátria, que se posicionou favorável a teoria que afirma que a

imunidade se estende a outros imóveis além do templo. Nesse sentido há julgados do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios e do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná:

“EMENTA: ADMINISTRATIVO E TRIBUTÁRIO. IPTU. TEMPLO RELIGIOSO. PRÉDIO DESTINADO À MORADIA DO PRESIDENTE DA IGREJA. IMUNIDADE DECLARADA. SENTENÇA MANTIDA.

1. Nos termos do art. 150, VI, letra b, da CF, é vedado ao Distrito Federal instituir imposto sobre templos de qualquer culto.

2. A imunidade abrange não só o prédio onde são realizadas as cerimônias e liturgias, mas também os imóveis relacionados às atividades essenciais da entidade religiosa, dentre os quais, necessariamente, se inclui a casa destinada à moradia de seu sacerdote, pastor ou equivalente.

3. Recurso conhecido e improvido. (APC20050111350616 – Rel. Des. Jesuíno Risato. Julgamento: 25/03/2009. Publicação: 13/04/2009. Órgão Julgador: Segunda Câmara Civil).

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL – TRIBUTÁRIO - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL JULGADOS IMPROCEDENTES - IPTU - IMUNIDADE SOBRE TEMPLOS DE QUALQUER CULTO - IMÓVEL CONTÍGUO UTILIZADO COMO ESTACIONAMENTO PARA VIABILIZAR O ACESSO DOS FIÉIS AO TEMPLO - REGRA IMUNIZANTE DO ART. 150, VI, ALÍNEA "B", DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - RECURSO PROVIDO PARA JULGAR PROCEDENTES OS EMBARGOS, COM INVERSÃO DOS ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA. - "São considerados templos não apenas os edifícios destinados à celebração pública dos ritos religiosos, isto é, os locais onde o culto se professa, mas, também, os seus anexos. Consideram-se 'anexos dos templos' todos os locais que tornam possíveis, isto é, viabilizam o culto ou dele decorrem." (Curso de Direito Constitucional Tributário. Roque Antônio Carrazza. 22ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 718). – O bem discutido neste processo é imune à cobrança de IPTU, haja vista que o entendimento do STF volta-se para uma interpretação ampliada da alínea "b" do inciso VI do art. 150 da Constituição Federal, de forma a estender o benefício aos bens que cumprirem a finalidade religiosa a que se destinam. - Não tendo sido o Município de Curitiba capaz de comprovar a ausência de tal finalidade religiosa, o que era dever seu, a procedência dos embargos à execução é imperativa, motivo porque se impõe a reforma da sentença que julgou improcedentes os embargos. (TJPR – APC 532422- Rel. Des. Cunha Ribas. Julgamento: 05/05/2009. Publicação: 23/06/2009. Órgão Julgador: Segunda Câmara Civil)”.

Em contrapartida, vale notar que em 1953, o STF entendeu de forma unânime posicionamento contrário ao anteriormente oposto e no RE de nº 21826-DF, decidiu que somente o imóvel em que o templo estava instalado possuía imunidade, ou seja, a igreja, o seu edifício e suas dependências.

Aplicando desta forma a teoria Clássico-Restritiva, que restringe a imunidade apenas ao local do templo, como se pode observar no voto proferido pelos ministros no julgamento em questão:

Templo – Liberdade de culto – intributabilidade – Inteligência restritiva – Inadmissibilidade da extensão a terreno anexo à igreja – Aplicação do art. 31, V, “b”, da Constituição (1946) “A imunidade estatuída no art. 31, n 5, letra “b” da Constituição, em favor da recorrente, é limitada, restritiva, sendo vedado à entidade tributante lançar impostos sobre templos de qualquer culto, aos bens imóveis pertencentes à Irmandade da Glória, ora recorrente, não se estende a isenção (sic) em apreço, pois a eles não se refere, expressamente, a preceituaçãconstitucional. Essa é restrita, inampliável, eximindo da tributação apenas os templos. Não, assim, a todos os bens imóveis da Irmandade. Se esta o possui, deve pagar os respectivos tributos que apenas não incidem sobre o templo, a saber, a igreja, o seu edifício, e dependências. "Um lote isolado não pode se considerar o solo do edifício do templo". (STF - RE 21826- DF – Rel. Min. Ribeiro da Costa. Julgamento: 02/06/1953. Publicação: 30/12/1953).

Embora no caso em tela o STF tenha se posicionado contra a extensão da imunidade aos bens pertencentes a entidade religiosa, veremos mais adiante que alguns pontos devem ser criteriosamente analisados quanto a função essencial exercida por esses bens e anexos e em alguns casos o entendimento tem sido predominantemente contrário a este posicionamento em questão.

Torna-se fundamental a compreensão sobre o conceito de culto e templo para se entender a finalidade e a importância de se conferir imunidade tributária a esses entes que representam um papel tão importante e presente na sociedade devendo para isto receber um tratamento especial da legislação pátria.

Esse privilégio fiscal adquirido pela igreja se deu de forma bastante peculiar, uma vez que desde a antiguidade a relação entre igreja e Estado se confundem em vários aspectos e muitas vezes o representante do governo era considerado uma espécie de líder religioso representando não somente uma figura política mas

também representava a personificação da vontade divina que escolheu determinado líder para conduzir o seu povo.

No Brasil, o exemplo mais marcante é a relação entre o Governo e a igreja católica, sendo que a igreja exercia um papel fundamental servindo de instrumento de justificação ideológica na cobrança de tributos pelo Estado Fiscal, se por um lado a igreja foi beneficiada com a imunidade, esta tinha a obrigação de conscientizar e convencer os fiéis do pagamento dos tributos sempre alegando que tal ato representava um gesto de fidelidade a Deus, e a ideologia se baseava na ideia de que o indivíduo ao pagar o tributo na verdade estaria devolvendo a Deus uma pequena parcela de um todo que lhe foi conferido e isto representava gratidão e fidelidade.

Esse convencimento na maior parte das vezes se baseava em argumentos subjetivos que remetia à ideia do não pagamento do tributo como ato de desobediência e o fiel era até mesmo acusado de estar roubando a Deus pois aquela determinada quantia não lhe pertencia, e assim através de argumentos retóricos e falaciosos, a igreja incutia na mente do fiel uma série de situações em que o não pagamento dos impostos afetava diretamente a fé, a moral e a dignidade do homem perante Deus e afirmava que tanto o não pagamento do tributo ao estado constituía pecado como a omissão do estado quanto ao poder de tributar significava uma transgressão divina da mesma gravidade.

Seguindo essa premissa, encontra-se a figura do dízimo, onde cada indivíduo deverá devolver à igreja ou à Deus à décima parte dos seus rendimentos e riquezas adquiridas em determinado lapso temporal, e no período da Coroa e em boa parte do império o dízimo representava o meio de arrecadação de recursos para o pagamento das despesas reais bem como para o pagamento de despesas diversas dentre elas estava as da igreja, e nesse período se registra o regime do padroado onde os líderes religiosos eram funcionários do governo, sendo a igreja mantida pelo estado.

Num mundo afetado pelo imaginário religioso, a pressão exercida pelos argumentos da igreja fazia diferença resultando em efeitos práticos relevantes para o Estado, e nesse prisma como uma espécie de benefício por servir de instrumento ideológico para arrecadar tributos por parte do Estado, o templo religioso foi privilegiado com a imunidade durante toda a história e até os dias atuais é tratado de forma especial pela Constituição Federal mais precisamente no art. 5º, VI, em que

há uma proteção expressa a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias.

## **2.2 Imunidades dos Templos Religiosos no Ordenamento Jurídico Brasileiro**

A partir do surgimento de um País laico, no qual não há uma religião oficial nasceu a necessidade de se atender o tratamento igualitário entre as diversas entidades religiosas, e essa conceituação foi se tornando cada vez mais presente no texto constitucional objetivando dar eficácia ao exercício da liberdade religiosa, afastando a tributação sobre os espaços físicos, sobre as atividades realizadas pela igreja e sobre as rendas aferidas por ela.

Neste sentido, Alexandre de Moraes (2002, p.215) afirma que:

“A conquista constitucional da liberdade religiosa é verdadeira consagração de maturidade de um povo, pois, como salientado por Themístocles Brandão Cavalcanti, é ela verdadeiro desdobramento da liberdade de pensamento e manifestação.

A abrangência do preceito constitucional é ampla, pois sendo a religião o complexo de princípios que dirigem os pensamentos, ações e adoração do homem para com Deus, acaba por compreender a crença, o dogma, a moral, a liturgia e o culto. "O constrangimento à pessoa humana de forma a renunciar sua fé representa o desrespeito à diversidade democrática de ideias, filosofias e a própria diversidade espiritual”.

A primeira garantia constitucional da imunidade dos templos se deu na Constituição de 1946, que desobrigava estes entes dos pagamentos de impostos, dispositivo reproduzindo na Constituição de 1967.

Na Constituição Federal de 1988, a imunidade aos templos de qualquer culto ganha destaque no art. 150 e é disciplinada da seguinte forma:

“Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

VI - instituir impostos sobre:

(...)

b) templos de qualquer culto;

(...)

§ 4º As vedações expressas no inciso VI, alíneas b e c, compreendem somente o patrimônio, a renda e os serviços relacionados com as finalidades essenciais das entidades nelas mencionadas”.

O disposto na alínea “b” do inciso VI do art. 150 da Constituição Federal veda a instituição de impostos sobre templos de qualquer culto. O templo é o local onde são realizados os cultos religiosos, e a leitura do inciso em princípio contempla a ideia de que templo compreende o imóvel ou o espaço físico dedicado ao culto e a vedação de instituir impostos abrangeria apenas os impostos incidentes sobre imóveis.

Entretanto no §4º ao determinar que o disposto nas alíneas “b” e “c” do inciso VI “compreendem somente o patrimônio, a renda e os serviços relacionados com as finalidades essenciais das entidades nelas mencionadas”, possibilitando uma interpretação mais extensa do conteúdo da imunidade, de forma a abranger a “renda do templo”, o patrimônio do templo” e os “serviços do templo”.

A título exemplificativo, o imóvel destinado aos cultos religiosos pertence a uma organização religiosa, em consequência, a organização religiosa não pode sofrer a incidência de impostos que vise a tributar o imóvel em questão, ou a renda auferida em decorrência do culto ou que se destine ao culto, ou os serviços integrantes da atividade religiosa em si mesmo considerada.

Sob esse prisma escreve Eduardo Sabbag (2015, p. 341) que:

“O preceptivo que desonera alcança o patrimônio mobiliário e imobiliário dos templos, as rendas (decorrentes da prática do culto) e os serviços, quando vinculados a finalidades religiosas.

À guisa de exemplificação, levando-se em conta os signos “patrimônio”, “renda” e “serviços”, fácil é perceber que não deve haver a incidência Imunidade dos Templos Religiosos dos seguintes impostos sobre o templo: IPTU sobre o prédio utilizado para o culto, ou sobre o convento; IPVA sobre o veículo do religioso utilizado no trabalho eclesiástico, ou sobre o chamado templo-móvel; ITBI sobre a aquisição de prédio destinado ao templo; IR sobre as doações, dízimos ou espórtulas dos fiéis, ou sobre as rendas oriundas de aplicações financeiras do templo; ISS sobre o serviço religioso (batismos e conversões); etc”.

Roberta Moreira compartilha da mesma ideia afirmando que:

“É vedado às pessoas políticas instituírem impostos sobre templos de qualquer culto no que se refere ao patrimônio, renda e serviços, vinculados a suas finalidades essenciais (art., VI, b e 4º da CF).

