

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 406

(ano VII)

(28/07/2015)

ISSN - 1984-0454



Conteúdo
Jurídico
www.conteudojuridico.com.br

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
WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

SUMÁRIO

COLUNISTA DO DIA



28/07/2015 Roberto Monteiro Pinho
» [Judiciário não reconhece sua própria fragilidade](#)

ARTIGOS

28/07/2015 Irving Rahy de Castro Pereira

» [Reintegração de posse: legitimidade do possuidor direto em relação ao indireto no contrato verbal de comodato](#)

28/07/2015 Aidam Santos Silva

» [Voto do preso cautelar: efetivação do direito político a partir da resolução 23.219 do TST](#)

28/07/2015 Moacir Gonçalves de Oliveira Junior

» [Questões polêmicas envolvendo a garantia nos contratos administrativos - a ineficácia do seguro-garantia](#)

28/07/2015 Tauã Lima Verdán Rangel

» [Anotações ao Decreto nº 5.377/2005: Ponderações à Política Nacional para os Recursos do Mar \(PNMR\)](#)

MONOGRAFIA

28/07/2015 Breno Tessinari de Carvalho

» [Análise crítica a contribuição de iluminação pública](#)

JUDICIÁRIO NÃO RECONHECE SUA PRÓPRIA FRAGILIDADE

ROBERTO MONTEIRO PINHO: Foi diretor de Relações Internacionais da Confederação Geral dos Trabalhadores (CGT), editor do Jornal da Cidade, subeditor do Jornal Tribuna da Imprensa, correspondente internacional, juiz do trabalho no regime paritário, tendo composto a Sétima e Nona Turmas e a Seção de Dissídios Coletivos - SEDIC, é membro da Associação Brasileira de Imprensa - ABI, escritor, jornalista, radialista, palestrante na área de RH, cursou sociologia, direito, é consultor sindical, no setor privado é diretor de RH, especialista em Arbitragem (Lei 9.307/96). Membro da Associação Sulamericana de Arbitragem - ASASUL, Membro do Clube Jurídico do Brasil, titular da Coluna Justiça do Trabalho do jornal "Tribuna da Imprensa" do RJ, (Tribuna online), colunista da Tribuna da Imprensa online), no judiciário brasileiro, através de matérias temáticas, defende a manutenção, modernização e a celeridade na Justiça do Trabalho, escreve em 48 dos principais sites trabalhistas, jurídicos e sindicais do País.

Quem em sã consciência poderia imaginar uma audiência trabalhista, onde existe a possibilidade de se fechar um acordo entre as partes, e mesmo que o valor a que o empregado teria direito, a solução pacífica, se concretiza. Posso citar inúmeras citações famosas, mas diria que “O amanhã a Deus pertence”. Ocorre que durante anos no convívio com os que atuam no judiciário laboral, adquiri a cultura da solução da demanda, através do diálogo e da busca incessante ao direito de receber, ou então ao direito de reivindicar mais e ser respeitado, mesmo que o tempo para que a solução chegue ao seu término, o direito foi garantido. Mas não é tão simples assim. Milhares de pequenos negócios, e médio empregadores, até mesmo os grandes empresários, fecham as portas e deixa a míngua um

exército de trabalhadores, que sequer conseguem receber o salário do último mês laborado.

Recente, por conta da corrupção na Petrobrás o pujante município de Itaguaí no Estado do Rio de Janeiro, mergulhou nas “trevas” do desemprego em massa, onde se estima mais de 40 mil estão abandonados à própria sorte. Isso é justiça, isso está correto? Evidente que não. Mas o que o estado tem feito para ajustar e solucionar essa questão latente que deforma e deturpa o direito e o caráter de justiça de pacificação, que imanta as relações do capital e trabalho? Mandou agora a Medida Provisória 680, uma incipiente ideia, copiada de forma rude, do que já existe no artigo 7º da Carta Magna, que prevê a negociação coletiva entre as partes como força de lei.

Alguém já realizou uma pesquisa junto à classe trabalhadora para saber qual o padrão de justiça seria melhor para atender a sua demanda? Lembrando bem, até 2006, (um ano após o CNJ entrar em funcionamento) não se sabia ao certo, quantos processos tramitavam na Justiça do Trabalho. Seria justo impor a sociedade um modelo de jurisdicionado que de pronto já não atende aos seus anseios? Que ainda se desobriga a prestar contas com exatidão de seus resultados?

Ao longo de sete décadas a JT funcionou isolados dos demais tribunais, e sendo um a justiça especializada de cunho conciliador e humanista, porque seus integrantes praticam as mais violentas formas de julgamento das ações, que são peças de demanda para ter solução pacífica

e não complexa? São centenas de perguntas que podem ser alinhadas e com certeza não terão resposta, isso porque este judiciário é insubordinado, prepotente, vetusto e isolado da sociedade. A quem não dá o respeito e sequer a trata com dignidade, aja visto episódios (não poucos), onde trabalhador não pode participar de audiência, simplesmente porque está calçando “chinelos de dedo”.

Esperamos, mas o tempo não serviu para corrigir as mazelas, ao contrário, aumentou a total desatenção que este jurisdicionado manteve em relação à fase de execução processual, que é *data máxima venia*, o seu pior capítulo. Não muito, dispensa-se o fato de que vem valendo-se do seu art. 769, quase utilizado de forma frágil. O fato é que a importância da garantia constitucional do *due process of law* é reconhecida no Direito Comparado e no Direito Internacional ao incluí-la na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, das Nações Unidas, segundo dispõem os seus arts. 8º e 10 expressamente: "Toda pessoa tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes recurso efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei;" e "Toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ela".

REINTEGRAÇÃO DE POSSE: LEGITIMIDADE DO POSSUIDOR DIRETO EM RELAÇÃO AO INDIRETO NO CONTRATO VERBAL DE COMODATO

IRVING RAHY DE CASTRO PEREIRA: 1Especialista em Comércio Exterior, Graduado em Administração, e Bacharelado no curso de Direito pela Faculdade Guanambi - CESG/FG, Guanambi - BA.

RESUMO: O presente trabalho tem o propósito de investigar e esclarecer a legitimidade de o possuidor direto solicitar, no Poder Judiciário, ação de reintegração de posse quando se encontrar esbulhado pelo possuidor indireto, e, também, proprietário da coisa. Entretanto, o foco desse trabalho partiu da análise específica desse fenômeno citado, mas nos contratos verbais de comodato, ou seja, os contratos de empréstimo de coisas infungíveis. E, para cumprir com a proposta da investigação, a revisão bibliográfica permeou por todo o trabalho, com vistas a fundamentar os principais conceitos e definições não abarcados pela legislação e pela jurisprudência. Sem contar que, também, a sistematização da legislação e jurisprudência reiterada referente à reintegração de posse, o comodato, considerações sobre os negócios jurídicos e os direitos reais. Após investigação e discussão da legislação, da doutrina e da jurisprudência, permitiu-se considerar que existe um conjunto de requisitos probatórios do comodato verbal, e, conseqüentemente, do respectivo esbulho possessório, que legitimam o possuidor direto nas ações de reintegração de posse, inclusive ante ao possuidor indireto e proprietário.

Palavras-Chave: Comodato Verbal. Esbulho Possessório. Reintegração de Posse.

1. INTRODUÇÃO

Esse trabalho tem o propósito de investigar a legitimidade que tem o possuidor direto face ao possuidor indireto, nas ações possessórias, mas principalmente a prerrogativa de o comodatário intentar ação de reintegração de posse contra o comodante, quando for caracterizado o esbulho possessório, considerando que seja um contrato verbal de comodato.

Gomes (2010) lembra que o ordenamento jurídico brasileiro adotou, como regra geral, o posicionamento de Ihering, que tem a posse como um fenômeno fático do exercício de algum dos direitos inerentes à propriedade, onde o requisito seja apenas o *corpus*, isto é, a característica objetiva do exercício da posse. E que a posse pode gerar, manter ou extinguir direitos na seara real, e, portanto, as ameaças ao direito de posse podem ser repelidas com mecanismos garantidos pelo próprio sistema jurídico.

Para tanto, Diniz (2010) ressalta que as pessoas que se vêm impedidas total ou parcialmente de utilizar suas prerrogativas inerentes à posse, ou até aquelas que se vêm ameaçadas de potencial impedimento, podem utilizar os remédios possessórios que são a Reintegração de Posse, no caso de Esbulho, a Manutenção da Posse, em caso de Turbação, ou Interdito Proibitório em caso de justo receio de ser molestado na posse.

Ademais, esse estudo tem o sentido de esclarecer a hipótese de, no caso específico, o comodante vir a esbulhar a posse do comodatário por algum motivo, e trazer à tona as controvérsias no que se refere ao contrato verbal de comodato, e se este tem força para caracterizar o comodatário como possuidor direto legítimo.

Esta pesquisa teve abordagem qualitativa, com algumas características peculiares, onde a revisão bibliográfica permeou por todo o trabalho, com vistas a fundamentar os principais conceitos e definições que se abstiveram a legislação e a jurisprudência. Foi analisada e exposta de maneira sistematizada a legislação vigente, principalmente aos dispositivos do Código Civil e do Código de Processo Civil, com o propósito de organizar de maneira sistemática as regras vigentes acerca da reintegração de posse, sobre o contrato de comodato, sobre as relações primordiais dos negócios jurídicos e dos direitos reais.

A jurisprudência também tem papel importante nessa investigação. Afinal, é de onde se podem encontrar a aplicação do ordenamento jurídico nos diversos casos concretos. E, para tanto, foram pesquisados acórdãos de alguns tribunais de justiça e, também, do Superior Tribunal de Justiça.

Por consequência, esse conjunto metodológico permitiu verificar, analisar, organizar e sistematizar a legislação, jurisprudência e doutrina em relação à proteção da posse, bem como a ação de reintegração de posse e o contrato de comodato, com vistas a esclarecer a legitimidade de possuidor direto (comodatário) proteger a sua posse ante ao

possuidor indireto (comodante), ainda que se trate de um contrato verbal.

2. CONSIDERAÇÕES SOBRE A POSSE

De acordo com Diniz (2010), existem duas principais correntes de pensamento a respeito da Posse. A primeira é intitulada pela doutrina, como a Teoria Subjetiva, que teve Savigny como seu precursor. Já a segunda trata-se da teoria objetiva, que teve como o principal pensador, Ihering.

Para a teoria subjetiva, como conta Gomes (2010), a posse é resultado da consolidação de duas características: o *corpus* e o *animus*. “O *corpus* é o elemento material que se traduz no poder físico da pessoa sobre a coisa. O *animus*, o elemento intelectual, representa a vontade de ter essa coisa como sua” (GOMES, 2010, p. 31).

Já a teoria objetiva, propõe um pensamento mais simplificado e categórico a respeito da posse. Ihering desconsidera o elemento *animus*, e propõe que a posse se caracteriza pelo elemento objetivo *corpus*, isto é, pela exteriorização física da ocupação. Sem contar que Ihering tem a posse e a propriedade como institutos diferentes, mas quando o proprietário e o possuidor estão figurados na mesma pessoa, não há a necessidade de se distinguir. Gomes (2010) permite esclarecer que a posse é o poder de fato sobre a coisa, e a propriedade é o poder de direito sobre a coisa. O que não impede que esses dois poderes estejam nas mãos de uma pessoa só, tornando-o possuidor e, também, proprietário da coisa.

Cabe lembrar que, via de regra, o ordenamento jurídico brasileiro adotou a teoria objetiva para conceituar a posse. Afinal, considera a posse como um poder de fato sobre a coisa, mas independentemente se existe ou não o elemento *animus*, ou seja, a intenção de vir a se tornar proprietário da coisa. O artigo 1.196 do Código Civil Brasileiro tem como possuidor “[...] todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade” (BRASIL, 2002).

2.1. POSSUIDOR DIRETO E INDIRETO

O próprio texto do artigo 1196 do Código Civil já prevê que o exercício da posse pode ser pleno ou não, o que pressupõe que a posse seja exercida de forma imediata ou de forma mediata. Para Gomes (2010, p. 56), “posse direta é aquela que tem o não proprietário a quem cabe o exercício de uma das faculdades do domínio, por força de obrigação, ou de direito”. Já a posse indireta, é “a que o proprietário conserva quando se demite, temporariamente, de um dos direitos elementares do domínio, cedido a outrem seu exercício” (GOMES, 2010, p. 57).

Na prática, pode-se perceber que são considerados possuidores diretos, entre outros, o usufrutuário, o usuário, o locatário e o comodatário. Afinal, estes possuidores são os que estão em contato direto com a coisa. Já o nu-proprietário, o locador e o comodante são considerados possuidores indiretos, pois, embora tenham se despedido de algum dos direitos inerentes à propriedade ao possuidor direto, a estes não é recusado, segundo Gomes (2010), o direito de defender a posse, observados seus limites.

E, nesse sentido, O Artigo 1.197 DO Código Civil prevê que “a posse direta, de pessoa que tem a coisa em seu poder, temporariamente, em virtude de direito pessoal, ou real, não anula a indireta, de quem aquela foi havida, podendo o possuidor direto defender a sua posse contra o possuidor indireto” (BRASIL, 2002).

3. CONTRATO DE COMODATO

O comodato é um dos tipos de contrato de empréstimo, assim como o mútuo, mas com suas diferenças. O Código Civil Brasileiro, apesar de não ter o costume de definir os termos jurídicos, e deixar a cargo da doutrina, dessa vez positivou que “O comodato é o empréstimo gratuito de coisas não fungíveis. Perfaz-se com a tradição do objeto” (Art. 579,CC, 2002). Diferente do Mútuo que é o empréstimo de coisas fungíveis (Art. 586, CC, 2002).

Diniz (2010), por sua vez, conta que o comodato é um tipo de contrato de uso, em que o bem entregue pelo comodante (possuidor indireto) ao comodatário (possuidor direto), ao fim deverá ser restituído em sua individualidade. Portanto, não poderá se tratar de um bem fungível e consumível, ou seja, a mesma coisa deverá ser restituída.

3.1. HIPÓTESE DE COMODATO VERBAL

O contrato de comodato, segundo Gonçalves (2014), além de ser um contrato real, ou seja, existir necessidade da tradição da coisa para se firmar, é, também, livre. Afinal, a lei não prescreveu forma específica de como se firmará o contrato de comodato, isto é, não apontou quaisquer formalidades específicas.

Gonçalves (2014) tem esses contratos livres como os que bastam o consentimento para a sua formação. “Como a lei não reclama nenhuma formalidade para o seu aperfeiçoamento, podem ser celebrados por qualquer forma, ou seja, por escrito particular ou verbalmente” (GONÇALVES, 2014, p. 109). Inclusive a Lei corrobora com a possibilidade de contratos se formarem livremente, onde diz que “a validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir” (Art. 107, CC, 2002).

4. REINTEGRAÇÃO DE POSSE

De fato, pode-se declarar a relatividade da posse, justamente por admitir a existência de hipóteses de aquisição e perda. “Adquire-se a posse desde o momento em que se torna possível o exercício, em nome próprio, de qualquer dos poderes inerentes à propriedade” (Art. 1.204, CC, 2002). E “perde-se a posse quando cessa, embora contra a vontade do possuidor, o poder sobre o bem, ao qual se refere o art. 1.196” (Art. 1.223, CC, 2002).