Imunidade subjetiva: Refere-se à entidade e não a um determinado bem. Templos de qualquer culto é uma expressão ampla que abrange não só as Igrejas, como também as Lojas Maçônicas, Casa do Pastor, Convento, Centro de Formação de Rabinos, Seminários, Casa Paroquial, Imóveis que facilitam o culto, veículos utilizados para atividades pastorais, como o templo móvel e etc. Assim os anexos dos templos também são abrangidos. Como os Templos presumem-se não imorais, cabe à Pessoa Política Provar que o são para que possa fazer incidir os impostos. Patrimônio, Renda e serviços relacionados com as finalidades essenciais do templo: Tendo em vista que a imunidade tem limites, não alcança atividades desvinculadas do culto (art. 150, 4º da CF). Ex: Estacionamento da Igreja pode ser tributado por ISS, IPTU, IR, etc. Entretanto, o que é comercializado dentro do templo está a salvo da tributação, pois faz parte do culto. É vedado às pessoas políticas instituir imposto sobre patrimônio, renda e serviços dos Partidos políticos e suas fundações, Sindicatos de empregados e Instituições assistenciais e educacionais sem fins lucrativos, observados os requisitos apontados na lei (art. 150 III, c da CF). Na falta de cumprimento dos requisitos do artigo 14 do Código Tributário Nacional, a autoridade competente pode suspender a aplicação do benefício.(<http://fg.jusbrasil.com.br/noticias/40791/qual-a-brangencia-da-imunidade-tributaria-aos-templos-de-qualquer-culto-roberta-moreira>> Acesso em: 30/05/2014.)

Hugo de Brito Machado (2007, p. 308) sustenta a que:

“imunidade é a qualquer bem destinado ao culto, sendo proibido imposto sobre a renda das contribuições feitas pelos fiéis ou membros da igreja, tal qual casamentos, celebração de missas, a receita oriunda das rendas de aluguel de imóveis da mesma, desde que não configure atividade mercantilista, nada tendo a ver com os recursos provenientes desses bens patrimoniais, desvirtuando seu papel, intervindo na economia, atuando como concorrente. O uso dos estacionamentos, uma vez configurada como atividade costumeira, o fabrico de pão ou qualquer atividade econômica fora dos propósitos da entidade, que possa intervir na concorrência, estará automaticamente sujeita à tributação.”

Aliomar Baleeiro (1976, p. 91) expressa seu entendimento no sentido de que a imunidade dos templos religiosos não se limita ao local físico de realização de cerimônias, com a seguinte interpretação:

“O templo não deve ser apenas a igreja, sinagoga ou edifício principal, onde se celebra a cerimônia pública, mas também a dependência acaso contígua, o convento, os anexos por força de compreensão, inclusive a casa ou residência especial, do pároco ou pastor, pertencente à comunidade religiosa, desde que não empregados em fins econômicos”.

Corroborando com a teoria moderna o STF assim se posiciona quanto à abrangência da imunidade prevista no art. 150, VI, “b”, da Constituição Federal:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. IPTU. IMUNIDADE DE TEMPLOS. PRÉDIOS SEPARADOS DAQUELE EM QUE SE REALIZAM OS CULTOS. FUNCIONAMENTO E FINALIDADES ESSENCIAIS DA ENTIDADE. RECURSO PROTETATÓRIO. MULTA. AGRAVO IMPORVIDO.

I - A imunidade prevista na Constituição que tem como destinatário os templos de qualquer culto deve abranger os imóveis relacionados com a finalidade e funcionamento da entidade religiosa. Precedentes. II - Recurso Protelatório.

Aplicação de multa. III - Agravo regimental improvido.

Decisão

A Turma negou provimento ao agravo regimental no agravo de instrumento, com imposição de multa, nos termos do voto do Relator. Unânime. Ausente, justificadamente, o Ministro Menezes Direito. 1ª Turma, 23.06.2009. (<[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=651138&base=base Acordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=651138&base=base%20Acordaos)> Acesso em: 30 de maio de 2014).

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. IPTU. IMUNIDADE. TEMPLOS DE QUALQUER CULTO. DESTINAÇÃO DO IMÓVEL. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO.

1. A imunidade prevista no art. 150, VI, "b", da Constituição do Brasil, deve abranger não somente os prédios destinados ao culto, mas, também, o patrimônio, a renda e os serviços relacionados com as finalidades



essenciais das entidades nelas mencionadas. Precedente. 2. Reexame de fatos e provas. Inviabilidade do recurso extraordinário. Súmula n. 279 do STF. Agravo regimental a que se nega provimento.

Decisão A Turma, por votação unânime, negou provimento ao recurso de agravo, nos termos do voto do Relator. 2ª Turma, 26.06.2007. (<[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=651138&base=base Acordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=651138&base=base%20Acordaos)> Acesso em: 30 de maio de 2014).Acórdãos no mesmo sentido

Numa decisão do Supremo Tribunal Federal no RE 325.822 contida no informativo nº 295 do STF, de 16 a 20 de dezembro de 2002, reformou o Acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que legitimou a cobrança de IPTU relativamente a lotes vagos e prédios comerciais de entidades religiosas, contraria a essa decisão, o STF estendeu a imunidade a esses imóveis.

Sobre esta decisão, comenta Cláudio Carneiro (2006, 99-101):

“Tal decisão, considerando o valor constitucional da liberdade religiosa como um dos pilares do liberalismo e o Estado de Direito, veio a interpretar sistematicamente a Constituição, aplicando extensivamente a imunidade aos lotes vagos e prédios comerciais. Ponderou-se que tal princípio, sobrepuja o que dispõe outros dispositivos da Constituição, em especial o seu art. 19, que veda à União aos Estados, ao DF e aos Municípios estabelecer cultos religiosos, subvencioná-los, embaraçar-lhes ou manter com eles uma relação de dependência. Ainda, o próprio § 4º do art. 150 de nossa Constituição, que vincula as imunidades às finalidades essenciais das entidades mencionadas, ou seja, o culto religioso em si, e não imóveis alugados e lotes vagos que notadamente não atingem essa finalidade.

É extremamente louvável a decisão do STF em garantir e aplicar princípios e direitos fundamentais previstos na Constituição como: a dignidade da pessoa humana, a inviolabilidade, a liberdade de consciência e de crença (art. 5º, inciso VI), a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, visando com isso reduzir as desigualdades sociais, protegendo ainda os locais de culto e suas liturgias. Porém nos parece que, no confronto da liberdade de culto e o artigo 19 supracitado, há um óbice material, haja vista que a concessão de imunidade nas hipóteses não ligadas diretamente com a finalidade das entidades nelas mencionadas, nada mais é do que uma forma de forma indireta de subvenção. Por outro lado, confronta-se também com o § 4º do art. 150 da nossa Constituição, que estabelece uma vinculação para que a imunidade sobre a renda, patrimônio e os serviços

seja aplicada Essa relação deve ser essencial das entidades que, como se trata de templo de qualquer culto, entender-se-á a finalidade religiosa. Daí, não haver uma compatibilidade com a extensão da Imunidade a lotes vagos e prédios comerciais das entidades religiosas, principalmente quanto a estes últimos, por possuírem finalidade econômica, exteriorizando assim a capacidade contributiva e, assim sendo, não há como se afirmar que um imóvel comercial não desempenha atividade econômica. Logo, exterioriza riqueza que, por sua vez, em tese gera tributação.

Nenhum imposto incide sobre templos de qualquer culto. Templo não significa apenas a edificação, mas tudo quanto esteja ligado ao exercício da atividade religiosa. Não pode haver imposto sobre: missas, batizados ou qualquer outro ato religioso. Nem sobre qualquer bem que esteja a serviço do culto. Mas pode incidir imposto sobre bens pertencentes à Igreja, desde que não sejam instrumentos desta. Prédios alugados, por exemplo, assim como os respectivos rendimentos, podem ser tributados. Não a casa paroquial, ou o convento, ou qualquer outro edifício utilizado para atividades religiosas, ou para residência dos religiosos. Por outro lado, é bom esclarecer que os lotes vagos não possuem fins lucrativos, e assim sendo, nada impede que se que se aceite a tese de que tal imunidade poderia ser concedida por ausência de conteúdo econômico, mas, em relação aos imóveis alugados, não há como excluir o conteúdo econômico. Outro argumento que poderia ser utilizado em defesa da imunidade de bens com exploração econômica seria no sentido de que a renda obtida com essa exploração econômica seja revertida em prol de benfeitorias, custeio e desenvolvimento do templo e da atividade religiosa, ou seja, revertida para suas atividades essenciais. Tal entendimento seria plausível se essas entidades religiosas possuíssem uma escrituração contábil que comprovasse tais investimentos, ou seja, que comprovassem a reversão do lucro auferido nas finalidades essenciais da entidade. Sem tal comprovação, ficaria simples a presunção de que tal “riqueza”, tal montante, seria ou deveria ser reaplicado. A ausência de escrituração como fundamento concessivo da imunidade feriria também o princípio da isonomia com outras entidades ou até mesmo sociedades comerciais que, por força legal, são obrigadas a fazê-lo”.

### **2.3 Finalidades Essenciais dos Templos**

‘No tocante as finalidades essenciais dos Templos, o art. 150, VI, alínea “b” dever ser interpretado concomitantemente com o § 4º do referido artigo, ficando

determinado que a imunidade dos templos “compreendem somente o patrimônio, a renda e os serviços relacionados com as finalidades essenciais das entidades nelas mencionadas”.

A igreja ou o templo pode captar recursos oriundos de diversas atividades paralelas, seja por meio de dízimos e ofertas, vendas de produtos religiosos, vendas de imagens, alugueis de imóveis, cerimônias como casamentos, batizados e etc. devendo-se analisar sob a ótica da vinculação ou não a sua finalidade essencial já que a Constituição decidiu limitar a aplicação da norma imunizante exclusivamente as atividades estritamente essenciais dos templos.

Para Hugo de Brito Machado (1998, p.87):

“É impróprio limitar a imunidade em foco a imposto cujo fato gerador seja o patrimônio, renda ou serviços, pois todo imposto acaba por pesar “sobre o patrimônio, ou sobre sua expressão dinâmica, a renda. Por isso mesmo, a rigor, a referência a serviços chega a ser supérflua, funcionando apenas como explicitação da garantia constitucional de proteção da instituição contra o poder de tributar”.

A Constituição não deixa claro nem oferece elementos suficientes para se identificar quais os serviços, rendas e patrimônios dos templos que devem ou não ser contemplado pela norma imunizante, sendo essa uma questão importantíssima pois é a delimitação e definição que irá definir quais as atividades que estão vinculadas ou não a finalidade essencial do templo e essa definição vaga do artigo sob o conceito de finalidades essenciais deixa margem para diversas interpretações na doutrina senão vejamos:

Para uma melhor compreensão das finalidades essenciais Regina Helena Costa (2009, p.86.) leciona que:

“São aquelas inerentes à própria natureza da entidade-Vale dizer, os propósitos que conduziram à sua instituição. Finalidades essenciais dos templos de qualquer culto, portanto, são à pratica do culto, a formação de religiosos, o exercício de atividades filantrópicas e a assistência moral e espiritual aos fiéis”.

No entendimento da Prof.<sup>a</sup> Regina Helena, mesmo que a igreja explore atividades comerciais essa prática estará dentro dos parâmetros exigidos pela

Constituição quanto a imunidade, desde que reverta a renda obtida dessas atividades em suas finalidades essenciais, concluindo que o fator determinante da imunidade seja a destinação dos recursos obtidos pelo templo devendo-se desconsiderar a tipicidade da atividade.