Cabe lembrar, inclusive, que o fato de uma pessoa ser esbulhada do exercício da sua posse, este tem prerrogativa de utilizar ações possessórias, com vistas a reaver tal direito. E segundo Bolonhini Junior (2004), o possuidor direto, em caso de esbulho ou turbação da posse, poderá utilizar as defesas possessórias, inclusive contra o possuidor indireto, que na maioria dos casos é o proprietário da coisa. Sem contar que, a legitimidade primeira de se utilizar s remédios possessórios é do possuidor direto. Afinal, este é que será a principal parte prejudicada num eventual esbulho.

O Superior Tribunal de Justiça discorre sobre a justificativa das ações de proteção possessória:

A proteção possessória se justifica, no Direito brasileiro, de modo a não permitir a realização de justiça privada, não sendo possível que a ordem pública e a paz social venham a ser violadas por atos violentos ou atentatórios à posse justa e legítima titularizada por alguma pessoa, seja física ou jurídica (STJ, REsp. n. 1.165.680,2015).

4.1. ESBULHO

Como diz o Artigo 926 do Código de Processo Civil Brasileiro, o possuidor tem direito, em caso de esbulho, de ser reintegrado à posse. E esse dispositivo, embora não conste especificamente, dá a prerrogativa principalmente ao possuidor direto, como, por exemplo, o comodatário nos contratos de comodato, o locatário nos contratos de aluguel, do usufrutuário, do usuário, ou, também, ao proprietário que tem todas as prerrogativas do seu direito de propriedade, isto é, quando é proprietário, mas não cedeu quaisquer dos direitos inerentes à propriedade.

O esbulho pode ser compreendido como o fenômeno de o possuidor direto ficar impedido de utilizar e exercer os seus direitos inerentes a ela. E, nesse sentido, Diniz (2006) tem o esbulho como o ato pelo qual o possuidor se vê desprovido da utilização da posse, injustamente, ou seja, por violência, clandestinidade ou precariedade. Montenegro Filho (2008) considera que o esbulho se caracteriza quando,

do possuidor, é retirada a prerrogativa de se manter em contato com a coisa.

Por exemplo, estaria cometendo esbulho o comodatário que não devolve a coisa quando se finda o contrato de comodato, o estranho que invade uma casa que estivera sendo habitada etc. Contra estes, Diniz (2006) diz que, nessas hipóteses de esbulho, pode ser intentada ação de reintegração de posse pelo possuidor contra quem comente tais esbulhos possessórios. E, “havendo prova suficiente a respeito da existência do comodato verbal e da sua extinção pela notificação judicial, fica caracterizado o esbulho” (TJSP, Ag. n. 990.10.345153-8, 2011).

4.2. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE

O artigo 1.210 do Código Civil prevê, nessa mesma direção, que “O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação, restituído no de esbulho, e segurado de violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado” (BRASIL, 2002, grifo nosso). Portanto, a ação de reintegração de posse “é a ação movida pelo esbulhado, a fim de recuperar posse perdida em razão de violência, clandestinidade ou precariedade [...] e pleitear indenização por perdas e danos” (DINIZ, 2006, p. 950).

No entanto, o Artigo 927 do Código de Processo Civil estipula os requisitos probatórios incumbentes ao autor para intentar tal remédio possessório, quais sejam, a sua posse, o esbulho praticado pelo réu, a data do esbulho e a perda da posse.

“Quem depende da autorização de outrem para exercer a posse, a exerce em nome desse, e não em nome próprio. Este é o detentor,

conforme reza o artigo 1.198 do CC” (STJ, REsp. n. 1.165.680, 2015). Assim sendo, existe a necessidade de reafirmarmos que o contrato de comodato é livre em sua forma, admitindo, inclusive, a contratação verbal. No entanto, não se trata de uma mera autorização de exercício da posse, mas sim a transferência de direitos inerentes a propriedade, por meio de um contrato verbal de empréstimo de bem infungível, inclusive de forma verbal. Portanto, o mero detentor não é parte legítima para utilizar ação possessória, mas sim o comodatário que é possuidor direto.

Como diz no § 2º do Artigo 1.210 do Código Civil, que “não obsta à manutenção ou reintegração na posse a alegação de propriedade, ou de outro direito sobre a coisa”, permite-se dizer que o comodatário, que é possuidor direto, poderá, desde que prove os requisitos do Artigo 927 do CPC, intentar ação de reintegração de posse contra o próprio comodante (possuidor indireto), mesmo que seja o proprietário da coisa.

Invocando o comodato como fundamento legitimador da reintegração de posse, ao autor caberia a prova desse contrato que, não tendo uma forma estabelecida em lei, pode ser celebrado verbalmente ou por escrito, podendo ser comprovado por todos os meios admitidos em direito, exceto quando seu valor excede o previsto no art. 401 do CPC, quando então não se admite a prova por via testemunhal (TJDF, AC. n. 49.243, 2000).

Ademais, Theodoro Junior (2014) é categórico ao dizer que o mero título ou documento comprovante de aquisição de posse, por si só, não é suficiente para provar que a posse está sendo exercida de maneira efetiva. Afinal, ter direito à posse não é o mesmo que possuir a coisa.

CONCLUSÃO

Viu-se que esse estudo atingiu seus propósitos de pesquisa, mediante a organização e sistematização da legislação, da doutrina e da jurisprudência referente aos temas, de maneira esclarecedora. A investigação teve o objetivo de esclarecer as controvérsias e obscuridades a respeito da legitimidade do possuidor direto face ao possuidor indireto, nas ações possessórias, mas principalmente a prerrogativa de o comodatário intentar ação de reintegração de posse contra o comodante, quando for caracterizado o esbulho possessório, considerando que seja um contrato verbal de comodato.

Preliminarmente, foi esclarecido que o Comodato, como sendo um contrato livre, a legislação brasileira permite que se forme verbalmente, e que, conseqüentemente, o comodatário terá a posse direta do bem, e o comodante terá a posse indireta. Assim sendo, o comodatário terá direito de, reivindicar sua posse, quando perceber impedido ou ameaçado de exercê-la, inclusive contra o possuidor indireto (comodante), então proprietário do bem.

Esse estudo se justificou à medida que se pudesse considerar a hipótese de ocorrer um comodato verbal, e o comodante, na hipótese de valer-se da liberdade contratual sem formalidades, vir a querer

desapossar compulsoriamente o comodatário fora do prazo acordado, ou, até mesmo, esbulhar de qualquer outra forma a coisa.

Para que o comodatário esbulhado tenha as proteções possessórias, por meio da ação de reintegração de posse, deverá estar provada a existência do contrato de comodato, bem como todos os detalhes do contrato, mesmo que verbal, como o termo final e as prerrogativas inerentes. Pois se o comodante viesse a não cumprir esses prazos e vir a desapossar da coisa o comodatário, impedindo de exercer o seu direito de posse, estaria caracterizado o esbulho. Portanto, o esbulhado teria a prerrogativa e a legitimidade de intentar reintegração de posse contra o comodante e proprietário (possuidor indireto).

REFERÊNCIAS

BOLONHINI JUNIOR, R. A Posse e Alguns Aspectos, na Legislação Pátria: Conceito, Desdobramento, Detenção, Natureza e Fundamento. Revista Integração – USJT, Ano X, núm. 36, Jan./Fev./Mar./2004, p. 33-38. Disponível em: <ftp://ftp.usjt.br/pub/revint/33_36.pdf>. Acesso em: 06/05/2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.165.680. Direito Civil e Administrativo. Interdito Proibitório e Reintegração de Posse. Forte Rio Branco. Posse Imemorial da União. Esbulho. Imóveis Públicos federais. Relator: Humberto Martins. 24 de abril de 2015. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=46084445&tipo=91&nreg=200902147729&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&t=20150420&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 06/05/2015

CC. **Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil)**. Portal do Palácio do Planalto: Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 02/04/2015.

CPC. **Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil)**. Portal do Palácio do Planalto: Brasília, 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm>. Acesso em: 07/04/2015.

DINIZ, M. H. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria das Obriga es Contratuais e Extracontratuais**. 26.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DINIZ, M. H. **Código Civil Anotado**. 12.ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

DISTRITO FEDERAL. **Tribunal de Justiça. Apela o Cível n. 49.243**. Civil. Processo Civil. Reintegra o de Posse de Imóvel Dado em Comodato. Ausência de Prova. Demanda Desacolhida. Improvimento da Apela o. Relator: Estevam Maia. 29 de junho de 2000. Disponível em: <<http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3179825/apelacao-civel-ac-4924398-df/inteiro-teor-101311162>>. Acesso em: 10/04/2015.

FARIAS, C. C.; ROSENVALD, N. **Direitos Reais**. 6.ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2009.

GIL, A. C. **Como Elaborar Projetos de Pesquisa**. São Paulo: Atlas, 2007

GOMES, O. **Direitos Reais**. 20ª edi o. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010.

GONÇALVES, S. G. **Repensar a Regularização Fundiária como Política de Integração Socioespacial**. Estudos Avançados: Rio de Janeiro, 2009, p. 237-250. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v23n66/a17v2366.pdf>>. Acesso em: 07/04/2015.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de Metodologia Científica**. São Paulo: Atlas, 2005.

MATIAS, A. M.; SANTOS, C. M. **Direito de Propriedade e Direito de Moradia**. Revista Justiça, Cidadania e Democracia: Rio de Janeiro, p. 27-37, 2009. Disponível em: <<http://books.scielo.org/id/ff2x7/pdf/livianu-9788579820137-03.pdf>>. Acesso em: 09/04/2015.

MONTENEGRO FILHO, M. **Código de Processo Civil Comentado e Interpretado**. São Paulo: Atlas, 2008.

SÃO PAULO. **Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento n. 990.10.345153-8**. Comodato Verbal. Notificação Judicial do Comodatário. Extinção. Esbulho Caracterizado. Ação de Reintegração de Posse. Medida Liminar. Cabimento. Relatora: Sandra Galhardo Esteves. 19 de janeiro de 2011. Disponível em: <http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJSP/IT/_345153372010826000_SP_1296344856459.pdf>. Acesso em: 10/04/2015.

THEODORO JUNIOR, H. **Código de Processo Civil Anotado**. 18.^a edição. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

VENOSA, S. S. **Direito Civil – Direitos Reais**. 14.^a edição. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

VOTO DO PRESO CAUTELAR: EFETIVAÇÃO DO DIREITO POLÍTICO A PARTIR DA RESOLUÇÃO 23.219 DO TST

AIDAM SANTOS SILVA: Discente do 9º período do Curso de Direito da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais de Paripiranga/BA.

RESUMO: A participa o dos seguimentos sociais no processo democrático   de suma importância para que a soberania popular e as classes minoritárias sejam representadas. O direito político   um direito inerente de cada indivíduo, sendo este um direito fundamental de primeira gera o, em que visa   participa o de todos, seja de forma direta ou indireta na forma o e funcionamento do Estado. A Constitui o Federal de 1988 adotou os direitos políticos como direitos fundamentais, conforme estabelece os artigos 14 a 17. No entanto ainda persistem acontecimentos de seguimentos da sociedade não participarem do processo eleitoral efetivamente, como   o caso dos presos cautelares. A Carta Magna estabelece algumas hipóteses de priva o de direitos políticos, fato que restringe em alguns casos a participa o de todos nas tomadas de decisão do funcionamento e forma o do Estado. O TSE expediu uma resolu o no intuito de proporcionar a efetiva o dos direitos políticos, de seguimentos sociais até então desprestigiada politicamente, haja vista a importância da participa o de todos no processo democrático.

Palavras-chave: Direito Fundamental. Direito Político. Presos Provisórios. Resolu o Do TSE. Efetiva o do Direito ao Voto.

I. INTRODUÇÃO

A participação dos seguimentos sociais no processo democrático é de suma importância para que a soberania popular e as classes minoritárias sejam representadas.

Por muito tempo em nosso país a política era exercida por um dos seguimentos da sociedade, seja pelo poder econômico que esta classe exercia ou até mesmo pelo sexo e cor das pessoas.

Com o passar dos anos, a Constituição Federal ampliou a participação política dos indivíduos, incluído os negros e mulheres, pessoas até então desprestigiada no processo democrático de nossa nação.

Assim, a Constituição previu o direito político como direito fundamental, em que todos podem exercer seu papel de cidadão, seja ele através do voto ou poder ser votado.

De acordo com os ensinamentos de Emmanuel Joseph Sieyès (2011, p. 16) os representantes de uma classe social devem ser eleitos entre os cidadãos de determinada classe, não cabendo a outras indicarem os representantes de uma classe social.

Com isso, os direitos políticos estabelecem que a soberania popular seja efetivada, em que os mesmos estabelecem um conjunto de normas que proporciona essa efetividade.

O que pode ser visto atualmente, é que um seguimento da sociedade, até então, encontrava-se desprivilegiada politicamente, como é o caso dos presos provisórios. Assim, pretende-se com o estudo desse trabalho discutir se há alguma hipótese de privações de direitos políticos para essa classe, caso não havendo, como será efetivado o direito do preso cautelar em exercer seus direitos políticos no processo democrático.

Para chegar às respostas dessas indagações, faremos uma breve análise acerca dos direitos fundamentais, com ênfase nos direitos políticos, em seguida identificaremos as causas de suspensão ou perda de direitos políticos, e caso não havendo essas hipóteses para os presos cautelares, quais os mecanismos legais que asseguram a concretização do direito político do preso cautelar na participação democrática.

II. DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITOS POLÍTICOS

De acordo com MORAES (2004) os direitos fundamentais são subsídios básicos titulados pelo Estado para existência digna do homem em sociedade. Sem esses direitos não há possibilidade do homem viver, conviver e em alguns casos nem sobreviver.

Direitos fundamentais são conjuntos de normas, princípios, prerrogativas, deveres e institutos, inerentes à soberania popular, que garantem a convivência pacífica, digna, livre e igualitária, independente de credo, raça, origem, cor, condição econômica ou status social. (BULOS, 2010, p. 512).

Os direitos fundamentais muito têm em comum com os direitos humanos, pois os mesmos são inerentes à pessoa, tendo como finalidade a valorização da vida do indivíduo em prol da igualdade e liberdade do mesmo.

Com o surgimento da ONU (Organização das Nações Unidas) a partir das duas maiores Guerras Mundial, os homens começaram a refletir sobre o valor da vida humana. A declaração dos direitos humanos, em 1948, proposta pela ONU influenciou muitos países a agregar em suas Constituição os valores da pessoa humana, inclusive o Brasil.

Segundo MORAES (2004) em uma visão ocidental de democracia, sistema de governado dirigido pela vontade do povo, sendo o próprio o poder soberano do Estado, o mesmo escolhe representantes para que possa decidir sobre assuntos ligados aos benefícios da coletividade.

Dessa maneira os direitos fundamentais de acordo com MORAES (2004) exerce finalidade de defesa contra os abusos do Estado para com a vida particular do indivíduo. Sendo os direitos fundamentais um fator limitante do Estado em relação à vida particular do homem, por consequência do abuso do poder pelos reis absolutistas na Europa no século XVIII.

A efetivação dos direitos fundamentais concretizou a partir das Constituições escritas, em que limitou o poder de intervenção do Estado na vida particular do indivíduo, assim como defende Alexandre de Moraes:

Ressalta-se que o estabelecimento de constituições escritas está diretamente ligado à edição de declarações de direitos do homem. Com a finalidade de estabelecimento de limites ao poder político, ocorrendo à incorporação de direitos subjetivos do homem em normas formalmente básicas, subtraindo-se seu reconhecimento e garantia à disponibilidade do legislador ordinário. (MORAES, 2004, p. 60).

Os direitos fundamentais são aqueles propostos pelo povo, em que cada sociedade exerce um sentido diferente das demais, assim esses

direitos são compreendidos a partir do tempo e da sociedade em que exerce.

Os conceitos atuais sobre os direitos fundamentais são diferentes aos dos tempos atrás, em que esses direitos se baseiam na ordem histórica cronológica que passaram a ser constitucionalmente reconhecidos.

Conforme leciona MORAES (2004) os direitos fundamentais são classificados por direitos de primeira, segunda e terceira gerações. Sendo os direitos fundamentais de primeira geração os direitos e garantias individuais e políticos, direitos que limitou o poder político estatal na interferência da vida privada do indivíduo, com vistas a não fazer, por parte do Estado, infrações com relação à vida, liberdade e expressão.

Esses direitos surgiram em um contexto histórico, onde os reis absolutistas abusavam do poder na vida particular dos indivíduos.

Por ser assim, o título II da Constituição Federal do Brasil de 1988, que reza: “Dos Direitos e Garantias Fundamentais” – abrangem quatro esferas de direitos fundamentais, quais sejam: direitos e deveres individuais e coletivos (art. 5º); direitos sociais (arts. 6º a 11); nacionalidade (arts. 12 e 13); e direitos políticos (arts. 14 a 17). Portanto é de se concluir que a Constituição Federal de 1988 adotou os direitos políticos como direitos fundamentais.

Passaremos então a abordar os direitos políticos como forma de exercício da cidadania com o intuito de resguardar a soberania popular.

III. DIREITOS POLÍTICOS E PRIVAÇÕES DESSES DIREITOS

Conforme ensina GOMES (2013, p. 04) direitos políticos são aqueles que se encontra inerente à cidadania, que pode ser exercido pela

participação do indivíduo de forma direta ou indiretamente da organização e funcionamento do Estado.

Os direitos políticos disciplinam as diversas manifestações da soberania popular, em que se concretiza a partir dos seguintes mecanismos: pelo sufrágio universal, por meio do voto direto e secreto (com valor igual para todos os votantes); e pelo plebiscito, referendo e iniciativa popular, conforme reza o artigo 14 da Constituição Federal.

Assim, é por meio dos direitos políticos que as pessoas intervêm e participam do governo. Esses direitos são conferidos indistintamente a todos habitantes do território estatal, isto é, a toda população, porém, vale ressaltar que só aos nacionais que preencham determinados requisitos expressos na Constituição. (GOMES, 2013, p. 04).

A cidadania é um status social, que o indivíduo adquire a partir do exercício dos seus direitos políticos, votando ou sendo votado, conforme defende José Jairo Gomes. Vejamos:

Chama-se de cidadão a pessoa de direitos políticos, podendo, pois participar do processo governamental, elegendo ou sendo eleito para cargos públicos. (GOMES, 2013, p. 06).

A partir dessa concepção de cidadania, esse atributo jurídico-político é adquirida quando o nacional se torna eleitor.

Os direitos políticos possuem indiscutivelmente ligações com a ideia de democracia, pois é a partir desses direitos que sobressaem a soberania popular e a livre participação de todos nas atividades estatais. (GOMES, 2013, p. 06).

Como fator primordial para a concretização da democracia e como um direito fundamental das pessoas, a Constituição prevê alguns casos em que priva esses direitos, conforme dicção do seu artigo 15, *in verbis*:

Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de:

I - cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado;

II - incapacidade civil absoluta;

III - condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos;

IV - recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5º, VIII;

V - improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º.

Diante disso, GOMES (2013, p. 09) afirma que existem apenas duas hipóteses de perda dos direitos políticos, que são aqueles casos previstos nos incisos I e IV. Os demais incisos são hipóteses de suspensão, haja vista que possuem efeito temporário, em que perduraram até terminar as causas que determinam a suspensão.

Há que se destacar que o artigo invocado acima não apresenta hipóteses de suspensão de direitos políticos para os presos cautelares.

Endente-se como preso cautelar, aquele que se encontra cerceado de liberdade de locomoção no transcorrer da persecução penal, antes de

decisão condenatória transitada em julgada (TAVORA, ALENCAR, 2014, p. 701).

Como a Constituição não prevê hipótese de suspensão ou perda de direitos políticos para os presos cautelares, abordaremos no item seguinte se esse direito é efetivado.

IV. EFETIVAÇÃO DO DIREITO POLÍTICO DO PRESO CAUTELAR

Pelo o que pode ser constatado pela Resolução nº. 23.213 do Tribunal Superior Eleitoral, que dispõe sobre a possibilidade do voto do preso cautelar e os adolescentes internados, infere-se que estes possuíam o direito político ao voto, porém não eram realizados, haja vista que precisou o TSE expedir a presente resolução para concretizar o direito ao voto dos presos provisórios e os adolescentes internado.

Assim, podemos entender que, praticamente acerca de 22 anos, período entre a promulgação da Constituição e a expedição da resolução nº. 23.213 de 2010, em alguns presídios do nosso país, os encarcerados provisoriamente e os adolescentes internados não exerciam seus direitos políticos.

É a partir da resolução em estudo que o direito político dos preso cautelares e adolescentes internados começam a ter um maior grau de efetivação

A presente resolução que as mesas receptoras de votos e justificativas funcionarão em locais indicados pelos diretores dos estabelecimentos penais e das unidades de internação (art. 3º).

Só poderão votar nos estabelecimentos penais, que se encontrem presos provisoriamente e adolescentes internados, desde que se alistem ou

transferirem o seu local de votação para seção eleitoral do estabelecimento penal ou unidade de internação. Caso no dia da eleição o indivíduo não esteja preso provisoriamente ou internado poderão votar nas respectivas unidades ou estabelecimentos cadastrados anteriormente a prisão, ou seja, nas seções eleitorais de origem, (arts. 15, 16 e 17 da resolução 23.219 do TSE).

Além do direito ao voto, pode-se observar, também, que os presos provisórios e os adolescentes internados poderão ter acesso aos veículos de propaganda eleitoral no rádio e na televisão, conforme reza o artigo 20 da resolução em estudo.

A resolução nº. 23.219 do TSE proporcionou a possibilidade de efetivação dos direitos políticos desse seguimento social, em especial ao direito ao voto, que até então não possuíam efetivamente o exercício ao voto.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito político é um direito inerente de cada indivíduo, sendo este um direito fundamental de primeira geração, em que visa a participação de todos, seja de forma direta ou indireta na formação e funcionamento do Estado.

A Constituição apresenta algumas privações desses direitos, sendo as causas previstas no artigo 15, quais sejam: cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado; incapacidade civil absoluta; condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos; recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5º, VIII; e improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º.

Como visto a Constituição não suspende ou priva o indivíduo encarcerado preventivamente de exercer seus direitos políticos, em especial ao voto. No entanto esse direito até então não eram efetivamente concretizado, haja vista que necessitou o TSE expedir uma resolução para que possibilite a efetivação desse direito ao preso cautelar.

Assim a resolução nº. 23.219, expedida pelo TSE, veio promover efetividade ao direito político dos presos cautelares e adolescentes internados, que até então não possuíam efetivamente o direito ao voto.

Por ser assim, é impensável que em uma sociedade democrática como a nossa, ainda exista requisitos de práticas do passado, que excluem seguimentos sociais da participação do processo democrático.

É necessário dá voz a esses seguimentos sociais, para que seus representantes lutem por seus direitos, em melhores condições de higiene, infraestrutura dos presídios, programas de inserção no mercado de trabalho, após o cumprimento provisório da medida imposta.

Referências Bibliográficas:

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.

GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A Constituinte Burguesa*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2001.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 9ª ed. Salvador/BA: Juspodivm, 2014.

QUESTÕES POLÊMICAS ENVOLVENDO A GARANTIA NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS - A INEFICÁCIA DO SEGURO-GARANTIA

MOACIR GONÇALVES DE OLIVEIRA JUNIOR: Advogado, Servidor Público Federal, Especializado em Direito Público pela Universidade Federal de Goiás.

RESUMO: O presente artigo trata de uma questão que, embora não seja tão discutida na doutrina, é de extrema importância na prática administrativa. Falamos da Garantia nos Contratos Administrativos.

Palavras-chave: Contratos Administrativos. Garantia. Seguro. Legislação. Eficácia.

O tema é normatizado no Direito Positivo no artigo 56 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, instituindo normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências, assim dispondo:

Art. 56. A critério da autoridade competente, em cada caso, e desde que prevista no instrumento convocatório, poderá ser exigida prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e compras.

§ 1º São modalidades de garantia:

I - caução em dinheiro, em títulos de dívida pública ou fidejussória;

II - (VETADO).

III - fiança bancária.

§ 1º Caberá ao contratado optar por uma das seguintes modalidades de garantia:

I - caução em dinheiro ou títulos da dívida pública;

I - caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública, devendo estes ter sido emitidos sob a forma escritural, mediante registro em sistema centralizado de liquidação e de custódia autorizado pelo Banco Central do Brasil e avaliados pelos seus valores econômicos, conforme definido pelo Ministério da Fazenda;

II - seguro-garantia;

III - fiança bancária.

§ 2º As garantias a que se referem os incisos I e III do parágrafo anterior, quando exigidas, não excederão a 5% (cinco por cento) do valor do contrato.

§ 2º A garantia a que se refere o caput deste artigo não excederá a cinco por cento do valor do contrato e terá seu valor atualizado nas mesmas condições daquele, ressalvado o previsto no parágrafo 3º deste artigo.

§ 3º(VETADO)

§ 3º Para obras, serviços e fornecimentos de grande vulto envolvendo alta complexidade técnica e riscos financeiros consideráveis, demonstrados

através de parecer tecnicamente aprovado pela autoridade competente, o limite de garantia previsto no parágrafo anterior poderá ser elevado para até dez por cento do valor do contrato.

§ 4º A garantia prestada pelo contratado será liberada ou restituída após a execução do contrato e, quando em dinheiro, atualizada monetariamente.

§ 5º Nos casos de contratos que importem na entrega de bens pela Administração, dos quais o contratado ficará depositário, ao valor da garantia deverá ser acrescido o valor desses bens.

Recentemente a Secretaria de Logística, Tecnologia e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – SLTI/MPOG, objetivando a melhor aplicação do disposto na Lei Geral de Licitações expediu a Instrução Normativa nº 6, de 23 de dezembro de 2013, que alterou a Instrução Normativa nº 2, de 30 de abril de 2008, pontuando, dentre outras questões, os procedimentos para exigência e aceitação da garantia nos contratos administrativos, a saber:

Art. 19. Os instrumentos convocatórios devem conter o disposto no art. 40 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, indicando ainda, quando couber:

I -;

II -;

XIX - exigência de garantia de execução do contrato, nos moldes do art. 56 da Lei nº 8.666, de 1993, com validade durante a execução do contrato

e 3 (três) meses após o término da vigência contratual, devendo ser renovada a cada prorrogação, observados ainda os seguintes requisitos: (Redação dada pela Instrução Normativa nº 6, de 23 de dezembro de 2013)

a) a contratada deverá apresentar, no prazo máximo de 10 (dez) dias úteis, prorrogáveis por igual período, a critério do órgão contratante, contado da assinatura do contrato, comprovante de prestação de garantia, podendo optar por caução em dinheiro ou títulos da dívida pública, seguro-garantia ou fiança bancária, sendo que, nos casos de contratação de serviços continuados de dedicação exclusiva de mão de obra, o valor da garantia deverá corresponder a cinco por cento do valor total do contrato; (Incluído pela Instrução Normativa nº 6, de 23 de dezembro de 2013)

b) a garantia, qualquer que seja a modalidade escolhida, assegurará o pagamento de: (Incluído pela Instrução Normativa nº 6, de 23 de dezembro de 2013)

1. prejuízos advindos do não cumprimento do objeto do contrato; (Redação dada pela Instrução Normativa nº 4, de 19 de março de 2015)

2. prejuízos diretos causados à Administração decorrentes de culpa ou dolo durante a execução

do contrato; **(Redação dada pela Instrução Normativa nº 4, de 19 de março de 2015)**

3. multas moratórias e punitivas aplicadas pela Administração à contratada; e **(Incluído pela Instrução Normativa nº 6, de 23 de dezembro de 2013)**

4. obrigações trabalhistas e previdenciárias de qualquer natureza, não adimplidas pela contratada, quando couber;

(Redação dada pela Instrução Normativa nº 4, de 19 de março de 2015)

c) a modalidade seguro-garantia somente será aceita se contemplar todos os eventos indicados nos itens da alínea "b", observada a legislação que rege a matéria; **(Redação dada pela Instrução Normativa nº 4, de 19 de março de 2015)**

d) a garantia em dinheiro deverá ser efetuada na Caixa Econômica Federal em conta específica com correção monetária, em favor do contratante; **(Incluído pela Instrução Normativa nº 6, de 23 de dezembro de 2013)**

e) a inobservância do prazo fixado para apresentação da garantia acarretará a aplicação de multa de 0,07% (sete centésimos por cento) do valor do contrato por dia de atraso, observado o máximo de 2% (dois por cento); **(Incluído pela**

Instrução Normativa nº 6, de 23 de dezembro de 2013)

f) o atraso superior a 25 (vinte e cinco) dias autoriza a Administração a promover a rescisão do contrato por descumprimento ou cumprimento irregular de suas cláusulas, conforme dispõem os incisos I e II do art. 78 da Lei nº 8.666, de 1993; (Incluído pela Instrução Normativa nº 6, de 23 de dezembro de 2013)

g) o garantidor não é parte para figurar em processo administrativo instaurado pelo contratante com o objetivo de apurar prejuízos e/ou aplicar sanções à contratada; (Redação dada pela Instrução Normativa nº 4, de 19 de março de 2015)

h) a garantia será considerada extinta: (Incluído a pela Instrução Normativa nº 6, de 23 de dezembro de 2013)

1. com a devolução da apólice, carta fiança ou autorização para o levantamento de importâncias depositadas em dinheiro a título de garantia, acompanhada de declaração da Administração, mediante termo circunstanciado, de que a contratada cumpriu todas as cláusulas do contrato; e (Incluído pela Instrução Normativa nº 6, de 23 de dezembro de 2013)

2. após o término da vigência do contrato, devendo o instrumento convocatório estabelecer o prazo de extinção da garantia, que poderá ser estendido em caso de ocorrência de sinistro; **(Incluído pela Instrução Normativa nº 6, de 23 de dezembro de 2013)**

i) o contratante executará a garantia na forma prevista na legislação que rege a matéria; **(Redação dada pela Instrução Normativa nº 4, de 19 de março de 2015)**

j) **Revogado; (Revogado pela Instrução Normativa nº 4, de 19 de março de 2015)**

k) deverá haver previsão expressa no contrato e seus aditivos de que a garantia prevista no inciso XIX deste artigo somente será liberada ante a comprovação de que a empresa pagou todas as verbas rescisórias trabalhistas decorrentes da contratação, e que, caso esse pagamento não ocorra até o fim do segundo mês após o encerramento da vigência contratual, a garantia será utilizada para o pagamento dessas verbas trabalhistas, conforme estabelecido no art. 19-A, inciso IV, desta Instrução Normativa, observada a legislação que rege a matéria. **(Redação dada pela Instrução Normativa nº 4, de 19 de março de 2015)**

Art. 19-A. O edital deverá conter ainda as seguintes regras para a garantia do cumprimento das obrigações trabalhistas nas contratações de serviços continuados com dedicação exclusiva de mão de obra: (Redação dada pela Instrução Normativa nº 6, de 23 de dezembro de 2013)

I -;

IV - a obrigação da contratada de, no momento da assinatura do contrato, autorizar a Administração contratante a reter, a qualquer tempo, a garantia na forma prevista na alínea “k” do inciso XIX do art. 19 desta Instrução Normativa; (Redação dada pela Instrução Normativa nº 6, de 23 de dezembro de 2013)

Art. 35. Quando da rescisão contratual, o fiscal deve verificar o pagamento pela contratada das verbas rescisórias ou a comprovação de que os empregados serão realocados em outra atividade de prestação de serviços, sem que ocorra a interrupção do contrato de trabalho. (Redação dada pela Instrução Normativa nº 3, de 16 de outubro de 2009)

Parágrafo único. Até que a contratada comprove o disposto no caput, o órgão ou entidade contratante deverá reter a garantia prestada e os valores das faturas correspondentes a 1 (um) mês

de serviços, podendo utilizá-los para o pagamento direto aos trabalhadores no caso de a empresa não efetuar os pagamentos em até 2 (dois) meses do encerramento da vigência contratual, conforme previsto no instrumento convocatório e nos incisos IV e V do art. 19-A desta Instrução Normativa. (Redação dada pela Instrução Normativa nº 6, de 23 de dezembro de 2013)

Toda a legislação acima exposta traduz de algum modo, a preocupação da Administração em fornecer subsídios que tornem mais segura a execução dos contratos administrativos. Em especial, nos contratos de prestação de serviços de mão de obra com dedicação exclusiva, tais como copeiragem, secretariado, apoio administrativo, enfim, notadamente, a grande massa dos chamados terceirizados, tais garantias aplicadas pela lei federal e demais atos normativos quando alcançam a prática colidem com a verdade rotineira.