Yoshiaki Ichiara(2001, p.239), partilha de um entendimento semelhante ao concluir que:

“Havendo vendas no recinto do templo, de catecismo, bíblias, livros religiosos, santinhos, revistas, emblemas da instituição, água benta, pílulas de Frei Damião, santos de barro, de porcelana, de madeira etc., hóstia, vinho utilizado exclusivamente na celebração de missas, velas consumidas durante o culto etc., por serem atividades diretamente ligadas ao templo ou ao culto, entendem-se incluídas na imunidade”.

O prof. Guilherme Van Muller Lessa Vergueiro (PEIXOTO, 2005, p.161), tem um entendimento mais restritivo posicionando-se da seguinte forma:

“Ao nosso ver, as finalidades essenciais das entidades mantenedoras dos templos não estão relacionadas com um cunho social, no sentido de atender toda as necessidades da sociedade, mas apenas na consecução dos seus pressupostos religiosos. Nesse sentido, as finalidades essenciais são aquelas atividades que estão relacionadas à existência e à manutenção do templo, assim como aquelas voltadas às práticas litúrgicas, ou seja, ao conjunto de atividades que se relacionam com o exercício do culto”.

Ainda sobre a teoria mais restritiva o autor anteriormente citado exemplifica:

“A venda de imagens de santos pela igreja está ao abrigo da imunidade, na medida em que os santos são integrantes do ritual de oração, constituindo-se num importante objeto para à pratica religiosa. A mesma imagem de santo, vendida por uma pessoa que não seja a mantenedora do templo, a exemplo de um antiquário, não está agasalhada pela imunidade. Isso porque, embora essa pessoa não possui nenhum vínculo com o templo”.

(PEIXOTO, 2005, p.161/162).

Desta forma o autor entende que fica excluídas da imunidade, todas as atividades que não estejam vinculadas aos ritos religiosos.

A posição majoritária da doutrina é conhecida como teoria ampliativa que considera como elemento fundamental para caracterizar a imunidade a origem do patrimônio renda ou serviço, neste sentido Eduardo Sabbag (2015, p.342) ensina que:

“De início, insta frisar que a dicção do comando (I) patrimônio, venda e os serviços relacionados com as finalidades essenciais das entidades(...)” tem servido para corroborar a ideia de que o legislador constituinte tendeu a prestigiar a Teoria Moderna, na escritura de uma interpretação ampliativa, pelos seguintes motivos: (a) por tratar, textualmente, vocábulo entidade, chancelando a adoção da concepção do templo-entidade; (b) por ser referir a “rendas e serviço”, e, como é sabido, o templo, em si não os possui, mas sem a “entidade” que o mantém; (c) por mencionar algo relacionado com a finalidade essencial e não está em si-, o que vai ao encontro da concepção menos restritiva do conceito de “templo”.

Eduardo Sabbag (2015, p.344), fundamenta a teoria exemplificando da seguinte forma:

“Exemplo 1:Igreja Alfa, proprietária de dezenas de bens imóveis, locados a terceiros, questiona se deve haver a imunidade de IPTU sobre os bens a estes alugados. A resposta tende a ser negativa, pois há que se entender a imunidade aos tais bens imóveis de igreja Alfa, desde que prove tratar-se a atividade correlata de uma ação ocasional, e não de uma atividade principal é razoável a locação de uma, duas ou mais, sem finalidade econômica e uma concorrência desleal”.

O Supremo tribunal Federal adere a interpretação da teoria ampliativa da norma imunizante, considerando como fator determinante a destinação da renda ou do bem às finalidades essenciais da entidade religiosa. O STF estabelece que são imunes as atividades diversas exercidas pela igreja, desde que oriundas de atividades outras, não essenciais, que são revertidas integralmente na consecução dos objetivos institucionais, não havendo qualquer prejuízo ao princípio da livre concorrência, desta forma é o que se verifica no texto da Súmula nº 724 do STF:

**“Súmula 724.** AINDA QUANDO ALUGADO A TERCEIROS, PERMANECE IMUNE AO IPTU O IMÓVEL PERTENCENTE A QUALQUER DAS ENTIDADES REFERIDAS PELO ART. 150, VI, "C", DA CONSTITUIÇÃO,

DESDE QUE O VALOR DOS ALUGUÉIS SEJA APLICADO NAS ATIVIDADES ESSENCIAIS DE TAIS ENTIDADES”.

A súmula 724 faz referência as entidades descritas no art. 150, VI, c, da Constituição Federal que contempla a imunidade dos partidos políticos, entidades sindicais, educacionais e de assistência social), entretanto pode ser aplicada ao templo religioso por meio de analogia utilizando-se a mesma fundamentação.

Diante do exposto percebe-se que a finalidade essencial dos templos são todas as atividades inerentes a realização do culto, ou da cerimônia religiosa, contemplando dessa forma atividades e bens que estão diretamente ligados a efetivação dessas práticas e para isso devem se incluir na definição de finalidades essenciais para que possam receber a devida proteção constitucional no tocante a imunidade.

## **CAPITULO 03 IMUNIDADE TRIBUTÁRIA DOS CEMITÉRIOS**

O fato dos cemitérios serem contemplados pela imunidade tributária, não causa nenhuma estranheza devido sua natureza jurídica guardar todas as características do templo religioso, no entanto no tocante a cemitérios religiosos e privados, parte da doutrina e jurisprudência se mostram um tanto resistentes quanto a extensão da imunidade quanto a esses dois tipos de cemitérios, para melhor entender essas afirmações veremos a seguir alguns pontos elementares que revelará a veracidade dessas alegações.

### **3.1 Conceito de cemitério e Breve histórico**

A palavra cemitério deriva do termo em latim *coemeterium* que em sentido literal significa dormitório e em sentido análogo, denota lugar de repouso. Origina-se também da palavra grega *kaimão* que significa dormir.

Cemitério, em sentido estrito, é o local em que é dada a sepultura, por inumação, por enterramento direto no solo. Assim pode-se dizer que cemitério é o local apropriado, com destinação específica, formado por duas ou mais sepulturas ou sepulcros onde são ou foram inumados mortos.

Sob a ótica jurídica, cemitério é um bem imóvel, público ou privado, de uso especial, fiscalizados pelo poder público municipal, no qual, mediante negócio jurídico de concessão ou locação, são sepultados os mortos.

Os cemitérios surgiram quando o homem deixou de ser nômade e passou a viver em sociedade dando origem a propriedade privada, acredita-se que nessa época de agrupamento a medida que alguns viam a óbito, determinadas propriedades numa região geográfica específica do ajuntamento foram destinadas a enterrar ou inumar os cadáveres, principalmente por questões de higiene e contaminação oriunda dos corpos em estado de decomposição bem como a simbologia do falecido traduzida e imortalizada em forma do seu sepulcro ou túmulo.

Vejamos o que diz Lewis Mumford(1998, p.12), conceituado estudioso da geografia urbana:

“No desenvolvimento dos aglomerados humanos permanentes, encontramos a expressão de necessidades animais semelhantes às que se verificam em outras espécies sociais; contudo, até os indícios urbanos mais primitivos revelam mais do que isso. Pouco depois de se ter descoberto a trilha do homem no antigo dos acampamentos ou dos instrumentos de

pedra lascada, encontra-se a prova de interesses e inquietações que não têm correspondente animal; em particular, uma cerimoniosa preocupação pelos mortos, manifestada em seu sepultamento deliberado – com evidências cada vez maiores de piedosa apreensão e temor”.

Na sequência da sua obra, Lewis Mumford(1998, p.13) discorre que:

“O respeito daquele homem antigo pelos mortos, em si mesmo uma expressão de fascínio pelas suas poderosas imagens de fantasia em vigília e de sonho noturno, teve talvez um papel maior ainda que as necessidades de ordem mais prática, ao fazer com que procurasse um local fixo de encontro e afinal um ponto contínuo de fixação. Em meio às andanças inquietas do homem paleolítico, os mortos foram os primeiros a ter morada permanente: uma caverna, uma cova assinalada por um monte de pedras, um túmulo coletivo. Constituíam marcos aos quais provavelmente retornavam os vivos, a intervalos, a fim de comungar com os espíritos ancestrais ou de aplacá-los.”

Uma sepultura isolada não caracteriza um cemitério. Na história romana mais especificamente na lei das XII Tábuas proibiu-se as inumações dentro da cidade, a partir desse fato surgiram os sepultamentos desordenados, ao longo das estradas, não só porque nessas localidades o acesso era mais fácil, mas principalmente pela constante recordação aos mortos que seria imortalizado através da construção de sua sepultura no local onde ocorreu o falecimento, prática bastante comum nas cidades e estradas do Brasil.

Com o desenvolvimento das cidades e o fortalecimento da cultura de culto aos mortos, as sepulturas novamente retornaram para as zonas urbanas. O imperador bizantino Leão VI, o Sábio, em 820, em sua novela 53, deu autorização para sepultar os mortos indistintamente, dentro e fora da cidade, decisão esta que acarretou no surgimento dos cemitérios ao redor das igrejas e até mesmo dentro das igrejas.

Destaca-se nessa época os cemitérios cristãos, fortalecidos pela legislação romana que permitia o direito a toda e qualquer pessoa de ser sepultada, mesmo escravos e condenados, os cristãos estabeleceram seus próprios cemitérios já que nessa época devido as perseguições religiosas constantes eles obrigavam-se a procurar locais restritos e próprios para realização dos cultos e reuniões e conseqüentemente enterrar seus mortos.



Foi na idade média época que o cemitério assumiu um papel fundamental na sociedade, o cemitério medieval não era apenas o lugar onde se enterrava, assumindo um papel semelhante ao da igreja, tornando-se o centro da vida social.

Correspondia tanto a ideia de praça pública, como a ideia de local reservado aos mortos, tornando-se uma referência de paz, santidade e asilo espiritual como também um local de reuniões, encontros, mercado e até de divertimentos. Nessa época os cemitérios deixaram praticamente de ser lugar dos mortos, para se tornarem refúgios dos vivos que se localizavam temporariamente mas iam acabavam permanecendo em definitivo e ali construíaam habitações vivendo com a maior naturalidade como leciona o historiador Fargette-Vissière(2009, p.49.):

“De dia ou de noite, era neles que a população das maiores cidades europeias buscava se divertir, quando não fixar residência provisória ou definitiva. Além disso, as necrópoles eram também um espaço de cidadania, pois lá sempre estavam juizes a comunicar sentenças, e o equivalente aos prefeitos de hoje a dar publicidades a suas ações. Esses locais funcionavam ainda como cartórios a céu aberto. Não que as condições ajudassem, pois já havia acúmulo de corpos e problemas de higiene e limpeza. Mas, de fato, os cemitérios atraíam. Eram um componente da urbanidade de então, construída através dos séculos e com origens bastantes remotos”.

Logo o local de paz e tranquilidade torna-se lugar de agitação, de comércio, devido justamente a preferência de todos ali travarem relações sociais e comerciais já que pela santidade do local não era instituído impostos sobre os bens comercializados no interior do cemitério, inclusive a prestação jurisdicional do Estado muitas vezes era realizada no cemitério, através do julgador que realizava audiências públicas naquele ambiente.

Por volta de 1403 a Igreja decidiu coibir tais práticas no interior dos cemitérios, e até mesmo sob pena de excomunhão o concílio de Rouen proibiu que se dançasse nos cemitérios, até que se deu ênfase as preocupações sanitárias, e a ideia de que tais atos representavam profanação aos mortos e em pouco tempo houve um esquecimento dos cemitérios, deixando-se de frequenta-los com a finalidade de comercio ou diversão.