É sabido que ao Gestor Público resta a condição de apenas optar pela garantia, mas ao particular que irá contratar com a Administração, a mesma lei faculta a escolha da modalidade a ser apresentada e nessa particularidade que a intenção do legislador se desfaz.

Para as empresas em geral é cômodo e célere optar – e isso é quase uma regra no âmbito da Administração – pelos chamados “Seguros-Garantia”, onde uma seguradora oferece um produto determinado, regulamentado pelo órgão de fiscalização federal, qual seja Superintendência Seguros Privados – SUSEP e as contratadas (por vezes,

via on-line) efetivam a garantia de um contrato que poderá durar, a depender do instrumento contratual, até o limite de 60 (sessenta meses).

Ocorre que, como já exemplificado, nos contratos terceirizados onde exista mão de obra exclusiva muitas vezes as empresas abandonam o que foi pactuado inicialmente deixando os empregados alocados nos postos de trabalho à mercê do nada. Mesmo com uma regular fiscalização por parte da Administração é quase impossível evitar que prejuízos financeiros de esfera alimentar, ou seja, verbas trabalhistas e previdenciárias sejam protegidas.

Pensando, talvez, nestas situações, o legislador aplicou várias regras e instrumentos normativos visando evitar tais situações. A intenção é boa, mas a prática é outra. Quando em detrimento às modalidades de “Caução” ou “Fiança” as empresas optam pelo “Seguro-Garantia” a Administração, indiretamente, adere às condições explicitadas nas apólices emitidas pelas seguradoras o que, na prática, torna tal modalidade de garantia contratual ineficaz.

Por mais que o Gestor Público seja zeloso e tenha atenção com a execução do contrato, caso seja necessário – e isso não é um fato isolado – acionar o Seguro-Garantia para cumprimento de verbas trabalhistas, previdenciárias ou até mesmo uma multa contratual (cláusulas que devem, expressamente, constar nas apólices) surge o momento da ineficácia legislativa.

Tal fato se dá porque, na maciça maioria das condições impostas pelas empresas seguradoras, a comunicação do sinistro e sua efetivação devem atender a condições expressas nas apólices de seguro. Tais condições, se não obstaculizam, dificultam em muito a pretensão estatal

em receber os valores segurados. A título de exemplificação, caso ocorra uma quebra do dever de pagamento de verbas trabalhistas, o recebimento dos valores para atendimento das mesmas depende de vários fatores, tais como, comprovação de que o empregado não recebeu notificação judicial trabalhista (o que leva a crer que o empregado terá que entrar na Justiça do Trabalho contra a empresa e contra a Administração), trânsito em julgado da decisão que for favorável ao detentor dos créditos, enfim, toda uma burocracia, que torna ineficaz de modo absoluto, o recebimento dos valores segurados pelo empregado tendo em vista que a rapidez no cumprimento dos direitos trabalhistas dos empregados terceirizados deveria ser a matiz do contrato.

Dentro dessas condições, existe ainda, o recebimento de valores oriundos de multas administrativas. As seguradoras incluem tantas condições que a Administração, efetivamente, não consegue tornar exequível a medida contra a empresa contratada. Tais fatos comprovam a ineficácia do Seguro-Garantia – na prática – como forma de garantia contratual para Administração nos contratos administrativos.

Mesmo com as recentes alterações na Instrução Normativa SLTI/MP nº 2, de 30 de abril de 2008, que trouxeram novidades nos procedimentos de aceitação e execução das garantias nos contratos administrativos, nota-se que o legislador, por mais que tenha a intenção de simplificar e colaborar com os operadores administrativos, não conseguiu ainda impor regras que realmente funcionem de modo efetivo para tal questão.

Talvez e como sugestão, utilizando-se da Supremacia Estatal, a alteração do art. 56 da Lei nº 8.666/93 com a exclusão da modalidade Seguro-Garantia e adoção apenas das modalidades “Fiança” e “Caução”,

ou seja, moeda em espécie de posse indireta da Administração depositada em instituição financeira oficial atenuasse a celeuma que, atualmente, se impõe.

Outra possibilidade mais distante seria a adoção da chamada “*Performance Bond*” utilizada nas contratações públicas nos Estados Unidos, onde, diferentemente do modelo brasileiro que impõe o percentual de 5% ou 10% a depender da vultuosidade da obra, o percentual de garantia é de 100% e depende do aval da seguradora que também participará da fiscalização do objeto. Caso a contratada não cumpra com o objeto do contrato, a seguradora assume o restante do pactuado. As regras são bem rígidas e para se alcançar o seguro, a contratada deve cumprir vários elementos objetivos.

Diante do exposto, chama a atenção a ineficácia do chamado “Seguro-Garantia” nos contratos administrativos, seja por sua demasiada burocracia em regras impostas pelas Seguradoras no momento do sinistro, seja por sua volatilidade em sua contratação, onde o Estado deveria se impor, mas, indiretamente, fica a mercê de um contrato de adesão firmado entre particulares.

Nessa seara, o Estado, diante de sua Supremacia Constitucional deveria buscar novas regras, exclusão de tais situações no normativo legal positivo e adoção de mecanismos céleres que possam disponibilizar aos operadores administrativos ferramentas úteis e realmente eficazes na defesa dos prejudicados pelas empresas contratadas e na defesa do Estado protetor das garantias trabalhistas, previdenciárias e fiscais constitucionais.

ANOTAÇÕES AO DECRETO Nº 5.377/2005: PONDERAÇÕES À POLÍTICA NACIONAL PARA OS RECURSOS DO MAR (PNMR)

TAUÃ LIMA VERDAN RANGEL: Doutorando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF), linha de Pesquisa Conflitos Urbanos, Rurais e Socioambientais. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Especializando em Práticas Processuais - Processo Civil, Processo Penal e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Produziu diversos artigos, voltados principalmente para o Direito Penal, Direito Constitucional, Direito Civil, Direito do Consumidor, Direito Administrativo e Direito Ambiental.

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. Recursos do Mar. Meio Ambiente Marinho.

Sumário: 1 Ponderações Introdutórias: Breves notas à construção teórica da Ramificação Ambiental do Direito; 2 Comentários à concepção de Meio Ambiente; 3 Anotações ao Decreto nº 5.377/2005: Ponderações à Política Nacional para os Recursos do Mar (PNMR).

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 espreque 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 primeiro 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[7].

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 aceção 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.º. 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 ao 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 Nº 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 hígidez, 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 Anotações ao Decreto nº 5.377/2005: Ponderações à Política Nacional para os Recursos do Mar (PNMR)

De início, as diretrizes gerais para a Política Nacional para os Recursos do Mar (PNRM) foram baixadas pelo Presidente da República em 1980. Nas mais de duas décadas transcorridas desde a promulgação da PNRM, os cenários nacional e internacional relativos aos mares, oceanos e zonas costeiras sofreram alterações notáveis, particularmente em relação à moldura jurídica global, em função, principalmente, da entrada em vigor da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (CNUDM), em novembro de 1994. Assim sendo, tornou-se necessária a atualização da PNRM. A PNRM tem por finalidade orientar o desenvolvimento das atividades que visem à efetiva utilização, exploração e aproveitamento dos recursos vivos, minerais e energéticos do Mar Territorial, da Zona

Econômica Exclusiva e da Plataforma Continental, de acordo com os interesses nacionais, de forma racional e sustentável para o desenvolvimento socioeconômico do País, gerando emprego e renda e contribuindo para a inserção social. A PNRM visa essencialmente: - ao estabelecimento de princípios e objetivos para a elaboração de planos, programas e ações de governo no campo das atividades de formação de recursos humanos; no desenvolvimento da pesquisa, ciência e tecnologia marinha; e na exploração e aproveitamento sustentável dos recursos do mar; e - à definição de ações para alcançar os objetivos estabelecidos nesta Política.

Recursos do mar são todos os recursos vivos e não-vivos existentes nas águas sobrejacentes ao leito do mar, no leito do mar e seu subsolo, bem como nas áreas costeiras adjacentes, cujo aproveitamento sustentável é relevante sob os pontos de vista econômico, social e ecológico. Os recursos vivos do mar são os recursos pesqueiros e a diversidade biológica, incluindo os recursos genéticos ou qualquer outro componente da biota marinha de utilidade biotecnológica ou de valor para a humanidade[16]. Os recursos não-vivos do mar compreendem os recursos minerais existentes nas águas sobrejacentes ao leito do mar, no leito do mar e seu subsolo, e os recursos energéticos advindos dos ventos, marés, ondas, correntes e gradientes de temperatura. Inserem-se, ainda, entre os recursos em questão, as potencialidades do mar para as atividades de aquicultura marinha, turísticas, esportivas e de recreação. No mais, a PNRM não contempla o transporte marítimo de cargas, que é objeto de políticas e normas legais específicas.

São princípios básicos da PNRM: - a observância às orientações políticas e estratégicas da Presidência da República; - a harmonização com as demais políticas nacionais e com o plano plurianual; - a definição de prioridades para os programas e ações, conforme previsto no plano plurianual e, também, em função de sua contribuição para a defesa dos interesses nacionais e do desenvolvimento sustentável do País; - a execução descentralizada e participativa, incentivando as parcerias da União, dos Estados, dos Municípios, do setor privado e da sociedade; - a adoção do princípio da precaução na exploração e aproveitamento sustentável dos recursos do mar; - a proteção da biodiversidade e do patrimônio genético existente nas áreas marinhas sob jurisdição nacional e zona costeira adjacente; e - a observância dos compromissos internacionais assumidos pelo Governo brasileiro[17]. A PNRM tem como objetivos: - promover a formação de recursos humanos; - estimular o desenvolvimento da pesquisa, ciência e tecnologia marinhas; e - incentivar a exploração e o aproveitamento sustentável dos recursos do mar, das águas sobrejacentes ao leito do mar, do leito do mar e seu subsolo, e das áreas costeiras adjacentes.

A estratégia é formada por um conjunto de ações a serem empreendidas para alcançar os objetivos da PNRM. As ações serão executadas sob a orientação e a coordenação dos órgãos integrantes da Comissão Interministerial para os Recursos do Mar (CIRM), de acordo com as suas competências específicas legalmente estabelecidas e em consonância com as orientações desse colegiado, estando agrupadas nas áreas a seguir, com as suas respectivas atribuições: Formação de Recursos Humanos: - estimular a formação e o aperfeiçoamento de cientistas,

técnicos e profissionais, nos diversos níveis, necessários à execução dos programas ligados aos recursos do mar; - promover atividades voltadas ao desenvolvimento de mentalidade marítima e ambiental na população brasileira, consentâneas com os interesses nacionais de aproveitamento sustentável dos recursos do mar; - fortalecer as instituições de ensino e pesquisa na área de ciências do mar no País, aproveitando a capacidade instalada e a vocação natural dessas instituições; - ampliar o intercâmbio técnico-científico, interno e externo, visando à troca e difusão de dados e informações relacionadas com a formação de recursos humanos em ciência e tecnologia marinha, pesquisa, exploração e aproveitamento sustentável dos recursos do mar; - incentivar a criação de instituições de ensino e pesquisa que se dediquem ao estudo do mar; e - estimular a formação e o aperfeiçoamento de professores nos diversos níveis, necessários à implementação do currículo nas escolas dos sistemas de ensino, com vistas ao desenvolvimento de atividades sustentáveis de preservação ambiental e de recursos do mar^[18].

O governo brasileiro se reserva o direito de regulamentar, orientar, coordenar e controlar a investigação científica marinha, a preservação e a conservação do meio ambiente marinho, e a exploração e o aproveitamento sustentável dos recursos vivos, minerais e energéticos das águas jurisdicionais e da Plataforma Continental Brasileira. A PNRM se desdobrará em planos setoriais plurianuais. Os planos setoriais da CIRM serão estruturados em programas e ações, em consonância com as normas do plano plurianual e do orçamento da União. À CIRM, criada pelo Decreto nº 74.557, de 12 de setembro de 1974, e regida pelo Decreto nº 3.939, de 26 de setembro de 2001, compete: - coordenar os assuntos

relativos à consecução da PNRM; - acompanhar os programas e ações decorrentes da PNRM e seus resultados; e - propor atualizações à PNRM. Os órgãos com representação na CIRM deverão: - introduzir em seus planos e programas as partes que lhes couberem nas decisões e no planejamento elaborado no âmbito da CIRM, adotando as medidas necessárias à consecução dos objetivos da PNRM; - promover criteriosa utilização dos órgãos e meios existentes, otimizando o aproveitamento da capacidade instalada e coordenando e integrando os respectivos programas, de modo a evitar duplicidade de esforços e desperdícios de recursos; e - priorizar os programas da CIRM nas iniciativas de fomento e incentivo ao desenvolvimento científico e tecnológico referentes aos recursos do mar.

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 5.377, de 23 de fevereiro de 2005**. Aprova a Política Nacional para os Recursos do Mar – PNMR. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 14 jun. 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.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 17 mai. 2015.

_____. **Tribunal Regional Federal da Segunda Região**. Disponível em: <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>. 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>. 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.

NOTAS:

[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 14 jun. 2015.

[2] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental N°. 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>. Acesso em 14 jun. 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 14 jun. 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 14 jun. 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>. Acesso em 14 jun. 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 14 jun. 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>. Acesso em 14 jun. 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 14 jun. 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>. Acesso em 14 jun. 2015.

[16] BRASIL. **Decreto nº 5.377, de 23 de fevereiro de 2005**. Aprova a Política Nacional para os Recursos do Mar – PNMR. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 14 jun. 2015.

[17] BRASIL. **Decreto nº 5.377, de 23 de fevereiro de 2005**. Aprova a Política Nacional para os Recursos do Mar – PNMR. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 14 jun. 2015.

[18] BRASIL. **Decreto nº 5.377, de 23 de fevereiro de 2005**. Aprova a Política Nacional para os Recursos do Mar – PNMR. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 14 jun. 2015.

**FACULDADE ESTÁCIO DO RECIFE
CURSO DE DIREITO**

BRENO TESSINARI DE CARVALHO

ANÁLISE CRÍTICA A CONTRIBUIÇÃO DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA

**RECIFE
2014**

BRENO TESSINARI DE CARVALHO

ANÁLISE CRÍTICA A CONTRIBUIÇÃO DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado à Faculdade Estácio do Recife, como requisito parcial, para a obtenção do grau de bacharel em direito, sob orientação da Prof^a Sabrina Araújo Feitosa Fernandes Rocha.

**RECIFE
2014**

Dedico este trabalho a minha querida Mãe e ao meu Pai que em conjunto puderam viabilizar meu curso de Direito.

AGRADECIMENTOS

À querida Professora Orientadora deste trabalho, Sabrina Rocha pela luz nos momentos obscuros de produção deste trabalho, bem como aos funcionários desta instituição de ensino, sem os quais, não seria possível a realização deste curso;

A todas as pessoas que passaram no meu caminho e nesses anos, que de um jeito ou de outro me fizeram uma pessoa melhor, mais forte, mais corajosa e mais preparada para o que vier pela frente.

À querida amiga Ângela Pestana, pelas conversas esclarecedoras ao longo desta caminhada.

À prezada amiga Deise Teles pelas conversas esclarecedoras quando à história

À inestimável Suzane Lins pela paciência, afeto, amizade, companheirismo e carinho.

Principalmente aos meus familiares – Mãe Querida, Pai e Vinícius, inestimável irmão que lutaram ao meu lado para que tudo isso pudesse ser viável.

“O único dia fácil foi ontem”

Filosofia dos SEAL da marinha americana

RESUMO

O presente trabalho buscará fazer uma análise acerca da Contribuição para Custeio da Iluminação Pública, fazendo uma remissão à história dos tributos, sua origem histórica no mundo e no Brasil. Pretenderá analisar as teorias tributárias mais aceitas atualmente pela doutrina e jurisprudência, bem como as espécies tributárias, visando comparar os tributos com a COSIP. Assim, tal ensaio visa apontar as contradições desta espécie tributária com a norma infraconstitucional e com a Carta Magna, mesmo fazendo parte da Constituição Federal, por meio do legislador constitucional derivado reformador.

Palavras-chave: Contribuição para Custeio da Iluminação Pública. Tributos. Espécie tributária. Incompatibilidade com as leis. Inconstitucionalidade

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 ORIGEM DOS TRIBUTOS	10
1.1 DA ANTIGUIDADE AO MUNDO CONTEMPORÂNEO	10
1.2 BRASIL COLÔNIA	14
1.3 DO BRASIL REPUBLICANO À CONSTITUIÇÃO DE 1988	15
2 TRIBUTOS EM ESPÉCIE E A ORDEM POLÍTICA ATUAL	19
2.1 TEORIAS TRIBUTÁRIAS	19
2.2 IMPOSTOS	21
2.3 TAXAS	24
2.4 CONTRIBUIÇÃO DE MELHORIA	27
2.5 EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO	28
2.6 CONTRIBUIÇÕES	30
3 A CONTRIBUIÇÃO SOCIAL DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA	32
3.1 HISTÓRICO DA CRIAÇÃO DO TRIBUTO	32
3.2 NATUREZA DO TRIBUTO	34
4 CRÍTICAS À COSIP	38
4.1 INCOMPATIBILIDADES COM A CONSTITUIÇÃO	38
4.2 CONSIDERAÇÕES ACERCA DAS INCOMPATIBILIDADES COM O ESTATUTO DAS CIDADES	40
4.3 DA INCONSTITUCIONALIDADE DA COSIP	42
CONSIDERAÇÕES FINAIS	45
REFERÊNCIAS	47

INTRODUÇÃO

O tema proposto nesse trabalho consiste em uma análise crítica da Contribuição para o Custeio da Iluminação Pública – COSIP como mais uma espécie tributária criada em nosso país.

Uma das maiores cargas tributárias mundiais é observada no Brasil. Isso é reflexo da atitude do administrador público brasileiro, que comodamente, ao invés de racionalizar os gastos públicos, elevar o nível da gestão de recursos, recorre ao poder legislativo para se socorrer de novos tributos para gerar mais receitas, o que onera o orçamento do cidadão residente no país e eleva os custos para qualquer atividade produtora de riquezas.

Dessa forma ocorreu com o nascimento da COSIP, por meio da emenda constitucional 39 de 2002, a qual culminou com a criação do Artigo 149-A da Constituição Federal Brasileira. Tal emenda buscou combater as reiteradas decisões do judiciário brasileiro, que pugnavam pela ilegalidade da remuneração do serviço de iluminação pública por meio de taxa, já que a iluminação pública seria serviço considerado indivisível, condição determinante para a instituição da espécie tributária.

Cientes da impossibilidade de haver alteração jurisprudencial, pois fora editada a súmula 670, que vedava expressamente a cobrança de taxa de iluminação pública, os prefeitos então passaram a pressionar o Poder Constituinte Derivado para que se alterasse o texto constitucional, de modo a viabilizar a almejada tributação.

Tamanha pressão impelida pelos prefeitos, que o parlamento à época acabou por aprovar tal proposta de emenda à constituição - PEC nº 53/2001, que teve nº 222/2000 na Câmara dos Deputados¹ – também referente à criação de taxa para a iluminação pública.

Por consequência disso, o então Poder Constituinte Derivado, através da Emenda Constitucional nº 39/2002, fez à inserção do referido artigo 149-A com o objetivo de autorizar a cobrança do tributo que recebeu, o nome de “Contribuição

¹ BRASIL. **Quinta sessão legislativa extraordinária da 51ª legislatura**. Brasília, 18 de dezembro de 2001 a 7 de janeiro de 2002. Disponível http://www.senado.gov.br/relatorios_sgm/RelPresi/2001/067-5Extraordin%C3%A1ria51.pdf. Acesso em: 15 ago. 2014.

para Custeio do Serviço de Iluminação Pública”.

A problemática abordada por este trabalho reside no fato de tal ato legislativo ser equivocado, pois não se destina ao interesse de categorias profissionais ou econômicas, tampouco representa intervenção da União no domínio econômico, ou mesmo meio para financiar a seguridade social, o que demonstra não ser contribuição o tributo, apesar de assim ser rotulado.

A hipótese retratada neste trabalho é que sua natureza jurídica se revela um híbrido de taxa de serviço público específico e indivisível, sem, contudo ser vinculado ao pagamento de tal ônus junto às companhias de energia elétrica, o que lhe dá corpo de imposto, e, tendo o errôneo nome de contribuição, classificada como Social.

Este trabalho visa analisar e apontar falhas e contradições na referida emenda a fim de fomentar possível futuro controle de constitucionalidade da mesma objetivando demonstrar aos governantes municipais que, a saída para o ajuste de contas em regra deve passar pelo saneamento de contas, e como exceção, a criação de tributos.

O trabalho inicia-se com um breve histórico dos tributos pela humanidade, até alcança-los na realidade brasileira, quando será analisada a evolução tributária no Brasil, por meio de pesquisa de referências textuais de *websites*. Após isso, far-se-á uma descrição dos tributos vigentes à ordem jurídica nacional, na qual será feito um relato acerca das teorias tributárias Tripartida e Pentapartida, resultantes da análise e aplicação das espécies tributárias reconhecidas pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, bem como aos reconhecidos pela jurisprudência.

Após tais considerações, fundamental um estudo acerca da Contribuição para o Custeio do Serviço de Iluminação Pública, à luz da doutrina e da jurisprudência da mais alta corte do Brasil, a qual reconhece a constitucionalidade do tributo tacitamente, na medida em que o descreve como *sui generis*.

Este Ensaio é concluído com críticas à COSIP, demonstrando sua incompatibilidade com as regras constitucionais, bem como com as infraconstitucionais, o que dá ao tributo uma conotação de Inconstitucionalidade.

O método aplicado será a pesquisa bibliográfica onde será feita uma abordagem quantitativa-qualitativa, por meio de um raciocínio hipotético dedutivo alicerçado, por autores clássicos do direito constitucional, administrativo e

tributário, bem como a websites jurídicos para consulta jurisprudencial e de periódicos oficiais.

1 ORIGEM DOS TRIBUTOS

O primeiro capítulo deste trabalho monográfico será utilizado para trazer ao conhecimento do leitor noções preliminares sobre o objeto central deste trabalho – o tributo.

Para tanto, primeiramente abordar-se-á a gênese do tributo trazendo desde a antiguidade até o mundo contemporâneo para se dar em último momento a análise de como este fenômeno deu-se no Brasil.

1.1 DA ANTIGUIDADE AO MUNDO CONTEMPORÂNEO

Os primeiros impérios e civilizações em muito dependeram da cobrança de tributos para manutenção do seu poder, assim como para suas conquistas, expansões e guerras.

Quando se refere a mundo antigo, é necessário se remeter às civilizações do Oriente e da Mesopotâmia. Na análise do curso histórico, que nem sempre é linear, se faz presente à cobrança de tributos e as crises geradas pela sua cobrança excessiva, que culminavam com revoltas e guerras que acabavam por enfraquecer as nações que abusavam da cobrança tributária.

Estima-se que o texto mais antigo que trate do assunto é datado dos anos de 2350 a.C. na antiga Suméria, região geográfica entre os rios Tigre e Eufrates. O texto, em escrita cuneiforme, retrata o modo abusivo como os tributos eram cobrados por agentes corruptos do Estado sumério².

No reino da antiga Israel, composto pelas 12 tribos, a possibilidade de se tornar uma grande potência fora minada com a morte do rei Salomão³, ocorrida em meados de 926 a.C., que culminou com a divisão da nação hebraica em dois reinos: o reino de Israel composto por dez tribos e o reino de Judá composto pelas duas

² BRASIL. Ministério da Fazenda. Escola de Administração Fazendária. Programa Nacional de Educação Fiscal – PNEF. **Função social dos tributos** Disponível em: http://www.proposta.curricular.sed.sc.gov.br/pdfs/Caderno_3_FUNCAO_SOCIAL_DOS_TRIBUTOS.pdf. Acesso em: 15 ago. 2014.

³ CATARIN, Cristiano. **Impostos: uma breve historia dos impostos**. Disponível em: <http://www.historianet.com.br/conteudo/default.aspx?codigo=880>. Acesso em: 15 ago. 2014.

tribos restantes, herdado pelo filho de Salomão Roboão.

Desgastado pelo cisma, do reino de Judá, o descontentamento do povo cresceu quando, ao assumir o poder, Roboão aumentou os tributos, enfraquecendo o reino que já estava desgastado com ruptura da nação hebraica. Tal insatisfação popular fez o reino cair em desgraça, sendo derrotado em sucessivas batalhas com as nações vizinhas, até cair nas mãos dos Assírios por volta de 721 a.C.⁴

No Egito antigo, o governo de Cleópatra necessitava da arrecadação dos impostos para manutenção de sua vida luxuosa, sobretudo dos impostos resultantes do comércio de pedras preciosas. A regra não se alterou com outros Faraós que exigiam o pagamento dos pesados tributos, havendo à época, todo um sistema que encarregava aos escribas a cobrança excessiva dos tributos aos camponeses pobres⁵.

A Hélade tinha o tributo como meio de defesa do bem coletivo. Assim, o mundo grego ao expandir-se pelo oriente subjugou outras nações, recolhendo compulsoriamente tributos para manutenção do seu exército e conseqüentemente do império. Assim, por volta do século VIII a.C foi instituído o tributo administrado pelo Estado⁶.

Na cidade de Micenas eram mantidos arquivos em placas de barro com os lançamentos dos impostos e reservas agrícolas. Com estabelecimento da democracia grega, os governantes passaram a prestar contas dos recursos públicos usados na manutenção do império. Assim, a anotação de tais gastos era feita em pedras.⁷

O Império Romano era composto de diversas culturas que foram conquistadas com as guerras de expansão. Dessa feita, eram cobrados aos subjugados tributos sobre mercadorias, o *portorium*; e pelo consumo geral de

⁴ REIS 12:12-14. ASSOCIAÇÃO TORRE DE VIGIA DE BÍBLIAS E TRATADOS. **Bíblia Sagrada**. Tradução do Novo Mundo. São Paulo, 1986.

⁵ CATARIN, Cristiano. **Impostos**: uma breve historia dos impostos. Disponível em: <http://www.historianet.com.br/conteudo/default.aspx?codigo=880>. Acesso em: 15 ago. 2014

⁶ BRASIL. Ministério da Fazenda. Escola de Administração Fazendária. Programa Nacional de Educação Fiscal – PNEF. **Função social dos tributos** Disponível em: http://www.proposta.curricular.sed.sc.gov.br/pdfs/Caderno_3_FUNCAO_SOCIAL_DOS_TRIBUTOS.pdf. Acesso em: 15 ago. 2014.

⁷ WIKIBOOKS. **História da Contabilidade / A Contabilidade na Idade Antiga**. Disponível: http://pt.wikibooks.org/wiki/Hist%C3%B3ria_da_Contabilidade/A_Contabilidade_na_Idade_Antiga Acesso em: 15 ago. 2014.

qualquer bem *malecum*⁸.

Para os romanos, os tributos eram vistos como meio indenizatório ou de reparação de guerra. Os povos conquistados pagavam para se manterem vivos, enquanto cidadãos romanos, pagavam para fortalecimento dos exércitos. Contavam com a figura do contador geral do Estado que controlava as finanças imperiais e que era um dos mais importantes do governo⁹.

Na Idade Média não havia estados nacionais. Por isso, não possuíam um ente estatal capaz de recolher tributos e fazer circular a moeda; a maior parte da população morava nos campos e os senhores feudais mantinham total controle tanto sobre os servos, quanto ao pagamento dos tributos, os quais em muito eram feitos por meio da produção agrícola. Assim, a miséria dos camponeses se devia a excessiva carga de tributos que pagavam¹⁰.

O poder estava centrado nas mãos do clero e da nobreza. Esta foi convencida pela igreja a financiar as Cruzadas, que eram as guerras santas de reconquista da Palestina, até então ocupada pelos árabes. Mas estas expedições, ocorridas entre o Século XI e XIII custavam muito a nobreza, o que por consequência, ocasionou o aumento na cobrança dos tributos¹¹.

A Inglaterra tem parte importante na história dos tributos. No fim do século XII, o rei Ricardo I, também conhecido como Ricardo Coração de Leão, comandou a Terceira Cruzada, financiada com os tributos pagos pelos ingleses. Seu irmão João I assumiu o poder, e enquanto o rei estava em campanha aumentou os impostos sobretudo dos nobres, com intuito de organizar as finanças do reino que estavam devastadas com o financiamento da cruzada¹².

A insatisfação gerada pelas medidas adotadas por João I o fez assinar em 15 de junho de 1215 um documento de direitos e deveres, conhecida como Carta Magna, na qual se comprometera a limitar o poder de tributar, assim como garantir os direitos aos cidadãos não somente os nobres, mas também aos artesãos e

⁸ SEFAZ: TRIBUTOS À HISTÓRIA. **Origem do tributo**. Disponível em: http://www.nre.seed.pr.gov.br/doisvizinhos/arquivos/File/origem_do_tributo.pdf. Acesso em: 15 ago. 2014.