No Brasil os primeiros cemitérios foram construídos nas igrejas, acreditava-se que ter uma cova na igreja era uma forma de os mortos manterem contato mais efetivo com os vivos, como destaca o historiador João José Reis (1997, p.124):

“[...] lembrando-lhes que rezassem pelas almas dos que se foram. E aqui a proximidade de casa era fundamental, uma vez que facilitaria a permanência do morto na memória da comunidade de vizinhos e parentes. Para as autoridades eclesiásticas, havia a vantagem política adicional de lembrar aos vivos que seu dia chegaria, reprimindo-lhe a vontade de pecar, e animando-os na piedade cristã e na obediência à Santa Madre. Assim os mortos vieram a ocupar os mesmos templos que frequentavam em vida, onde haviam recebido batismo e o matrimônio, e onde agora testemunhariam e influenciariam os negócios corriqueiros da comunidade, pois naquela época as igrejas serviam de recinto eleitoral, sala de aula, auditório para debates políticos e sessões de tribunal”.

Nos primórdios da sociedade brasileira, o cemitério era visto como parte integrante do templo religioso, não havendo distinção entre esse e aquele, e ocupavam inclusive o mesmo espaço geográfico.

Assim como no em outros locais do mundo, as questões sanitárias ganharam evidências e houve a proibição dos sepultamentos nas igrejas originando o surgimento de cemitérios a céu aberto distantes do local da igreja porém a administração permaneceu sob a responsabilidade dos líderes religiosos por serem considerados propriedade da igreja.

Posteriormente a administração dos cemitérios foi transferida ao Estado diante do fato de que sob a gestão das igrejas surgiram inúmeros problemas relacionados a crença religiosa, e qualquer morto que não professasse a mesma fé dirimida pela igreja, este era proibido de ser inumado, devendo procurar outro local para ser sepultado. Neste momento o cemitério passou a ter caráter público, pois o Estado garantia o espaço para a inumação ou sepultamento a todo e qualquer indivíduo independente da sua crença religiosa, ou condutas morais e estabelecia uma solução para os problemas de higiene e saúde pública, evitando que algumas pessoas fossem inumadas em lugares impróprios.

O texto constitucional de 1891 no seu art. 72, §5º assegurou que:

Art. 72 § 5º - Os cemitérios terão caráter secular e serão administrados pela autoridade municipal, ficando livre a todos os cultos religiosos a prática dos respectivos ritos em relação aos seus crentes, desde que não ofendam a moral pública e as leis”.

Nessa época já existiam os primeiros cemitérios particulares que com a intervenção estatal tornando o cemitério responsabilidade do Estado, não foram extintos nem declarados públicos mas a partir de então proibiu-se a possibilidade de sepultar novos corpos, decisão que foi alterada com a criação do art. 113, 7º da Constituição Federal de 1934 que possibilitou a secularização dos cemitérios permitindo as associações religiosas a criação e manutenção de cemitérios particulares, sujeitos porém, à fiscalização das autoridades competentes senão vejamos:

“7º Os cemitérios terão caráter secular e serão administrados pela autoridade municipal, sendo livre a todos os cultos religiosos a prática dos respectivos ritos em relação aos seus crentes. As associações religiosas poderão manter cemitérios particulares, sujeitos, porém, à fiscalização das autoridades competentes. É lhes proibida a recusa de sepultura onde não houver cemitério secular”.

A Constituição de 1934, preservou a primeira parte do texto, mas concebeu uma maior abertura, possibilitando na segunda parte, a manutenção dos cemitérios particulares por parte das associações religiosas, desde que sujeitos à fiscalização das autoridades competentes e ficando proibida a recusa de sepultamentos onde não houvesse cemitério civil, entendimento que logo foi reformado pela Constituição federal editada em dezembro de 1937, que novamente repetiu o texto da Constituição de 1891 art. 72, §5º, reestabelecendo a regra de que não seria possível estabelecer novos cemitérios particulares como também se deve considerar extintos os antigos existentes como pode-se observar no art. 122, 5º da Constituição Federal de 1937:

“Art. 122, 5º - os cemitérios terão caráter secular e serão administrados pela autoridade municipal;

Com a edição da Constituição Federal de 1946, voltou-se a considerar a matéria com uma maior amplitude, mantendo a secularização e a administração

municipal, admitindo também a manutenção dos particulares como ficou determinado no art. 141, §10 da Constituição Federal de 1946:

“§ 10 - Os cemitérios terão caráter secular e serão administrados pela autoridade municipal. É permitido a todas as confissões religiosas praticar neles os seus ritos. As associações religiosas poderão, na forma da lei, manter cemitérios particulares”.

As constituições posteriores de 1967 e a emenda Constitucional de 1969, não tratam sobre a matéria, sendo omissas com relação a esse assunto. O jurista Antônio Chaves (1982, p.472). diz que:

“não se pode cogitar de esquecimento de matéria tão importante por isso, a conclusão a que se chega, é que a omissão foi proposital, implicando a revogação tácita do dispositivo anterior, com ressalva dos direitos já adquiridos”.

Desta feita, não havendo proibição constitucional da existência de cemitérios particulares, torna-se lícito a criação e a manutenção de novas necrópoles.

Com o advento da atual constituição promulgada em 1988, o entendimento foi mantido devido o texto constitucional não tratar sobre a matéria. Sendo assim, atualmente no Brasil, são plenamente legítimos os cemitérios públicos e privados, nada impedindo a implantação de novos cemitérios de acordo com a sua natureza jurídica, sempre respeitando as normas e determinações municipais.

### **3.2 Natureza Jurídica dos Cemitérios**

Os cemitérios são bens imóveis, públicos ou privados, de uso especial, destinados ao sepultamento dos cadáveres ou restos mortais, sob o poder de polícia mortuária do município, podendo ser classificados como públicos, áreas do domínio público, ou privados que são estabelecidos em terrenos de domínio particular, embora estejam também sob o domínio do Estado devido uma série de aspectos que tem relação entre outros, com a higiene e saúde públicas.

Existem afirmações de que o cemitério se trata apenas de um local destinado ao sepultamento dos cadáveres ou restos mortais com a finalidade de impedir a disseminação de doenças e de todas as consequências da decomposição dos

corpos, resumindo ou caracterizando a função e importância do cemitério somente considerando as questões sanitárias.

Entretanto, uma análise feita sob outro prisma, revela que o cemitério vai muito além de um local reservado ao depósito de restos mortais, sendo chamado por muitos de “campo santo”, por representar um lugar sagrado tornando-se uma lição perene para os vivos que simboliza a fragilidade, a mortalidade da vida e a continuação de na vida eterna que se concretiza após o falecimento, além de simbolicamente representar e homenagear através de túmulos e construções as pessoas ali inumadas.

Desta feita o cemitério torna-se um local destinado a prática de diversos cultos, tendo em vista que as pessoas que ali se dirigem prestam suas homenagens aos seus entes falecidos através de rituais que professam sua fé e crenças religiosas, conferindo ao cemitério todas as características de um templo de qualquer culto.

No Brasil, o dia de finados evidencia essa afirmação, levando milhares de pessoas aos cemitérios de todo o país e ali acontecem vários ritos religiosos de homenagem aos falecidos.

O ministro Carlos Ayres Brito expressa no seu voto que:

“E eu tendo, também, a compreender os cemitérios como uma espécie, cada um deles, de templo heterodoxo. Por que heterodoxo? Porque a céu aberto, mas sem deixar de ser um local de culto aos nossos mortos [...] é o reino do amorfo, mas que nem por isso deixa de se ligar aos vivos por um vínculo de forte crença. Tanto assim que nós chamamos, e a imprensa chama, os cemitérios de “campo santo”. Não é à toa esse nome de campo santo. E nele, no cemitério, há como que todos os cultos reunidos, vale dizer, há uma ambiência, um clima, uma atmosfera de todas as religiosidades) (STF. RE 578.562).

Sob esse contexto conclui-se que o cemitério pode ser considerado um templo de qualquer culto por preservar todas as características de um templo destinado a práticas religiosas.

### 3.3 Imunidade Tributária dos Cemitérios Públicos

Os cemitérios podem ser caracterizados como públicos ou privados, entendendo-se como públicos aqueles situados em terrenos públicos regidos pela administração municipal ou explorado por terceiros mediante concessão, possuindo caráter secular, em razão do laicismo constitucional do Estado.

Embora haja uma predominância quanto ao entendimento de que os cemitérios são bens públicos de uso especial, há correntes paralelas que esboçam entendimentos contrários, como é o caso da teoria de domínio privado comunal que tem como pilar a fundamentação de que os cemitérios são fontes de recursos para o município, possuindo as características de inalienabilidade e imprescritibilidade, destinados a cumprir os fins essenciais do Estado.

Contudo, a teoria do domínio privado municipal, não teve êxito por não haver regras que impeçam que os bens dominiais sejam produtivos e o fato dos cemitérios privados também serem sujeitos ao poder de polícia do Poder Público afasta a ideia de domínio privado do município.

Encontra-se na doutrina a teoria do domínio público que entende que o cemitério é um bem público pelo seu fim, sendo este uma exteriorização pública de sentimento religioso e moral e também pelo seu regime, uma vez que exercida essa finalidade, requer do Estado a segurança pública, a higiene pública e as regras do Poder de Polícia que se exerce nos locais públicos, determinando que tal regra não se aplica aos cemitérios privados, devendo esses considerar-se, quando propriedade dos grupos a que interessam, bens patrimoniais.

Uma terceira corrente conhecida como a teoria eclética, diz que o cemitério de uma forma geral são bens de domínio público, mas os sepulcros, lugar onde se realizam as inumações são bens privados do município e dos concessionários, teoria está pouco aceita já que não seria razoável considerar uma zona do cemitério como pública e outra privada.

Por fim, a o entendimento é praticamente pacífico no sentido de que os cemitérios são bens públicos municipais, surgindo a partir dessa premissa o questionamento se é um bem público dominial, de uso comum do povo ou bem de uso especial.

Os adeptos da primeira corrente, defendem que o Município é o titular do cemitério já que este encontra-se localizado no seu território, e toda renda gerada pelo cemitério deverá ser revertido aos cofres do município, fazendo este, parte do patrimônio do município da mesma forma dos outros bens municipais, restando a esses serem regidos pelo direito privado, justamente por serem de domínio privado do município.

Conforme lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, os bens públicos dominicais são:

"os próprios do Estado como objeto de direito real, não aplicados nem ao uso comum, nem ao uso especial, tais os terrenos ou terras em geral, sobre os quais tem senhoria, à moda de qualquer proprietário, ou que, do mesmo modo, lhe assistam em conta de direito pessoal". (MELLO, 1995, p.520).

Em contrapartida, a segunda corrente entende que o cemitério não tem a finalidade de produção de renda para o Município, e portanto não pode ser considerado um bem dominial, pois na verdade trata-se de um bem de uso comum do povo.

Para Maria Sylvia Di Pietro (1996, p.427), bens de uso comum do povo define-se:

"Aquele que por determinação legal ou por sua própria natureza, pode ser utilizado por todos em igualdade de condições, sem necessidade de consentimento individualizado por parte da Administração".

Em contraponto as correntes anteriores, o entendimento predominante na doutrina é que nos cemitérios estão presentes características de bens públicos de uso comum e de bens de uso especial representada por Maria Sylvia Di Pietro (1893, p.101), que ensina:

"Na realidade, no cemitério conjugam-se várias modalidades de uso: de um lado: uso comum de qualquer pessoa que queira visita-lo; de outro lado, o uso especial consistente na afetação a um serviço de natureza pública, consistente na inumação de mortos; finalmente o uso privativo das sepulturas objeto de concessão".

Neste sentido colabora Cretella Júnior (1975, p.101). afirmando que:

"Ao contrário do uso comum, que se destina a entender ao homem, em virtude de sua qualidade humana, tendo, pois, por objetivo principal e

imediatamente a satisfação de necessidades físicas indispensáveis para a própria vida, de todos, sem distinção, permitindo ainda o desenvolvimento e projeção da personalidade humana no campo da liberdade, o uso especial, privativo, pessoal, determinado, excludente erga omnes, tem por finalidade específica aumentar a esfera de ação e o poder econômico do indivíduo. Uma vez que lhe alarga as possibilidades facultando-lhe o uso e gozo de bens públicos, em condições excepcionais. Com exclusão de outros cidadãos, não compreendidos pela distinção administrativa, premissa ou concessiva”.

Com isso, entende-se que o bem público poderá ser utilizado tanto pelo poder público como pelo particular desde que seguidas certas formalidades especiais de concessão de seu uso como podemos constatar no ensinamento de Hely Lopes Meirelles (2008, p. 456):

“Os terrenos dos cemitérios municipais são bens públicos de uso especial, Razão pela qual não podem ser alienados, mas simplesmente concedidos aos particulares para as sepulturas, na forma do respectivo regulamento local. Daí a exata afirmativa de Trobatas de que “a concessão de uso de terrenos de cemitérios é um modo de utilização privativa do domínio público, segundo a sua destinação específica”. Essa concessão de uso é revogável desde que ocorram motivos de interesse público ou seu titular descumpra as normas de utilização, consoante tem entendimento uniforme os Tribunais”.

Com a concessão, não há a transferência de propriedade da concedente ao concessionário, nem é extinto qualquer direito ou prerrogativa pública. Com a concessão o que ocorre é que há a permissão de se executar o serviço público, sempre sob a fiscalização e regulamentação do poder concernente.

Em outras palavras, é de responsabilidade do Estado a prestação de serviços públicos, porém quando não se reúne condições necessárias para a prestação do serviço, é permitido ao Estado conceder a uma empresa permissão para que realize esses fins, mas sempre agindo dentro dos parâmetros estabelecidos pelo poder público.

A lei 8.987 de 1995, com algumas alterações posteriores, permite que terceiros mesmo que alheios a Administração Pública, possa exercer a administração de cemitérios públicos senão vejamos:

“Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:



I - poder concedente: a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Município, em cuja competência se encontre o serviço público, precedido ou não da execução de obra pública, objeto de concessão ou permissão;

II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado;

III - concessão de serviço público precedida da execução de obra pública: a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado;

IV - permissão de serviço público: a delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco”.

A concessão pública, tem resultados eficientes pois devido a impossibilidade ou as dificuldades encontradas pelo poder público de realizar algumas prestações de serviços essenciais para a sociedade, ao conferir permissão a terceiros que tem essa estrutura e condições efetivas de realizar determinado fim beneficia seus destinatários e confere a população a satisfação de suas necessidades. Apesar de não transferir o bem ao concessionário, o inciso III do art. 2º da lei 8.987 de 1995, confere ao concessionário a possibilidade de realizar manutenções e qualquer atividade necessária para o desempenho efetivo das atividades

No caso do cemitério, muitas vezes torna-se inviável ao poder público manter estrutura física, administrativa e operacional, para atender a grande demanda de óbitos que acontecem em todo o território nacional principalmente nos grandes centros urbanos, então é bastante razoável, conceder a terceiros, a possibilidade de prestar serviços eficientes sempre dotados de segurança jurídica, inclusive em todos

os casos em que o Estado precise realizar concessões, a própria eficiência da iniciativa privada deve se estender ao bem comum.

Na ausência de concessão, resta aos cemitérios públicos serem administrados pelo município, que realizará atividade de inumação dos mortos com seus próprios órgãos e recursos e sob sua exclusiva responsabilidade, desta feita desobrigam-se os cemitérios públicos do pagamento de impostos uma vez que estão amparados pela imunidade recíproca, que proíbe que sejam instituídos impostos entre os entes federativos como foi abordado anteriormente neste trabalho, bem como por possuir todas as características de templo religioso preenchendo todos os requisitos para a incidência da imunidade constitucional.

### **3.4 Imunidade Tributária dos Cemitérios Religiosos e Privados**

O poder público por vezes, poderá ter dificuldades na prestação de algum serviço essencial, mas para garantir que esse serviço seja prestado a sociedade de forma eficaz, poderá confiar a terceiros ou então a ente público criado especificamente para essa finalidade como é o exemplo das autarquias e ainda a empresas da iniciativa privada por meio de permissão concessão, sempre cedendo a possibilidade de prestar o serviço de forma devida sem transferir ou desonerar da titularidade de supervisão e regulamentação de tal atividade garantindo que o caráter público seja preservado.

Contribui sobre este tema o Professor Justino Adriano Farias da Silva (2000, p.585).ao lecionar que:

“Com a secularização dos cemitérios, passaram as municipalidades a administrar e fiscalizar o funcionamento dos cemitérios. Não podendo exercer diretamente essas atividades, em muitos casos, por razões, diversas, fizeram concessões às entidades privadas para o desempenho desse mister. Geralmente, limitadas no tempo, mas com exclusividade”.

O funcionamento do cemitério em razão da natureza do serviço prestado, depende de concessão ou permissão do município, que por sua vez irá definir qual a modalidade de delegação mais adequada aos interesses da comunidade local, devendo este se responsabilizar pela regulamentação, disciplina e fiscalização da instalação e funcionamento dos cemitérios privados, fato este que não altera a

natureza e a titularidade do domínio do bem que continua privado, embora subordinado às limitações impostas pelo poder de polícia do município.

Os cemitérios privados, deverão ser regidos pelo ordenamento jurídico de seus respectivos municípios, sempre observando a Lei Orgânica, as leis locais e todos os atos normativos específicos, devendo ainda observar e adequar a exploração da atividade as normas estabelecidas pela União e pelos Estados, nas suas devidas competências.

Dentre os cemitérios privados, estão situados os cemitérios de cunho religioso que pertencem as instituições religiosas, essa modalidade de cemitério é objeto de constante debate entre os doutrinadores, e o tema central da controvérsia é o fato do cemitério religioso ser ou não extensão do templo religioso.

Parte da doutrina defende que a imunidade tributária não se estende aos seus bens, contemplando exclusivamente o templo eclesiástico, em contrapartida há na doutrina os que entendem que a imunidade abrange a instituição religiosa como um todo, legitimando o cemitério e os serviços ali prestados uma continuação das atividades essenciais do templo religioso, sendo portanto imunes ao poder de tributar do Estado.

Um dos maiores propagadores desse entendimento é o doutrinador Aliomar Baleeiro (1951, p.311). que confere imunidade aos cemitérios seguindo a seguinte fundamentação:

“O patrimônio das instituições religiosas abrange seus imóveis e móveis, desde que afetados a essas finalidades – vale dizer, o prédio onde se realiza o culto, o lugar da liturgia, o convento, a casa do padre ou do ministro, o cemitério, os veículos utilizados como templos móveis”.

O tributarista Cláudio Carneiro (2006, p.99-101) comenta da seguinte forma uma decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no RE 325.822 contida no informativo nº 295 de 16 a 20 de dezembro de 2002, contrariando e reformando o Acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, que instituiu a cobrança de IPTU sob lotes vagos e prédios comerciais de entidades religiosas:

“Tal decisão, considerando o valor constitucional da liberdade religiosa como um dos pilares do liberalismo e o Estado de Direito, veio a interpretar sistematicamente a Constituição, aplicando extensivamente a imunidade aos lotes vagos e prédios comerciais.

Ponderou-se que tal princípio, sobrepuja o que dispõe outros dispositivos da Constituição, em especial o seu art. 19, que veda à União aos Estados, ao DF e aos Municípios estabelecer cultos religiosos, subvencioná-los, embarçar-lhes ou manter com eles uma relação de dependência. Ainda, o próprio § 4º do art. 150 de nossa Constituição, que vincula as imunidades às finalidades essenciais das entidades mencionadas, ou seja, o culto religioso em si, e não imóveis alugados e lotes vagos que notadamente não atingem essa finalidade.

É extremamente louvável a decisão do STF em garantir e aplicar princípios e direitos fundamentais previstos na Constituição como: a dignidade da pessoa humana, a inviolabilidade, a liberdade de consciência e de crença (art. 5º, inciso VI), a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, visando com isso reduzir as desigualdades sociais, protegendo ainda os locais de culto e suas liturgias. Porém nos parece que, no confronto da liberdade de culto e o artigo 19 supracitado, há um óbice material, haja vista que a concessão de imunidade nas hipóteses não ligadas diretamente com a finalidade das entidades nelas mencionadas, nada mais é do que uma forma de forma indireta de subvenção. Por outro lado, confronta-se também com o § 4º do art. 150 da nossa Constituição, que estabelece uma vinculação para que a imunidade sobre a renda, patrimônio e os serviços seja aplicada.

Essa relação deve ser essencial das entidades que, como se trata de templo de qualquer culto, entender-se-á a finalidade religiosa. Daí, não haver uma compatibilidade com a extensão da Imunidade a lotes vagos e prédios comerciais das entidades religiosas, principalmente quanto a estes últimos, por possuírem finalidade econômica, exteriorizando assim a capacidade contributiva e, assim sendo, não há como se afirmar que um imóvel comercial não desempenha atividade econômica. Logo, exterioriza riqueza que, por sua vez, em tese gera tributação Nenhum imposto incide sobre templos de qualquer culto. Templo não significa apenas a edificação, mas tudo quanto esteja ligado ao exercício da atividade religiosa. Não pode haver imposto sobre: missas, batizados ou qualquer outro ato religioso. Nem sobre qualquer bem que esteja a serviço do culto. Mas pode incidir imposto sobre bens pertencentes à Igreja, desde que não sejam instrumentos desta. Prédios alugados, por exemplo, assim como os

respectivos rendimentos, podem ser tributados. Não a casa paroquial, ou o convento, ou qualquer outro edifício utilizado para atividades religiosas, ou para residência dos religiosos. Por outro lado, é bom esclarecer que os lotes vagos não possuem fins lucrativos, e assim sendo, nada impede que se aceite a tese de que tal imunidade poderia ser concedida por ausência de conteúdo econômico, mas, em relação aos imóveis alugados, não há como excluir o conteúdo econômico.

Outro argumento que poderia ser utilizado em defesa da imunidade de bens com exploração econômica seria no sentido de que a renda obtida com essa exploração econômica seja revertida em prol de benfeitorias, custeio e desenvolvimento do templo e da atividade religiosa, ou seja, revertida para suas atividades essenciais. Tal entendimento seria plausível se essas entidades religiosas possuíssem uma escrituração contábil que comprovasse tais investimentos, ou seja, que comprovassem a reversão do lucro auferido nas finalidades essenciais da entidade. Sem tal comprovação, ficaria simples a presunção de que tal “riqueza”, tal montante, seria ou deveria ser reaplicado. A ausência de escrituração como fundamento concessivo da imunidade feriria também o princípio da isonomia com outras entidades ou até mesmo sociedades comerciais que, por força legal, são obrigadas a fazê-lo”.

Para reforçar essa argumentação Ricardo Lobo Torres (1995, p.242-243) afirma:

“A imunidade protege o patrimônio das entidades religiosas, compreendendo bens móveis e imóveis. O prédio onde se pratica o culto, o lugar da liturgia, o convento, a casa do padre ou ministro, o cemitério, os aviões e embarcações utilizados na catequese”.

Diante desses entendimentos, é possível afirmar que a aplicação da imunidade tributária recai sobre os cemitérios religiosos, uma vez que esses representam uma extensão do templo religioso exercendo mesmo que em local distante sua finalidade essencial.

Entretanto na doutrina esse entendimento passa longe de ser unânime devido a teoria restritiva que tem renomados juristas adeptos como Sacha Calmon Navarro Coelho, Paulo de Barros Carvalho e Roque Antônio Carrazza, que contradiz esse posicionamento, que exclui a imunidade tributária aos anexos e imóveis pertencentes as entidades religiosas, devendo-se abranger somente o local onde é realizado a cerimônia religiosa.