⁹ BRASIL. Ministério da Fazenda. Escola de Administração Fazendária. Programa Nacional de Educação Fiscal – PNEF. **Função social dos tributos**. Disponível em: http://www.proposta.curricular.sed.sc.gov.br/pdfs/Caderno_3_FUNCAO_SOCIAL_DOS_TRIBUTOS.pdf. Acesso em: 15 ago. 2014.

¹⁰ *Idem, ibidem.*

¹¹ *Idem, ibidem.*

¹² *Idem, ibidem.*

camponeses¹³.

O continente Europeu com seu modelo medieval de governo estava enfraquecido. Contudo, com o crescimento dos burgos, os antigos feudos rapidamente se transformaram em cidades. Estas floresciam com o comércio de todo tipo de manufatura e especiarias, o que ampliou os negócios com o mundo árabe através da rota do oriente¹⁴.

A idade moderna tem como grande destaque as prósperas cidades italianas, sobretudo Genova e Veneza, que mantinham um estrito comércio com os árabes. Entretanto, outros reinos impedidos de usar as rotas consolidadas por italianos e árabes, querendo eliminar intermediários e conseqüentemente expandir seu comércio, fizeram por opção as expedições marítimas pelo oceano atlântico, como o caso dos países iberos.¹⁵

Para o sucesso de tais expedições, tributos eram cobrados dos camponeses, artesãos e burgueses. Estas cobranças financiaram empreendimentos, como a escola de Sagres em Portugal, criada por D. Henrique com objetivo de financiar e formar expedições em caravelas para chegar às Índias¹⁶.

Com a descoberta da América, as riquezas do novo mundo possibilitaram o fortalecimento dos nobres e da burguesia, além de financiar a Revolução Industrial. Surgia o estado Absolutista, onde o clero e a nobreza não pagavam tributos, cabendo aos demais arcar com os luxos do Absolutismo. Por isso, as colônias exploradas como o Brasil, reivindicaram por diversas vezes independência¹⁷.

A revolução Francesa de 1789 é um dos acontecimentos que marcam o início da Idade Contemporânea. A insatisfação contra o regime absolutista de Luís XVI culminou na revolta dos burgueses sob o lema: “Liberté, Egalité, Fraternité” que na língua portuguesa significa: “Liberdade, Igualdade e Fraternidade”¹⁸.

O acontecimento resultou na Declaração dos Direitos do Homem e do

¹³ BRASIL. Ministério da Fazenda. Escola de Administração Fazendária. Programa Nacional de Educação Fiscal – PNEF. **Função social dos tributos** Disponível em: http://www.proposta.curricular.sed.sc.gov.br/pdfs/Caderno_3_FUNCAO_SOCIAL_DOS_TRIBUTOS.pdf. Acesso em: 15 ago. 2014.

¹⁴ *Idem, Ibidem.*

¹⁵ *Idem, Ibidem.*

¹⁶ *Idem, Ibidem.*

¹⁷ *Idem, Ibidem.*

¹⁸ SCHILLING, Voltaire. A Revolução Francesa de 1789. **Educaterra**: Mundo. Disponível em: http://educaterra.terra.com.br/voltaire/mundo/rev_francesa.htm. Acesso em: 06 nov. 2014

Cidadão, que limitava o poder de punir do Estado, bem como o obrigava a prestar contas dos valores arrecadados com os tributos.

No continente americano, uma revolução em 1776 culminou no pedido de independência das treze colônias da América do Norte, que posteriormente tornaram-se os Estados Unidos. Inicialmente tal revolta se deu pelos excessivos impostos cobrados pela coroa britânica¹⁹.

Após este breve passeio sobre a criação e cobrança tributária no mundo, passa-se a analisa-lo no Brasil.

1.2 BRASIL COLÔNIA

Com a descoberta do Brasil, o caráter imperialista de Portugal fez do pau-brasil o primeiro produto a ser explorado. Este, logo considerado como monopólio real, necessitava de permissão do rei para ser explorado comercialmente e tributavam o extrator pela retirada da madeira.²⁰

Os primeiros exploradores foram os donatários nobres, que receberam de D.João III em 1534 a missão de resguardar as terras recém-conquistadas que foram divididas em capitanias, devendo, sobretudo guardar o litoral. Durante este período os tributos eram divididos do seguinte modo:

- a) Rendas do Real Erário (Portugal):
 - monopólio do comércio do pau-brasil, de especiarias e drogas;
 - direitos régios cobrados nas alfândegas reais sobre importação e exportação de mercadorias (em geral 10% do valor comerciado);
 - quinto (20% do valor obtido pela extração) dos metais e pedras preciosas (ouro, cobre, prata, coral, pérola, chumbo, estanho, etc.);
 - dízimo (10% do valor obtido com a venda) do pescado e das colheitas de todos os produtos da terra, colhidos ou fabricados e um imposto cobrado sobre cada índio tornado escravo.
- b) Rendas do Donatário (capitão-mor e governador):
 - monopólio das explorações de moendas d'água e de quaisquer outros engenhos;
 - direitos de passagem dos rios (barcagem);
 - quinto (20%) do produto do pau-brasil, especiarias e drogas;
 - dízimo do quinto (2%) dos metais e pedras preciosas que se

¹⁹ BRASIL. Ministério da Fazenda. Escola de Administração Fazendária. Programa Nacional de Educação Fiscal – PNEF. **Função social dos tributos** Disponível em: http://www.proposta.curricular.sed.sc.gov.br/pdfs/Caderno_3_FUNCAO_SOCIAL_DOS_TRIBUTOS.pdf. Acesso em: 15 ago. 2014

²⁰ *Idem, ibidem.*

- encontrassem na capitania;
- redízima (ou seja, 10% da dízima, ou ainda 1%) de todas as rendas da Coroa.²¹

Neste período não havia um sistema tributário com uma organização fiscal. Entretanto, tudo mudou com a chegada da corte portuguesa ao Brasil em 1808, que se refugiava do avanço das tropas de Napoleão Bonaparte, que marchavam sobre Portugal.²²

Dessa forma, D. João VI instituiu uma série de medidas para manter a família real no Brasil juntamente com as relações comerciais já firmadas, onde pode-se citar a abertura dos portos às nações amigas. Neste momento, o Brasil passa a receber produtos estrangeiros, criando-se a aduana brasileira.²³

Com a chegada da família real, novos tributos foram criados para manutenção dos gastos da corte. O maior favorecido com isso foi a Inglaterra, que até então negociara seus produtos com Portugal que subsidiariamente os vendia ao Brasil. Com a mudança da corte para colônia, a indústria inglesa ampliou muito seu mercado consumidor.²⁴

1.3 DO BRASIL REPUBLICANO À CONSTITUIÇÃO DE 1988

Com a independência do Brasil em 1822, foram criados atos adicionais que se tratavam de disposições ao poder de tributar. Tais normas diziam que os tributos podiam ser criados, alterados e suprimidos. É neste período que surgem às primeiras leis sobre a aplicação dos tributos arrecadados.²⁵

No início do período Republicano, a estrutura do Brasil pouco havia mudado desde a época do Império. Com a economia essencialmente agrícola, as

²¹ BRASIL. Ministério da Fazenda. Escola de Administração Fazendária. Programa Nacional de Educação Fiscal – PNEF. **Função social dos tributos** Disponível em: http://www.proposta.curricular.sed.sc.gov.br/pdfs/Caderno_3_FUNCAO_SOCIAL_DOS_TRIBUTOS.pdf. Acesso em: 15 ago. 2014, p. 16.

²² *Idem, ibidem.*

²³ *Idem, ibidem.*

²⁴ *Idem, ibidem.*

²⁵ *Idem, ibidem.*

principais fontes dos tributos do país proviam das importações.²⁶

Em 1924, durante o período da república das oligarquias cafeeiras, é iniciada uma evolução do sistema tributário nacional. Como por exemplo, houve a criação do imposto sobre a renda.²⁷

No ano de 1934, com a constituição social-democrata, os Estados passam a ter a competência privativa de tributar, podendo adotar medidas tais como:

As receitas municipais, ao lado das receitas federais e estaduais;
Vedou a bitributação como a competência para tributar era concorrente, em caso de bitributação, deve-se determinar qual tributo prevalece;
Foi a primeira Constituição a trazer, expressamente em seu texto, o Imposto de Renda como tributo federal;
Criou o imposto de consumo como tributo federal esse imposto é o antecessor do IPI;
Criou o imposto sobre vendas e consignações (IVC) para os Estados é aproximadamente o que conhecemos hoje em dia como ICMS (que só surgiu por completo em 1988);
Imposto de indústrias e profissões (IIP), lançado pelo Estado, mas arrecado pelo estado e municípios em partes iguais é o predecessor do ISS que tem competência municipal²⁸.

No período pós-guerra, mais precisamente no governo de Eurico Gaspar Dutra em 1946, os tributos ganham caráter mais democrático uma vez que os Municípios passam a ter receitas próprias, sendo estas fruto da redistribuição dos tributos federais para os demais entes federativos.²⁹

Neste período, foram ampliadas as limitações ao poder de tributar, juntamente com as imunidades concedida aos templos, partidos políticos, instituições educacionais e o papel destinado para impressão de livros, periódico e jornais³⁰.

Durante a década de 50, muita ênfase foi dada à industrialização e ao

²⁶ BRASIL. Ministério da Fazenda. Escola de Administração Fazendária. Programa Nacional de Educação Fiscal – PNEF. **Função social dos tributos** Disponível em: http://www.proposta.curricular.sed.sc.gov.br/pdfs/Caderno_3_FUNCAO_SOCIAL_DOS_TRIBUTOS.pdf. Acesso em: 15 ago. 2014.

²⁷ RECEITA FEDERAL. **1922 a 1924: a instituição do imposto de Renda no Brasil.** Disponível em: <http://www.receita.fazenda.gov.br/Memoria/irpf/historia/hist1922a1924.asp>. Acesso em: 06 nov. 2014.

²⁸ SANTOS, Valéria de Pina. **A história do Brasil pelos tributos.** Disponível em: <http://www.webartigos.com/artigos/a-historia-do-brasil-pelos-tributos>. Acesso em: 25 ago. 2014. P. 01.

²⁹ BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946.** Disponível em: <http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/b110756561cd26fd03256ff500612662/c44c4a59ad7cbc37032569fa007421ec?OpenDocument>. Acesso em: 16 nov. 2014.

³⁰ CAMPOS, Hélio Sílvio Ourem. **O Brasil: uma breve visão histórica do estado, das constituições e dos tributos.** Disponível em: www.agu.gov.br/page/download/index/id/870181. Acesso em: 19 set. 2014.

progresso. Com a expansão para o centro-oeste, Juscelino Kubitschek inicia o Plano de Metas de “cinquenta anos em cinco”, correspondente aos anos de 1956 e 1961, com ações como a construção de Brasília, o impulso da indústria automotiva e as construções das principais rodovias tais como a Rodovia Presidente Dutra³¹.

Entretanto todo este progresso gerou muitas despesas que não foram proporcionalmente acompanhadas pela receita, ocasionando insatisfação dos muitos setores do governo, o que se estendeu até o governo de João Goulart, ampliando a crise política que culminou no golpe militar³².

Um dos grandes interesses do regime militar era ampliar a arrecadação de impostos para fazer o país crescer em ritmo acelerado. Por isso, foi dada ênfase a aprovação do Código Tributário Nacional em 1966 através da Lei. 5.172/66. Durante este período, com a intenção de acelerar o crescimento conhecido como “milagre brasileiro”, os setores empresariais que representavam o grande apoio político do regime, receberam incentivos fiscais com a redução dos impostos. Este fenômeno mais privilegiou a acumulação privada em detrimento da equidade do sistema tributário³³.

A emenda constitucional nº 18 de 1965 tinha por objetivo reorganizar a nova ordem tributária do Brasil. Entre suas principais ações estão: a criação do IPI (imposto sobre produtos industrializados) com a característica da seletividade, juntamente com ICM (imposto sobre circulação de mercadorias), antecessor do ICMS (imposto sobre circulação de mercadorias e serviços de transporte urbano intermunicipal e comunicação), e o surgimento do ISS (imposto sobre serviços), sucessor do IIP (imposto sobre indústrias e profissões)³⁴.

Na atual constituição de 1988 temos uma expressiva proteção e ampliação para garantias de direitos fundamentais e conseqüentemente sociais. A atual constituição prevê ampliação da carga tributária, entretanto a equidade tributária, que leva em conta a capacidade contributiva do cidadão, ainda não é

³¹ CAMPOS, Hélio Sílvio Ourem. **O Brasil: uma breve visão histórica do estado, das constituições e dos tributos.** Disponível em: www.agu.gov.br/page/download/index/id/870181. Acesso em: 19 set. 2014.

³² *Idem, ibidem.*

³³ BRASIL. Ministério da Fazenda. Escola de Administração Fazendária. Programa Nacional de Educação Fiscal – PNEF. **Função social dos tributos** Disponível em: http://www.proposta.curricular.sed.sc.gov.br/pdfs/Caderno_3_FUNCAO_SOCIAL_DOS_TRIBUTOS.pdf. Acesso em: 15 ago. 2014.

³⁴ SANTOS, Valéria de Pina. **A história do Brasil pelos tributos.** Disponível em: <http://www.webartigos.com/artigos/a-historia-do-brasil-pelos-tributos>. Acesso em: 25 ago. 2014.

posta em prática. Quem tem menor renda, em muitos casos, é o maior contribuinte do sistema tributário.

Feitos os esclarecimentos necessários acerca do surgimento da atividade tributária no mundo e no Brasil, passa-se no próximo capítulo à explanação das espécies tributárias brasileiras atuais.

2 TRIBUTOS EM ESPÉCIE E A ORDEM POLÍTICA ATUAL

Este capítulo pretende introduzir as espécies tributárias, sejam elas os Impostos, as taxas e seus tipos, as contribuições de melhoria, os empréstimos compulsórios e por fim as contribuições especiais.

Inicia-se pela análise das teorias tributárias tripartida e pentapartida, seguida da explanação acerca dos tributos em espécie, buscando dar uma mostra ao leitor do atual panorama político tributário brasileiro.

2.1 TEORIAS TRIBUTÁRIAS

O Código Tributário Nacional³⁵ exprime em seu artigo 3º que “tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada”.

A partir dessa definição legal, à luz da Constituição da República Federativa do Brasil que tratou dos tributos, o Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do Poder Judiciário, que de acordo com o art. 102 daquele diploma legal, tem competência para guardar a Carta Magna de 1988³⁶, exprime que:

Tributos, nas suas diversas espécies, compõem o Sistema Constitucional Tributário, que a Constituição inscreve nos seus arts. 145 a 162. Tributo, sabemos, encontra definição no art. 3º do CTN, definição que se resume, em termos jurídicos, no constituir ele uma obrigação, que a lei impõe às pessoas, de entregar uma certa importância em dinheiro ao Estado. As obrigações são voluntárias ou legais. As primeiras decorrem da vontade das partes, assim como do contrato; as legais resultam da lei, por isso são denominadas obrigações ex lege e podem ser encontradas tanto no direito público quanto no direito privado. A obrigação tributária, obrigação ex lege, a mais importante no direito público, nasce de um fato qualquer da vida concreta, que antes havia sido qualificado pela lei como

³⁵ BRASIL. **Lei nº 5.172**, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm. Acesso em: 25 set. 2014.

³⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 25 set. 2014.

apto a determinar o seu nascimento³⁷.

Assim sendo, faz-se necessária uma análise dos tributos e sua classificação, que passa por pelo menos cinco teorias.

A primeira teoria largamente aceita a partir da constituição federativa de 1988 foi a Teoria Tripartida³⁸, também conhecida como tricotômica, a qual a Carta política do Brasil adota, divide os tributos em impostos, taxas e contribuições de melhoria.

Tal classificação se lastreia sobretudo, na própria redação da Constituição Federal³⁹ e do Código Tributário Nacional⁴⁰. Quando o tributo é vinculado a um serviço público ou poder de polícia, considera-se taxa – nesta espécie também incluídas empréstimos compulsórios e as demais não inclusas abaixo. Se o tributo for vinculado a uma obra pública, é o caso em que se aplica as contribuições de melhoria. Na hipótese de não vinculação do tributo a qualquer atividade estatal, este considerar-se-a imposto.⁴¹

Assim, nessa lógica, o elemento levado em consideração é o fato gerador o qual é capaz de determinar as espécies tributárias, inexistindo outra espécie de fato gerador.

Os adeptos da tripartição dos tributos, as contribuições especiais e os empréstimos compulsórios são tributos, enquadrados nas espécies taxa ou imposto, dependendo da análise do correspondente fato gerador.

O Excelso Pretório entende que aplica-se ao ordenamento jurídico brasileiro a teoria pentapartida, defendida por Estevão Horvath⁴², a qual preconiza que são tributos: os impostos, as taxas, as contribuições de melhoria, empréstimo compulsório e as contribuições especiais, previstas no art. 149 e 149-A da Constituição Federal.

Isso ocorre porque segundo o órgão de cúpula do judiciário, são espécies tributárias autônomas, ostentando natureza jurídica própria que as distingue dos

³⁷ STF. Rextr. nº 138.284/UF. Tribunal Pleno. Rel. Min. Carlos Velloso, decisão: 1º-7-1992 – trecho do voto do ministro-relator in RDA 190/82 *apud* MORAES, Alexandre de. **Constituição Federal interpretada**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 1657.

³⁸ ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de incidência tributária**. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997. (Coleção Estudos de Direito Tributário).

³⁹ Art. 145 da Constituição da República Federativa do Brasil.

⁴⁰ Art. 5 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966.

⁴¹ CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 19. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2003.

⁴² HORVATH, Estevão. **Curso de iniciação em Direito Tributário**. 1 ed. São Paulo: Dialética, 2004.

impostos, taxas e contribuições de melhoria⁴³.

Feitas as explanações acerca das teorias tributárias mais aceitas no cenário atual, passa-se a análise dos tributos em espécie.

2.2 IMPOSTOS

Previstos no art. 145, inciso. I da Constituição Federal de 1988, e conceituado nos termos do art. 16 do CTN, “Imposto é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte”. Este tributo tem sua cobrança baseada, principalmente, no princípio da capacidade contributiva.

Tal princípio é aduzido da Constituição da República Federativa do Brasil, em seu Art. 145, § 1º, que constitui limitação do poder de tributação do Estado, conforme observa-se na literalidade do dispositivo:

Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

[...]

§ 1º - Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

Dado o exposto, para que o contribuinte seja sujeito de obrigação tributária, faz-se necessário adentrar à ideia de hipótese de incidência e fato gerador. Nas palavras de Sabbag:

hipótese de incidência é a abstração legal de um fato, ou seja, é aquela situação descrita na lei cuja previsão é abstrata, tratando-se, pois, de uma “hipótese” que poderá vir a ocorrer no mundo dos fatos, e que, uma vez realizada, se concretiza como fato gerador.⁴⁴

A lei elenca hipóteses de incidência para a cobrança de impostos de

⁴³ Recurso Extraordinário nº 111.954/PR, DJU 24/06/1988) e as contribuições especiais (AI-AgR 658576/RS, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, Julgamento em 27/11/2007; AI-AgR 679355/RS, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, Julgamento em 27/11/2007 apud PERSIKE, Patrícia. **O tributo e a sua classificação**. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9919-9918-1-PB.pdf>. Acesso em: 12 set. 2014.

⁴⁴ SABBAG, Eduardo. **Manual de direito tributário**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 672.

quem reproduz no mundo real aquela conduta tipificada na norma, o que legitima o Estado a cobrar aquele tributo previsto naquela norma.

Assim, para que o tributo seja cobrado, além do fato ser previsto em lei, ele deve acontecer, o que se aduz da noção de fato gerador, conforme Sabbag⁴⁵ descreve como “fato gerador ou ‘fato imponível’, nas palavras de Geraldo Ataliba, é a materialização da hipótese de incidência, representando o momento concreto de sua realização, que se opõe à abstração do paradigma legal que o antecede”.

Os impostos são exigidos de quem realizou o fato descrito em lei, mesmo que não tenha o Estado desempenhado qualquer contraprestação ao contribuinte. Ou seja, os impostos caracterizam-se por serem de cobrança compulsória, obrigatória, e por não beneficiarem o contribuinte sobre o fato gerador⁴⁶ que o instituiu, calculada mediante a aplicação de uma alíquota (percentual aplicado sobre um valor econômico) a uma base de cálculo (grandeza econômica).

Embora a Carta Magna brasileira não tenha classificado explicitamente os impostos, a doutrina costuma classificá-los em diretos e indiretos. Os impostos diretos incidem sobre a pessoa que realiza o pagamento. São permanentes ou periódicos, e a própria Administração efetua o lançamento por declaração ou avaliação.

Como exemplo de impostos diretos, observa-se, na esfera federal, o IRPF (Imposto de Renda da Pessoa Física), que incide diretamente no salário dos trabalhadores por meio de desconto na folha de pagamento. Trabalhadores de baixa renda estão isentos, havendo um teto mínimo para contribuição. Para aqueles que pagam, o percentual fica entre 15% e 27%, de acordo com faixa salarial.⁴⁷

Na esfera estadual, tem como exemplo o que ocorre o IPVA (Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores), que é arrecadado anualmente pelos governos estaduais, devendo ser pago pelos proprietários de carros, motos, caminhões e outros tipos de veículos automotores. Sua alíquota varia entre 1% a 3% do valor do veículo, de acordo com o Estado da federação.⁴⁸

No município, pode-se exemplificar através da incidência do IPTU (Imposto Predial Territorial Urbano), cobrado anualmente sobre a propriedade de

⁴⁵ SABBAG, Eduardo. **Manual de direito tributário**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

⁴⁶ Arts 114 e 115 da Lei nº 5.172.

⁴⁷ SUA PESQUISA.COM. **Impostos diretos e indiretos no Brasil**. Disponível em: http://www.suapesquisa.com/economia/impostos_diretos_indiretos.htm. Acesso em: 05 nov. 2014

⁴⁸ *Idem, ibidem*.

casas, apartamentos, terrenos e salas comerciais. Cada prefeitura tem um sistema de cobrança, onde o imposto varia de acordo com a localização e tamanho do imóvel.⁴⁹

Já os indiretos repercutem economicamente sobre terceira pessoa (contribuinte de fato), são instantâneos e o seu lançamento opera por homologação, cabendo ao próprio contribuinte de direito adiantar o seu pagamento.

Exemplificando os impostos indiretos, a União tem o IPI (Imposto sobre Produtos Industrializados), o qual incide sobre a comercialização de produtos industrializados, ou seja, aqueles que sofrem transformação, beneficiamento, montagem, renovação e acondicionamento.⁵⁰

Como exemplo de imposto indireto no Estado, há o ICMS (Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços), incidente sobre a comercialização de produtos e serviços. Sua alíquota varia de acordo com o produto e serviço comercializado.⁵¹

O ISS (Imposto sobre Serviços), que é arrecadado pelos Municípios, incide sobre a prestação de serviços naquele, como por exemplo educação, serviços médicos, serviços prestados por profissionais autônomos, entre outros.⁵²

Por fim, podem ser fixos, proporcionais ou progressivos. Os fixos ou impostos de alíquota fixa, são aqueles em que o montante a pagar é representado por uma quantia predeterminada, como por exemplo o ISS dos profissionais liberais.

O imposto proporcional, é aquele que mantém a mesma alíquota qualquer que seja o valor da matéria tributada. Exemplo deste tipo de imposto é o ICMS.

Impostos progressivos são divididos em de progressão simples e de progressão graduada. A progressão simples ocorre quando cada alíquota maior se aplica por inteiro em cada matéria tributável. Já a progressão graduada é aquela em que cada alíquota maior é calculada sobre a parcela do valor compreendida entre o limite inferior e o superior. O melhor exemplo de imposto deste tipo é o imposto de renda.

⁴⁹ SUA PESQUISA.COM. **Impostos diretos e indiretos no Brasil**. Disponível em: http://www.suapesquisa.com/economia/impostos_diretos_indiretos.htm. Acesso em: 05 nov. 2014.

⁵⁰ *Idem, ibidem*

⁵¹ *Idem, ibidem*

⁵² *Idem, ibidem*

2.3 TAXAS

Taxas são tributos vinculados a uma atuação estatal diretamente referida ao sujeito passivo, por isso regido pelo princípio da retributividade, que pode consistir no exercício do poder de polícia ou na prestação de serviço público específico e divisível, em utilização efetiva ou em potencial⁵³.

Como os demais tributos, a taxa possui base de cálculo a ser definida na lei instituidora e deve ser diversa daquela determinada aos impostos, bem como ter correlação ao custo da atividade prestada pelo Estado. Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal manifesta-se: “é constitucional a adoção, no cálculo do valor de taxa, de um ou mais elementos da base de cálculo própria de determinado imposto, desde que não haja integral identidade entre uma base e outra.”⁵⁴

Assim, a decisão infere que para o cálculo da alíquota da taxa, pode-se usar um ou outro aspecto de outra espécie tributária, como no caso abordado, de imposto, desde que não seja tido como base de cálculo a totalidade de atributos daquele tipo tributário.

Em primeiro lugar, deve-se definir o que seria poder de polícia. Nesse sentido o CTN em seu art 78 discorre:

Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

Parágrafo único. Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder.

O poder de polícia administrativa pode ser definida como a aplicação pela Administração pública das limitações constitucionais e legais, impostas ao exercício

⁵³ SUA PESQUISA.COM. **Impostos diretos e indiretos no Brasil**. Disponível em: http://www.suapesquisa.com/economia/impostos_diretos_indiretos.htm. Acesso em: 05 nov. 2014.

⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 29**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1282>. Acesso em: 05 nov. 2014.

de direitos individuais em benefício do interesse público.⁵⁵

Assim sendo, é a atividade de fiscalização e controle do comportamento dos particulares, prevenindo danos ao interesse público. Logo, a taxa nesse sentido busca compensar o ônus de tal atividade estatal.

Quanto à taxa de serviço, é necessário observar que a definição de serviço público deve passar pelos elementos subjetivo, formal e material.

O elemento subjetivo é referente a quem presta o serviço, neste caso, o Estado. O elemento formal é referente ao regime jurídico próprio a qual a atividade esta sujeita, seja ela de direito administrativo ou de direito privado. Por último, o aspecto material liga-se ao interesse público de qual se revolve a atividade em questão.

Assim, conforme o Bandeira de Mello⁵⁶, serviço público se caracteriza como:

Toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais - , instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo.

Dados pertinentes ensinamentos, é de suma importância lembrar que, não basta apenas a utilização ou potencial utilização de qualquer serviço público que enseja a cobrança de uma taxa, como também este deve ter qualidade de específico e divisível, conforme o Código Tributário Nacional em seu art. 79:

Os serviços públicos a que se refere o artigo 77 consideram-se:

I - utilizados pelo contribuinte:

a) efetivamente, quando por ele usufruídos a qualquer título;

b) potencialmente, quando, sendo de utilização compulsória, sejam postos à sua disposição mediante atividade administrativa em efetivo funcionamento;

II - específicos, quando eles possam ser destacados em unidades autônomas de intervenção, de utilidade, ou de necessidades públicas;

III - divisíveis, quando suscetíveis de utilização, separadamente, por parte de cada um dos seus usuários.

A utilização efetiva, denota a fruição do serviço público. Já a utilização

⁵⁵ Veja-se, acerca do conceito de polícia administrativa, o que ensina Celso Antônio Bandeira de Mello. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

⁵⁶ MELLO, *op. cit.* p. 628.

potencial, se perfaz na possibilidade de tal fruição, ou seja, o sujeito não utilizou o serviço, mas o tinha a sua disposição, fruto do adequado aparelhamento estatal, casamento entre a disposição ao administrado de serviço que a lei manda ser executado.

O serviço público tributável ainda deve ser imbuído de mais dois caracteres: especificidade e divisibilidade.

Para Meirelles⁵⁷, há os serviços públicos *ut singuli* e os *ut universi*. *Uti singuli* é aquele que é fruível por cada um de seus usuários de maneira individual, conceito que se contrapõe à *Uti Universi* que é ligado ao serviço fruído por uma coletividade.

Assim sendo, o serviço público para ser divisível pode ser diretamente ligado ao quantum utilizado por aquele indivíduo isolado, ou mesmo pelo quantificado pelo estimado posto à disposição quando aquele serviço é prestado a toda uma coletividade indistintamente. Carecendo de tal mensurabilidade, a taxa se desnuda de fato primordial a sua cobrança tornando-se inexigível.

Por último, importante elucidar o pedágio, e sua natureza jurídica. Estabelecido pelo art. 150, V da Constituição Federal de 1988, que dispõe ser vedado à União, Estados e Municípios, “estabelecer limitações ao tráfego de pessoas ou bens, por meio de tributos interestaduais ou intermunicipais, ressalvada a cobrança de pedágio pela utilização de vias conservadas pelo Poder Público”

Para Carraza⁵⁸, o pedágio é considerado uma taxa de serviço, destinada a remunerar a conservação das rodovias, isso porque é tributo vinculado a prestação estatal diretamente referida a utilização efetiva de serviço público específico e divisível de conservação de estradas.

Dessa forma, o serviço de conservação de estradas pode ser realizado diretamente pelo ente político ou mesmo, à luz do art. 175 da Carta de Outubro, ser explorado mediante concessão ou permissão, tendo sua remuneração pela prestação do serviço mediante taxa arrecadada por empresa concessionária ou permissionária.

⁵⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 27 ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Dêlcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

⁵⁸ CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 19. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2003.

2.4 CONTRIBUIÇÃO DE MELHORIA

De forma muito singela, a Contribuição de Melhoria é tributo intimamente ligado a uma obra pública que após executada, ocasiona melhoria das imediações e consequente valorização imobiliária.

Embora o art 145, III da Carta de Outubro não explicita a valorização inerente à obra pública, este aspecto é *condicio sine qua non* para a cobrança do imposto, pois é a situação fática ocorrida para a cobrança desta espécie tributária.

Assim, Ataliba⁵⁹ elenca que o princípio informador da Contribuição de melhoria é o “Princípio da proporcionalidade do benefício especial” que o proprietário do imóvel recebe em decorrência da atuação Estatal. Porém, existe limitação ao poder de tributar do Estado no tocante à este tributo. Tal restrição reside nos arts. 81 e 82 do CTN.

O valor do total da obra é a primeira limitação a ser considerada, conforme o dispositivo legal:

Art. 81. A contribuição de melhoria cobrada pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, é instituída para fazer face ao custo de obras públicas de que decorra valorização imobiliária, tendo como limite total a despesa realizada e como limite individual o acréscimo de valor que da obra resultar para cada imóvel beneficiado.