A jurisprudência atualmente é pacífica quanto a extensão da imunidade tributária aos bens dos templos religiosos, para um melhor entendimento deve-se fazer a análise do RE nº 578.562-9 do STF, ajuizado pela Sociedade da Igreja de São Jorge e Cemitério Britânico contra o Município de Salvador, que teve a imunidade tributária sobre o Cemitério negada pelo Tribunal de Justiça da Bahia:

O relator, Ministro Eros Grau, inicia seu voto resumindo os argumentos utilizados pela recorrente da seguinte forma:

“A recorrente diz que desde o início do século XIX está situado na Ladeira da Barra, em Salvador, imóvel onde existe uma Capela destinada ao culto da religião anglicana e um cemitério – Cemitério Britânico – no qual há aproximadamente quinhentos túmulos. [...] A recorrente, entidade filantrópica sem fins lucrativos, é titular do domínio útil do imóvel, preservando a Capela, o Cemitério Britânico e jazigos, bem assim o culto da religião anglicana professada nas suas instalações”.

Nesse momento o relator destaca a problemática que dá ensejo a apreciação do presente recurso:

“Cumpra indagarmos, no caso, se os cemitérios devem ou não ser entendidos como templos de qualquer culto para efeito de aplicação, a eles, da imunidade tributária consagrada na alínea “b” do inciso VI do artigo 150 da Constituição do Brasil”.

Em seguida o Ministro Eros Grau discorre sobre os elementos necessários para diferenciar cemitérios religiosos e os de finalidades comerciais:

“Embora aqui se trate de questão de direito, ela é conformada pelas circunstâncias do caso, a situação a que respeita este recurso. Esta Corte procede, no exercício do controle difuso de constitucionalidade, inicialmente à interpretação de textos normativos e da realidade, desde então produzindo normas jurídicas gerais, posteriormente cogita da aplicação dessas normas jurídicas gerais ao caso, definindo, então, a norma de decisão do caso. O modo sob o qual os acontecimentos que compõem o caso se apresentam pesará de maneira incisiva na produção das normas a ele aplicáveis e, em seguida, na definição da norma de decisão.

Essas observações são relevantes porque diversa da que se há de aplicar aos cemitérios que consubstanciam extensões de entidades de cunho

religioso é a norma de decisão que calha a situações nas quais empresas exploram a atividade de locação e/ou venda de jazigos. Vale dizer: no julgamento do presente recurso esta Corte não dirá, simplesmente, que cemitérios em geral estão abrangidos, ou não estão abrangidos, pela imunidade; diversamente, decidiremos se cemitérios que consubstanciam extensões de entidades de cunho religioso estão, ou não estão, por ela alcançados.

Pois é evidente que jazigos explorados comercialmente, por empresas dedicadas a esse negócio, não gozam da proteção constitucional de que se cuida. Ainda que a família e amigos próximos do ali enterrado possam cultivar a sua memória diante do jazigo. No caso se trata de situação diversa daquela a que nesse apartado voto faço alusão”.

A Seguir o Ministro, expõe seu entendimento identificando as características essenciais para o reconhecimento da imunidade tributária:

“Deveras, o Cemitério Britânico é uma extensão da Capela destinada ao culto da religião anglicana, situada no mesmo imóvel. A recorrente Sociedade da Igreja de São Jorge – Cemitério Britânico é uma entidade filantrópica sem fins lucrativos, titular do domínio útil desse imóvel, dedicada à preservação da Capela e do Cemitério Britânico e jazigos, bem assim do culto da religião anglicana professada em suas instalações. Aqui há uma entidade religiosa, e filantrópica, voltada à celebração do culto.

[...]

No caso destes autos o cemitério é anexo à Capela na qual o culto da religião anglicana é praticado; trata-se do mesmo imóvel, parcela do patrimônio, da recorrente, abrangido pela garantia contemplada no artigo 150”.

Por fim, conclui sua explanação citando outra decisão do RE 525.822, discorrendo sobre o voto de Gilmar Mendes naquela oportunidade e reforçando seu entendimento com base na legislação Constitucional:

“O Supremo Tribunal Federal tem entendido que a limitação ao poder de tributar que a imunidade do art. 150, VI, “b” contempla há de ser amplamente considerada, de sorte a ter-se como cultos distintas expressões de crença espiritual. Mais ainda no RE n. 325822, Redator para o acórdão o Ministro Gilmar Mendes, definiu que ela abrange não apenas os prédios destinados ao culto, mas também o patrimônio, a renda e os serviços “relacionados com as finalidades essenciais das entidades”

mencionados no preceito constitucional. Daí que a regra do § 4º desse artigo 150 serve de vetor interpretativo dos textos das alíneas “b” e “c” do seu inciso VI.

No caso destes autos, o cemitério é anexo à capela na qual o culto da religião Anglicana é praticado; trata-se do mesmo imóvel, parcela do patrimônio, da recorrente, abrangido pela garantia contemplada no art. 150. Garantia desdobrada do disposto no art. 5º, VI e 19, I, da Constituição do Brasil. A imunidade aos tributos, de que gozam os templos de qualquer culto, é projetada a partir da [ i ] proteção aos locais de culto e suas liturgias e da [ ii ] salvaguarda contra qualquer embaraço ao seu funcionamento. Da interpretação da totalidade que o texto da Constituição é, em especial, dos seus artigos 5º, VI; 19, I e 150, VI, b, tem-se que, no caso, o IPTU não incide --- lembro que na imunidade nenhum tributo jamais incide; as áreas da incidência e da imunidade são antípodas --- o IPTU não incide, dizia eu, sobre o Cemitério Britânico. Dou provimento ao Recurso Extraordinário para julgar improcedente a execução”.

Feita essas considerações foi a vez do Ministro Ricardo Lewandowski, expor seu voto, e assim o fez enfatizando a importância histórica da instituição que estava sendo analisada, e posteriormente reforçou o entendimento do Ministro Relator, votando favoravelmente a aplicação da imunidade sob os referidos cemitérios anglicanos:

“Senhor Presidente, estamos tratando de um local de culto de uma religião instituída há mais de quatro séculos, o Henrique VIII, na Inglaterra, mais precisamente no século XVI.

[...]

Indiscutivelmente, pelo que se pode apreender do relatório do eminente Relator, não apenas a capela, mas também o terreno circundante servem aos serviços religiosos, mais precisamente aos serviços fúnebres que esta religião proporciona aos seus fiéis. Portanto, parece-me que está bem caracterizada a imunidade do art. 150, VI, “b”, c/c § 4º, da Constituição Federal. Acompanho integralmente o Relator”.

O próximo a manifestar seu Voto, foi o ministro Carlos Ayres Brito, que o fez como costumeiramente de forma brilhante, decidindo também favoravelmente a aplicação da imunidade tributária ao cemitério anglicano fundamentando seu entendimento sobre os seguintes termos:



“Senhor Presidente, tendo a interpretar a regra constitucional da imunidade sobre os templos de qualquer culto como uma espécie de densificação ou de concreção do inciso VI do art. 5º da mesma Constituição, cuja dicção é esta:

"ART.5º, VI- é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de cultos e as suas liturgias.

Uma coisa, portanto, puxando a outra. E eu tendo, também, a compreender os cemitérios como uma espécie, cada um deles, de templo heterodoxo. Por que heterodoxo? Porque a céu aberto, mas sem deixar de ser um local de culto aos nossos mortos, aqueles que temos como traspassados para uma outra existência dominada pelo traço da incognoscibilidade; o reino do amorfo, mas que nem por isso deixa de se ligar aos vivos por um vínculo de forte crença. Tanto assim que nós chamamos, e a imprensa chama, numa linguagem coloquial, os cemitérios de "campo santo". Não é à toa esse nome de campo santo. E nele, no cemitério, há como que todos os cultos reunidos, vale dizer, há uma ambiência, um clima, uma atmosfera de todas as religiosidades. E eu tendo à reagir a ideia de que a longa manus tributária do Poder Público alcança até a Última morada do indivíduo. Quer dizer, nem a última morada do indivíduo subtraída a longa manus fiscal. Se formos raciocinar assim, pragmaticamente, quanto menos se tributa um jazigo, menos Ônus para a família que o aluga, que mantém o custo da permanência do morto, embora, por algum tempo, naquele local de enterro. Por isso, Senhor Presidente, no caso concreto, ainda parece que o Ministro-Relator falou que há urna capela no centro do cemitério. A entidade mantenedora não tem fins lucrativos”.

Por fim o Voto do Ministro Marco Aurélio Melo, segue no mesmo sentido dos votos anteriores, posicionando-se favorável a aplicação da imunidade quanto aos cemitérios religiosos:

“Presidente, vejo com largueza o instituto da imunidade tributária. E assim o faço porque a sede própria do tratamento é a Constituição Federal, tendo em conta a importância atribuída, portanto, ao afastamento da fúria arrecadadora do Estado.

Interpreto os preceitos contidos nos artigos 150 da Constituição Federal de forma sistemática, teleológica. Não chego a afirmar que todo e qualquer cemitério está equiparado a templo de qualquer culto. Não. Disse bem o relator que o caso tem peculiaridades e, a meu ver, essas peculiaridades

permitted a mixing of the line 'a' and the line 'c' of the VI paragraph of article 150 of the Federal Constitution. Referring to this last line, to the entities of social assistance. I see, in the case, a company that respects a cemetery, without profit and also that complies with all requirements of the law, as a social assistance entity. Reserving myself to the appreciation of other legal entities, I follow the rapporteur, in the vote prolatated by Your Excellency, that, in my view, is surgical, in constitutional terms.

Diante do exposto o STF firmou sua decisão no mesmo sentido:

“Decisão: O Tribunal, a unanimidade e nos termos do voto do relator, deu provimento ao recurso. Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Falou pela recorrente o Dr. Augusto Aras. Plenário, 1.05.2008”.

Desto modo o STF pacificou o entendimento jurisprudencial adotando a teoria extensiva, conferindo imunidade tributária aos cemitérios de cunho religioso por se tratar de uma extensão do templo religioso, devendo serem observadas suas finalidades essenciais.

No que tange aos Cemitérios privados, cuja finalidade é a exploração comercial, sucinta na jurisprudência questionamentos quanto a incidência ou não da imunidade tributária sobre esse tipo de entidade.

O cemitério privado, mesmo explorado por sociedade comercial com a finalidade de obter lucros, sujeita-se as regulamentações e fiscalizações impostas pelo município, somente ser possível exercer suas atividades, mediante autorização, licença ou concessão por parte da administração pública, devendo-se limitar sua abrangência ao que estiver especificado na legislação local.

Nota-se que atualmente a jurisprudência não se inclina para o entendimento de que irá recair sobre os cemitérios privados o gozo da imunidade tributária, suscitando questões sobre a livre concorrência e a impossibilidade da norma Constitucional conferir privilégios a atividades econômicas que visam a obtenção de lucros, mesmo que essa atividade seja explorada pelo Estado.

Esse tema foi objeto de análise no RE 544.815 do Supremo Tribunal Federal, tendo sido interposto por Beatriz da Neves Fernandes contra o Município de Santo André (SP). No RE é contestada decisão do Tribunal de Alçada Civil do estado de São Paulo, que decidiu favoravelmente pela incidência do Imposto sobre Propriedade Predial e Territorial Urbana (IPTU) em cemitério de sua propriedade.

A autora alega que o Cemitério de Santo André S/C Ltda. deve ser contemplado pela imunidade tributária, por se tratar de terreno alugado para empresa que o explora como cemitério privado e a incidência do imposto viola a regra prevista no art. 150, VI, b, da Constituição Federal, que dispõe sobre a imunidade tributária aos templos de qualquer culto em virtude de que ali, são realizados homenagens e ritos diante dos seus túmulos, o que caracteriza tal “ato” um culto ou uma cerimônia religiosa.

No entanto, o Ministro relator Joaquim Barbosa, analisando a questão, frisou alguns pontos de relevo:

- “(1) a propriedade imóvel pertence a uma pessoa natural e laica;
- (2) o imóvel estava alugado a uma empresa privada sem qualquer vínculo com as finalidades institucionais típicas de entidade eclesiástica;
- (3) o imóvel é empregado em atividade econômico–lucrativa, cujo produto não é destinado à manutenção de atividades institucionais essenciais a qualquer entidade religiosa. Para o ínclito julgador, “é inequívoco que o produto arrecadado com o pagamento dos alugueres da propriedade imóvel ou mesmo com o produto da venda ou cessão dos jazigos não se destina precipuamente à manutenção de atividades essenciais de entidade religiosa. Pelo contrário, o produto da exploração do imóvel visa ao acréscimo patrimonial do proprietário do terreno e de quem mais o explore economicamente”.

Na intenção de evitar privilégios a exploração econômica particular, em prejuízo da proteção a liberdade religiosa, expôs que o terreno objeto de estudo não possui natureza jurídica de templo de qualquer culto concluindo que não é coerente que:

“Terrenos explorados comercialmente por entidade não eclesiástica para fins que não são necessariamente próprios à expressão da crença sejam considerados como templos”. Ademais, deixou claro que “serviço funerário é atividade de interesse público, especificamente de saúde pública e de saneamento, não se tratando ontologicamente de questão de índole religiosa, pois é possível conceber a existência de doutrina mística que ignore por completo esta questão”

Para o Min, Joaquim Barbosa, o objeto da exploração do imóvel visa o acréscimo patrimonial do proprietário do terreno e de quem explora a atividade

comercial, sendo incoerente que tais pessoas sejam beneficiadas pela imunidade tributária.

O professor Eduardo Sabbag(2015, p. 350-351) faz uma análise sob o caso específico com as seguintes conclusões:

“A nosso ver, acreditamos que a decisão se mostrou judiciosa, haja vista não se ter o preenchimento de qualquer um dos requisitos necessários ao reconhecimento da imunidade.

Adiante, seguem os elementos fundantes para a concessão da benesse constitucional, os quais não se mostraram presentes no caso concreto:

- a) a propriedade do terreno por entidade eclesiástica: no caso, a propriedade do bem imóvel é de particular, que, locando--o a terceiro (empresa de gestão de cemitério), auferir renda com a atividade específica;
- a) a utilização do terreno “por” entidade eclesiástica e “em” atividade inerente à atividade eclesiástica: no caso, o terreno é utilizado por entidade privada (Cemitério Santo André S/C Ltda.), em atividade divorciada dos fins eclesiásticos.
- b) a ausência de capacidade contributiva de quem explora economicamente o bem imóvel: como se trata de propriedade particular, a capacidade econômica exsurge sem óbices, podendo--se falar em ausência de capacidade contributiva apenas se houvesse a presença de uma pessoa religiosa, como proprietária do bem em discussão;
- c) o possível risco, com a tributação, à livre iniciativa e à isonomia: a tributação não promoverá qualquer desigualamento desarrazoado, uma vez que o discrimine utilizado – ser proprietário de bem imóvel – é fato presuntivo de riqueza tributável que rima com a isonomia tributária, com a capacidade econômica e com a cláusula latina, segundo a qual o tributo non olet”.

Em contrapartida, O Ministro Carlos Ayres Britto, mostrou-se favorável a incidência da imunidade tributária manifestando que:

“Os cemitérios estão recamados de religiosidade, de um sentimento puro, além do mais, enterrar os seus mortos é um dever e paga-se ainda para enterrar e manter guardado ali o seu morto com um tributo, IPTU. Estamos sendo muito transigentes com essa fúria arrecadadora, com essa sanha fiscal do poder público que não respeita sequer a última morada do indivíduo, entendeu. O local do culto vale por si mesmo, nada tem a ver com a entidade que eventualmente vitalize, até economicamente, este espaço”.

O Ministro, reforçou ainda que a Constituição, preocupa-se em proteger o local do culto, por considerar inviolável a liberdade de crença completando com a seguinte afirmação: “parece que a Constituição sem esperar pela lei, já consagrou a imunidade aos templos, ou seja, locais, espaços físicos de qualquer culto, finalizou, lembrando que há romaria para o cemitério e romaria é uma categoria religiosa”.

É sabido que o RE 544.815/SP ainda está em andamento no STF e a decisão inclina-se mais uma vez para a vedação da incidência da imunidade tributária sobre os cemitérios privados, porém o parecer emitido pelo Min. Carlos Ayres Brito gerou expectativas de que a Suprema Corte possa reformar seu entendimento, conferindo a estes entes o privilegio da imunidade constitucional.

Até então todos os julgados relativos ao tema, objetos da apreciação dos tribunais superiores, inclusive do Supremo, apontam para a imunidade objetiva dos cemitérios privados, entendimento este fundamentado no art. 150, VI, b, da Constituição Federal, que proíbe a instituição de impostos sobre templos de qualquer culto, protegendo da tributação somente os lugares destinados ao culto religioso.

Entretanto, um estudo mais aprofundado do §4º do referido artigo, que determina que as vedações expressas no inciso VI, alíneas “b” e “c”, compreendem somente patrimônio, a renda e os serviços, relacionados com as finalidades essenciais das entidades nelas mencionadas, revela que a imunidade tributária dos templos de qualquer culto é mista, contemplando aspectos objetivos e aspectos subjetivos relacionados as características das entidades religiosas, quais sejam, prestação de serviço e exercício de atividade de caráter e interesse público estritamente ligadas as finalidades essenciais.

O tributarista Shoueri(2012, p. 395) explica a imunidade mista dizendo:

“Tais imunidades são revestidas tanto do aspecto objetivo, porque conferidas em função de uma realidade de fato (i.e determinado objeto, fato ou situação) quanto do aspecto subjetivo, uma vez que abrangem o patrimônio, a renda e os serviços de pessoas, na sua parcela que esteja ligada a tais realidades de fatos”.

No que tange a imunidade objetiva do templo de qualquer culto, se faz necessário ressaltar que o objeto principal da imunidade dos templos de qualquer culto é garantir o direito fundamental a liberdade de culto religioso, neste sentido o art. 5º, IV, da Constituição, estabelece que “a liberdade de consciência e de crença,

o livre exercício dos cultos religiosos, e a proteção aos locais de culto é direito constitucional fundamental”, devendo este ser o princípio norteador do art. 5º, VI, b, e §4º.

Desta forma conclui-se que a finalidade da imunidade objetiva prevista no Art. 5º, VI, b, da Constituição federal, visa garantir a proteção ao local de culto devendo-se analisar o templo isoladamente de outras questões e por essa razão não incidem impostos sobre esse ente, ficando evidente que nessa instância as características do proprietário ou do administrador do terreno onde está constituído o templo tornam-se irrelevantes para o reconhecimento da imunidade.

Aplicando esse entendimento aos cemitérios particulares, neste ponto vale frisar que as manifestações e ritos religiosos expressados nos cemitérios com vínculos religiosos tem exatamente a mesma natureza dos proferidos nos cemitérios privados, para exemplificar esta afirmação, destaca-se o dia de finados, época em que diversas pessoas se dirigem aos cemitérios públicos, religiosos e privados com o único intuito de homenagear e prestar culto aos seus entes falecidos através dos ritos religiosos adequados a fé ou religião professada, tendo esses atos o mesmo significado religioso para cada uma dessas pessoas independentemente da natureza econômica do cemitério, ficando desta forma caracterizado nos locais citados a definição “local de culto” por reunirem todos os elementos necessários a realização de tais ritos e cerimônias religiosas.

Diante do exposto é inegável que o cemitério privado possua elementos característicos de templo religioso e local de culto, portanto não se torna nada razoável o entendimento do Ministro Joaquim Barbosa no RE 544815 ao restringir a imunidade tributária aos cemitérios particulares, sob a alegação de que a imunidade irá conferir privilégios a indivíduos que exploram a atividade comercial, fica claro que o Ministro se concentrou somente na titularidade do terreno ignorando por completo a condição de tempo religioso do cemitério privado, fato este completamente prejudicial ao princípio fundamental de proteção ao local do culto, podendo em risco a liberdade de crença e o livre exercício dos cultos religiosos uma vez que prevaleceu sob este a titularidade do bem.

A ganância do poder de tributar do Estado, não pode ganhar tamanhas proporções ao ponto de sucumbir um direito fundamental.

Neste sentido, o Ministro Carlos Ayres de Britto no RE 544.815 apreciado pela Suprema Corte, manifesta seu voto favorável ao reconhecimento da imunidade

tributária aos cemitérios afirmando que estes estão recamados de religiosidade, de um sentimento puro, valendo o local do culto, para fins de imunidade tributária, por si mesmo, não importando se a entidade que o administre seja privada e que tenha como finalidade a exploração de atividade econômica. Não resta dúvidas que para o Ministro o cemitério privado reúne todos os elementos necessários para caracterizá-lo como templo religioso devendo recair sobre este a imunidade objetiva.

A imunidade mista, ganha forma através do exposto no § 4º do art. 150 da Constituição Federal ao determinar que “as vedações expressas no inciso VI, alíneas “b” e “c” compreendem somente o patrimônio, a renda e os serviços, relacionados com as finalidades essenciais das entidades nelas mencionadas”, conferindo assim relevância as características do ente que detém a administração, não bastando apenas a constatação objetiva da existência de um tempo de qualquer culto.

Dessa forma, conclui-se sobre o objeto de apreciação do RE 544.815 que a renda obtida da exploração financeira do cemitério particular não poderá ser contemplada pela imunidade, uma vez que o objetivo principal é a obtenção de lucros e esses valores não serão totalmente revertidos para as finalidades essenciais da entidade, ao contrário do IPTU que incidirá sobre o patrimônio, possuindo este imunidade objetiva, o que legitima a incidência da imunidade tributária.

Outra discussão notória acerca desse tema é o fato de que a imunidade de cemitérios privados traria prejuízos ao princípio da livre concorrência, muitos juristas e doutrinadores têm adotado essa argumentação para afastar a incidência da imunidade visando defender a ordem econômica de um iminente risco à livre iniciativa e à isonomia. Porém essa fundamentação refuta-se diante da interpretação doutrinária e jurisprudencial acerca do art. 150, VI, “d”, da Constituição que confere imunidade aos “livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão” partindo do princípio que esta imunidade é objetiva e deve-se levar em consideração o objeto e não a pessoa que o comercializa.

O mesmo entendimento deve ser adotado de forma análoga em favor dos templos de qualquer culto e por conseguinte, ignorando-se a titularidade da pessoa que explora a atividade, devendo prevalecer sobre estes incontestavelmente a imunidade objetiva quanto a sua função.

#### 4 CONCLUSÃO

Este trabalho se propôs a apresentar e discutir os aspectos relacionados a imunidade tributária dos cemitérios e mais especificamente argumentar a favor da incidência da imunidade tributária sobre os cemitérios privados devendo esses ser visto como templo religioso.

Inicialmente foi retratado uma abordagem histórica da imunidade tributária, enquanto instrumento manipulado pelas classes dominantes de suas respectivas épocas que visavam através desse instituto buscar o benefício dos seus próprios interesses, e somente com o conceito de divisão dos poderes essa imunidade pode se concretizar e se tornar sólida alcançando de forma eficaz e justa os entes pela qual foi inicialmente criada pelo legislador, por se tratarem de entidades fundamentais para a sociedade devendo serem protegidas do poder de tributar para que possam exercer suas finalidades essenciais de forma plena e absoluta.

Em seguida foi abordado o conceito de imunidade tributária, e observou-se que a imunidade tributária é um instrumento fundamental para manter a democracia, preservando a liberdade de expressão, crença e possibilitando a sociedade o livre exercício das atividades essenciais em sua plenitude tornando-as imunes aos tributos e qualquer interferência Estatal que venha ameaçar suas finalidades.

Na continuação do trabalho foi feito um estudo minucioso sobre as várias formas das imunidades, podendo esta ser classificada como objetiva que é determinada em função do objeto ou da situação objetiva suscetível de ser tributado, existem também a imunidade subjetiva que trata sobre as condições pessoais do sujeito que será alvo da tributação considerando suas características relacionadas ao patrimônio, bens e serviços, existem ainda as imunidades genéricas que são as previstas no texto do art. 150, VI da Constituição Federal, e finalmente a imunidade recíproca que versa sobre a impossibilidade dos entes federados instituírem impostos entre si, visando garantir a isonomia entre os entes federados, sendo igualmente incluídas nesse contexto a sociedade de economia mista e as empresas públicas que exploram os serviços públicos de forma exclusiva.

Posteriormente, o presente estudo discorreu sobre a imunidade tributária dos templos de qualquer culto, definindo seu conceito como o local destinado a manifestações religiosas por meio de ritos e cerimônias, bem como a importância de se conferir imunidade tributária a tal ente que exerce função fundamental e



inquestionável significado para a sociedade. Foi abordado as diversas teorias sobre o tema, sendo que o entendimento dessas correntes é fundamental para a correta interpretação e conseqüentemente a incidência da imunidade tributária sobre o templo de qualquer culto, pois tal entendimento encontra controvérsias na doutrina, uma vez que a teoria restritiva considera templo somente o local destinado a celebração do culto, em contrapartida a teoria liberal entende que o templo contempla tudo aquilo que indireta ou indiretamente viabiliza o culto, devendo seus anexos serem considerados uma extensão do templo e por último a teoria moderna que trata o templo como uma entidade, e portanto tudo que for ligado as suas finalidades essenciais deve ser alcançadas pela norma imunizante prevista no art. 150, VI, do texto constitucional, tendo como principal adepto desse último entendimento o STF que já se posicionou favoravelmente fundamentando-se da ideia de considerar o templo religioso como uma entidade no sentido de organização.

O tópico seguinte afirma que para se definir de forma eficaz o templo religioso como entidade, deve-se observar as finalidades essenciais dos templos e para entender melhor esse conceito foi feita uma análise do seu significado chegando-se a conclusão que as finalidades essenciais dos templos representam os propósitos que conduzem a entidade ou organização, sobre esse assunto existe a teoria restritiva que se posiciona com a ideia que as finalidades essenciais se resumem ao conjunto de atividades que se relacionam exclusivamente com o exercício do culto, entretanto a corrente majoritária inclusive sendo o entendimento adotado pelo STF, confere uma abordagem mais ampliativa, considerando que são imunes as atividades diversas exercidas pela entidade religiosa, desde que seus frutos sejam integralmente revertidos na realização dos objetivos institucionais, fazendo ressalva somente as atividades que tragam prejuízo ao princípio da livre concorrência.

Como anteriormente citado o objeto central dessa pesquisa é sobre a possibilidade da imunidade tributária ser aplicada aos cemitérios em geral uma vez que é legítimo fazer uma analogia entre cemitérios e templos de qualquer culto posto que o ambos possuem a mesma natureza jurídica e os cemitérios preservam todas as características de templo.

O estudo remete a uma análise rebuscada sobre a evolução histórica do cemitério, que desde seus primórdios foi tratada pela sociedade como lugar santo,

imaculado, destinado ao sepultamento dos mortos, ganhando conotações de uma extensão dos templos religiosos da época, já que no seu interior eram realizadas diversas cerimônias religiosas com homenagens aos falecidos através das mais diversas manifestações de crenças. Ganhou destaque ao longo da história o fato do cemitério exercer uma finalidade de saúde pública, fato este que culminou numa discussão acerca do seu domínio que defendido por alguns doutrinadores como bem privado comunal, de responsabilidade exclusiva do município, não sendo possível a existência de cemitérios privados, tese está pouco aceita já que os cemitérios com finalidades econômicas também estão sujeitos ao poder de polícia do Poder público, em contra partida encontra-se na doutrina corrente diversa que entende ser o cemitério como bem de domínio público, devendo portanto as regras do Poder de Polícia do Estado incidir somente sobre os cemitérios públicos, e os privados deveriam instituir suas próprias regras. Em contraponto as correntes anteriores, o entendimento predominante na doutrina afirma ser o cemitério um bem comum de uso especial, possibilitando a qualquer indivíduo a sua utilização com a finalidade especial de inumar os mortos.

Embora o cemitério seja um bem público, entende a doutrina que pode ser explorado tanto pelo poder público como também pelo setor privado por meio de autorização ou concessão devendo ser respeitados sempre as normas exigidas e determinadas pelo Estado.

A última etapa desse estudo desenvolveu os aspectos fundamentais que caracterizam a imunidade tributária dos cemitérios públicos, religiosos e privados.

A fundamentação que confere o benefício da imunidade ao cemitério público primeiramente se dá pelo fato de ser um bem público de uso comum exercendo uma função essencial de saúde pública, dessa forma a imunidade recíproca proíbe que se institua impostos entre os entes federados e conseqüentemente sobre seus bens. Outro fator que contribui para a incidência da imunidade é o fato do cemitério público assim como os religiosos e privados preservarem em sua essência as características de templo de qualquer culto.

No tocante aos cemitérios religiosos foi demonstrado nesse trabalho posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais, através da análise minuciosa do RE nº 578.562-9 do STF, que decidiu majoritariamente por aplicar a imunidade

extensiva aos cemitérios de cunho religioso por serem esses locais sagrados e uma legítima extensão do templo religioso.

Por fim, foi explorado o tema central desse trabalho que versa sobre a possibilidade da imunidade tributária recair sobre os cemitérios que exercem finalidades econômicas, ponto central dessa pesquisa, neste sentido foi feita a análise do RE 544.815 do STF, que embora ainda esteja em andamento na Suprema Corte, mas os votos parciais indicam que o STF é e irá permanecer contrário a incidência da norma imunizante sob esses casos assim como se posicionou em outros julgamentos envolvendo essa matéria, sob a argumentação que a exploração comercial do cemitério privado tem como finalidade o acréscimo patrimonial do seu proprietário, sendo incoerente que a imunidade tributária beneficie tais pessoas, além de oferecer prejuízos ao princípio da livre concorrência.

Entretanto, a tese desenvolvida neste trabalho, fortalecida pelo voto do Ministro Carlos Ayres Britto, que entende que os cemitérios independentemente de suas finalidades estão recamados de religiosidades, inclina o entendimento acerca desse tema para um sentido contrário ao posicionamento do STF, uma vez que os cemitérios privados possuem todas as características de templo de qualquer culto, e a Constituição Federal considera um direito fundamental a proteção ao local do culto, portanto uma vez reconhecido como templo em função das atividades ali exercidas não se deve incidir impostos sobre o local que possui todas as características inerentes a templo de qualquer culto.

Em suma, deve ser aplicada a esse caso a mesma interpretação do art. 150, VI, d, da Constituição que trata sobre livros, jornais, periódicos e o papel destinado a impressão, pois nesses casos a imunidade não é concedida em função da pessoa que exerce a finalidade econômica, e sim sobre o objeto comercializado, entendo a doutrina e a Jurisprudência como uma imunidade objetiva devendo prevalecer suas finalidades essenciais, não importando sua finalidade.

Desta forma, conclui-se que os cemitérios, embora possuam características públicas, religiosas ou privadas representam de forma incontestável templo de qualquer culto, e sob este local sagrado deve recair o benefício da imunidade tributária prevista art. 150, VI da Constituição Federal, por tratar-se de imunidade objetiva e somente dessa forma se pode garantir a segurança do direito fundamental de liberdade de culto.

## 5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de incidência tributária**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

BALEEIRO, Aliomar. **Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar**. 5ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

BALEEIRO, Aliomar. **Limitações constitucionais ao poder de tributar**. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

BORGES, José Souto Maior. **Isenções tributárias**. 2ª ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1980.

BRITO, Hugo de Brito. **Imunidade tributária**. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Imunidades tributárias**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

CARNEIRO, Cláudio. **Manual de Direito Tributário - Teoria e Prática**. Rio de Janeiro: Elsevier 2006.

CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**, 16ª ed. São Paulo: Malheiros. 2001.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

CHAVES, Antonio. **Tratado de Direito Civil Parte Geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1982.

COSTA, Regina Helena. **Curso de direito tributário: constituição e código tributário nacional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

COSTA, Regina Helena. **Imunidades Tributárias. Teoria e Análise da Jurisprudência do STF**. São Paulo: Malheiros, 2001.

COSTA, Regina Helena. **Imunidades Tributárias: Teoria e Análise da Jurisprudência do STF. 2º ed. revista e atualizada**. São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

COSTA, Regina Helena. **Imunidades tributárias: teoria e análise da jurisprudência do STF**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Bens públicos**. 2.ed. São Paulo, Universitária de Direito, 1975.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Uso privativo de bem público por particular**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

DI PIETRO, Maria Sylvia, **Direito administrativo**, 6ª edição. Editora Atlas, São Paulo, 1996.

FARGETTE-VISSIÈRE, Séverine. **Os animados cemitérios medievais. História Viva**. 67 ed, 2009.

FERREIRA Filho, Antonio. **Direito aplicado às igrejas**. 2.ed. Rio de Janeiro: CPAD, 2005.p.66.

FREUD, Sigmund. **Luto e Melancolia. Edição Standard Brasileira das Obras Completas de Sigmund Freud**. Vol. XIV, Imago. Rio de Janeiro, 1914 – 1916.

ICHIHARA, Yoshiaki. **Imunidades tributárias**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2000.  
MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário** 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Direito tributário e reforma do sistema**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MEIRELES, Hely Lopes. **Direito municipal brasileiro**. 15 ed., São Paulo: Malheiros. 2008.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de, **Curso de Direito Administrativo**, Editora Malheiros, 7ª Edição.

MORAES, Alexandre de, **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**, 6ª edição, 2006.

MUMFORD, Lewis. **A Cidade Na História: suas origens, transformações e perspectivas**. 4 ed. 2 tir. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MUMFORD, Lewis. **A cidade na história: suas origens, transformações e perspectivas**. Trad.: Neil R. da Silva. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. **Curso de Direito Tributário**, São Paulo: USP, 1995.

PEIXOTO, Marcelo Magalhães; Cristiano Carvalho. **Imunidade tributária**. São Paulo: MP editora. 2005.

PERES, João Bosco, **Competência Tributária Negativa**. Imunidades Tributárias. Jus Navigandi. Teresina, a.8, n.127.

PESTANA, Márcio. **O Princípio da Imunidade Tributária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

REIS, João José. **O cotidiano da morte no Brasil oitocentista. História da vida privada no Brasil**.

SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário**. 7º ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SCHOUERI, Luis Eduardo. **Direito tributário**. 2 ed. Saraiva. São Paulo, 2012.

SILVA, Justino Adriano Farias da. **Tratado do direito funerário**. V.2. São Paulo: Método Editora 2000.

TORRES, Ricardo Lobo. **A ideia de liberdade no Estado patrimonial: imunidade no Estado fiscal**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário: os direitos humanos e a tributação – imunidades e Isonomia**. São Paulo: Renovar, 1995.