Assim, entende-se por limite total o valor gasto para a construção da obra pública. Já o limite individual é calculado na valorização efetiva que teve o imóvel com a ação do Estado. Tais limites devem ser aplicados observando-se a modulação da exigência fiscal em tela.

Por sua vez, o art 82 da referida norma disciplina o procedimento a ser adotado pela Administração Pública para a instituição do tributo:

A lei relativa à contribuição de melhoria observará os seguintes requisitos mínimos:
I - publicação prévia dos seguintes elementos:
a) memorial descritivo do projeto;
b) orçamento do custo da obra;
c) determinação da parcela do custo da obra a ser financiada pela contribuição;
d) delimitação da zona beneficiada;

⁵⁹ ATALIBA, Geraldo. **Natureza jurídica da contribuição de melhoria**. São Paulo: Malheiros, 1964.

e) determinação do fator de absorção do benefício da valorização para toda a zona ou para cada uma das áreas diferenciadas, nela contidas;
II - fixação de prazo não inferior a 30 (trinta) dias, para impugnação pelos interessados, de qualquer dos elementos referidos no inciso anterior;
III - regulamentação do processo administrativo de instrução e julgamento da impugnação a que se refere o inciso anterior, sem prejuízo da sua apreciação judicial.

§ 1º A contribuição relativa a cada imóvel será determinada pelo rateio da parcela do custo da obra a que se refere a alínea c, do inciso I, pelos imóveis situados na zona beneficiada em função dos respectivos fatores individuais de valorização.

§ 2º Por ocasião do respectivo lançamento, cada contribuinte deverá ser notificado do montante da contribuição, da forma e dos prazos de seu pagamento e dos elementos que integram o respectivo cálculo.

Cabe observar que raramente são instituídas as contribuições de melhoria, seja pela complexidade da sua instituição, seja pela não conveniência das autoridades públicas em fazê-los pelo ônus político causado.

2.5 EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO

A doutrina tributária brasileira, empréstimo compulsório é considerado um tributo, e consiste na tomada compulsória de certa quantidade em dinheiro do contribuinte a título de "empréstimo", para que este o resgate em certo prazo, conforme as determinações estabelecidas por lei.⁶⁰

A Carta da República prevê no seu art. 148 essa espécie tributária, como se observa:

A União, mediante lei complementar, poderá instituir empréstimos compulsórios:

I - para atender a despesas extraordinárias, decorrentes de calamidade pública, de guerra externa ou sua iminência;

II - no caso de investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional, observado o disposto no art. 150, III, "b".

Parágrafo único. A aplicação dos recursos provenientes de empréstimo compulsório será vinculada à despesa que fundamentou sua instituição.⁶¹

Do texto constitucional, facilmente se aduz o caráter excepcional da espécie tributária, que a priori só pode ser instituída pelo dificultoso método da lei

⁶⁰ COSTA, Regina Helena. **Curso de direito tributário**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

⁶¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 25 set. 2014

complementar. Importante observar que o Parágrafo único aponta a vinculação dos recursos provenientes da espécie tributária ao fato que o ensejou.

Assim observa-se duas modalidades de Empréstimo Compulsório. A primeira apresenta instrumento de geração de receita para atender despesas extraordinárias ligadas a estados de calamidade ou de guerra.

Neste caso, não há de se falar em princípio da anterioridade, elencado no art 150, III, b da Constituição Federal de 1988, o qual estabelece que “é vedada a cobrança ou majoração de tributos no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou”.

Também não há de se falar no princípio da noventena, elencado no mesmo art, 150, III, c, no qual é defeso ao ante político cobrar ou aumentar alíquota de tributo antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou majorou.

A segunda modalidade liga-se a investimento público de caráter urgente e relevante, de interesse nacional, e neste caso aplicam se os princípios da anterioridade e da noventena.

O CTN, por sua vez disciplina a espécie tributária em seu art 15:

Art. 15. Somente a União, nos seguintes casos excepcionais, pode instituir empréstimos compulsórios:

I - guerra externa, ou sua iminência;

II - calamidade pública que exija auxílio federal impossível de atender com os recursos orçamentários disponíveis;

III - conjuntura que exija a absorção temporária de poder aquisitivo.

Parágrafo único. A lei fixará obrigatoriamente o prazo do empréstimo e as condições de seu resgate, observando, no que for aplicável, o disposto nesta Lei.

Interessante observar que o dispositivo foi parcialmente revogado pela superveniência da Constituição Federal de 1988, pois o seguinte artigo é conflitante à norma maior em dois aspectos.

Primeiramente porque agora exige-se lei complementar para a instituição do tributo; em segunda ordem, é extremamente ampla a hipótese de “conjuntura que exija a absorção temporária de poder aquisitivo”, o que tornou a maioria dos empréstimos compulsórios feitos no passado declarados inconstitucionais, pelo fato de não terem sido recepcionados pela Lei Maior⁶²

⁶² COSTA, Regina Helena. **Curso de direito tributário**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

2.6 CONTRIBUIÇÕES

Acerca da natureza tributária das Contribuições, são geradas muitas controvérsias. Para alguns, trata-se de impostos ou taxas, outros acreditam ser mero imposto com destinação específica e por fim, os que entendem que não possuem natureza tributária as classificam em exações compulsórias tributárias e não tributárias.

De certo, a previsão destas espécies tributárias encontra-se no art. 149 da Constituição Federal de 1988:

Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.

§ 1º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão contribuição, cobrada de seus servidores, para o custeio, em benefício destes, do regime previdenciário de que trata o art. 40, cuja alíquota não será inferior à da contribuição dos servidores titulares de cargos efetivos da União.

§ 2º As contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico de que trata o caput deste artigo:

I - não incidirão sobre as receitas decorrentes de exportação;

II - incidirão também sobre a importação de produtos estrangeiros ou serviços;

III - poderão ter alíquotas:

a) ad valorem, tendo por base o faturamento, a receita bruta ou o valor da operação e, no caso de importação, o valor aduaneiro;

b) específica, tendo por base a unidade de medida adotada.

§ 3º A pessoa natural destinatária das operações de importação poderá ser equiparada a pessoa jurídica, na forma da lei.

§ 4º A lei definirá as hipóteses em que as contribuições incidirão uma única vez.

Da subsunção do caput observa-se que as Contribuições são instrumentos da União para atender as finalidades constitucionais apontadas neste Artigo. Para Roque Carranza⁶³, as contribuições são tributos qualificados constitucionalmente por suas finalidades.

As contribuições consoantes com a Constituição são as Sociais, as de intervenção no domínio econômico e as corporativas, estas instituídas no interesse de categorias profissionais ou econômicas.

Observa-se no §1º do artigo em análise clara previsão ao custeio da

⁶³ COSTA, Regina Helena. **Curso de direito tributário**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

previdência dos servidores dos entes federativos. Mais que isso, esses tributos são instrumentos para a atuação da União em áreas sociais como também a educação, cultura, desporto, ciência, tecnologia, comunicação social e ao meio ambiente, bem como à família, à criança, ao adolescente e ao idoso, por exemplo.

As contribuições interventivas ou CIDEs destinam-se a intervir no domínio econômico, norteadas as atividades econômicas, fortalecendo a soberania nacional e instituindo inclusive tratamento diferenciado às pessoas para fomentar a função social da propriedade privada, a livre concorrência, a defesa do consumidor e do meio ambiente.

Assim, caracterizam-se por abranger ramos setoriais, daí mostrando ser um tributo de cunho extrafiscal, pois possibilitam a União canalizar os particulares do setor econômico.

Por último, as contribuições de interesse de categorias profissionais ou econômicas, visam gerar receita para as autarquias corporativas, que são pessoas jurídicas instituídas com o objetivo de fiscalizar o exercício das diversas profissões, assim como os conselhos profissionais.

3 A CONTRIBUIÇÃO SOCIAL DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA

Este capítulo tem como objetivo fazer um sucinto estudo acerca do tributo criado pelo legislador constituinte derivado com a Emenda Constitucional 39 de 2002. Dessa forma, será evidenciado o cenário político que culminou com sua gênese, prosseguindo a um estudo de sua natureza, buscando uma classificação dentro das teorias tributárias vigentes.

3.1 HISTÓRICO DA CRIAÇÃO DO TRIBUTO

A elevada carga tributária do Brasil é fruto do comodismo do Administrador Público, que quando observa falta de orçamento ao erário, ao invés de tentarem uma solução interna, a qual poderia ir desde a melhoria de eficiência de gestão, ao corte de gastos, optam por uma terceira alternativa: criar novos tributos, onerando ainda mais o já defasado orçamento familiar do cidadão brasileiro.

Dessa forma, ocorreu por meio da emenda constitucional 39 de dezembro de 2002, a inclusão do Artigo 149-A, com o seguinte enunciado:

Os Municípios e o Distrito Federal poderão instituir contribuição, na forma das respectivas leis, para o custeio do serviço de iluminação pública, observado o disposto no art. 150, I e III.

Parágrafo único – É facultada a cobrança da contribuição a que se refere o caput, na fatura de consumo de energia elétrica⁶⁴

Assim, mesmo antes da edição da Emenda Constitucional em análise, as prefeituras já tentavam remunerar os serviços de iluminação pública através de taxa. Sob esse aspecto, o Supremo Tribunal Federal tratou de afirmar a inconstitucionalidade do tributo, já que para a taxa ser instituída é exigido que seja em decorrência da prestação de serviço público específico e divisível, pacificando a matéria por meio da súmula 670.

Os prefeitos então passaram a pressionar o Congresso Nacional para que se alterasse o texto constitucional, de modo a viabilizar a almejada tributação.

⁶⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 25 set. 2014.

Tais esforços se iniciaram com a PEC 504/99, de cuja justificativa dizia *in verbis*⁶⁵:

[...] É de todos sabido que muitos Municípios brasileiros vinham instituindo e cobrando a taxa de iluminação pública para fazer face aos custos da implantação desse serviço indispensável para as comunidades urbanas. O Supremo Tribunal Federal, porém, já firmou jurisprudência no sentido de considerá-la inconstitucional, por não se tratar de serviço público específico e divisível e, em certos casos, por ter ela base de cálculo coincidente com a de impostos, como o imposto predial e territorial urbano (IPTU). Como os Municípios não têm condições efetivas de custear a iluminação pública através de seus impostos e também não podem permanecer inadimplentes com as empresas concessionárias ou distribuidoras de energia elétrica, a solução que se alvitra é a de emendar-se a Constituição, para que eles possam vir a instituir e cobrar uma contribuição de iluminação pública, dentro da legalidade e sem os percalços das demandas judiciais [...].

Tamanha pressão impelida pelos prefeitos que em palavras do parlamentar, o Senador Sebastião Rocha, quando da votação do da PEC nº 53/2001 (nº 222/2000 na Câmara dos Deputados – também referente à criação de taxa para a iluminação pública), destacou: “Este é o tipo de projeto que nos deixa em uma camisa de força, porque nos vemos compelidos a aprová-lo em função dos prefeitos, ou melhor, da administração municipal, que necessita desses recursos⁶⁶”.

Por consequência disso, o então Poder Constituinte Derivado, procedeu à inserção do referido artigo 149-A, por meio da Emenda Constitucional nº 39/2002, com o objetivo de autorizar a cobrança do tributo, que recebeu o nome de “Contribuição para Custeio do Serviço de Iluminação Pública”.

Ainda que a carga tributária nacional seja muito alta e que o Supremo Tribunal Federal tenha se insurgido contra a cobrança de taxa de iluminação pública, Torres⁶⁷ explica que:

[...] radical repúdio à interpretação judicial, pela edição de norma intencionalmente contrastante com a jurisprudência e na retificação da norma anterior, que, por ambiguidade ou falta de clareza, tenha levado o Judiciário a adotar interpretação incompatível com os pressupostos doutrinários da matéria.

⁶⁵ Consulta ao inteiro teor da Proposição nº. 504/02 e sua tramitação. CÂMARA DOS DEPUTADOS. **PEC 504/2002**. Disponível em: http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=46696. Acesso em: 19 out. 2014.

⁶⁶ Diário do Senado Federal em 19 de Dezembro de 2001 *apud* ANDRADE, Paulo Antonio Rufino de; SILVA, André Sant’ana da. A inconstitucionalidade moral do artigo 149-a da Constituição Federal. **FABE em Revista**, Bertioga, v. 4, n. 5, 2014, p. 61

⁶⁷ TORRES, Ricardo Lobo. A integração entre a Lei e a jurisprudência em matéria tributária. **Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas**, São Paulo: Revista dos Tribunais. Ano 1, n. 3, abril-julho, 1993, p. 16.

Posto tal ensinamento, quando determinado Poder dentro do desempenho de suas funções precípuas tem a faculdade de dentro de limites constitucionais, controlar os atos praticados por outro, está caracterizada a correção do nosso sistema adotado constitucionalmente de “pesos e contrapesos” (checks and balances), sendo, portanto, correta atuação em tese.

Nesse sentido, José Afonso da Silva entende que a interferência entre poderes é um instrumento de controle recíproco que visa buscar o equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade, sendo indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e, especialmente, dos governados⁶⁸.

Assim, após o Supremo Tribunal Federal ter reconhecido a inexistência de direito de cobrança de taxa de iluminação pública pelos municípios aos seus contribuintes, usando-se do legítimo poder constituinte derivado, foi instituída por meio do Art. 149-A a nova contribuição.

Por fim, após o julgamento do RE 573.675/SC, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, admitiu a constitucionalidade do referido Artigo, a qual terá sua análise aprofundada no próximo item.

3.2 NATUREZA DO TRIBUTO

A COSIP tem nome de contribuição, enquadrada também pelo legislador como tal, pois topologicamente é o artigo 149-A da Constituição federal. Salienta-se que o artigo 149 refere-se a essas espécies tributárias.

Porém, existem dissonâncias que apontam que a COSIP não se trata de contribuição. Ensina Hugo de Brito Machado que

a função das contribuições sociais, em face da vigente Constituição, decididamente, não é a de suprir o Tesouro Nacional de recursos financeiros. Neste sentido pode-se dizer que tais contribuições têm função parafiscal, algumas, e extrafiscal, outras⁶⁹.

⁶⁸ SILVA, José Afonso. Curso de direito constitucional positivo. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990.

⁶⁹ MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 364.

Por esse prisma, a referida contribuição, apesar de batizada como tal, não se comporta como este tributo, pois além de lastrear as contas do município não se perfaz de algo que fomente categorias profissionais ou econômicas, tampouco seria de intervenção em domínio público.

Prosseguindo na análise, o tributo por ser ligado nominalmente ao serviço público universal e geral de iluminação, teria função de taxa. Mas não custa lembrar que no Código Tributário Nacional, para que a taxa seja instituída, é necessária obediência dos atributos da especificidade e da divisibilidade, como exigido no Art 145, inciso II da Carta de Outubro⁷⁰, o que obviamente carece de divisibilidade, pois é impossível fracionar o quanto cada pessoa utiliza de iluminação pública.

Por fim, a COSIP destina-se a pagar prestação de serviço que é dever do Estado. A doutrina administrativista, de forma quase uníssona, classifica o serviço de iluminação pública como aquele prestado pelo Estado indiscriminadamente, de forma geral e universal, portanto remunerável apenas por impostos.

Nesse sentido pode-se evocar Hely Lopes Meirelles, citado por Silva⁷¹:

Os serviços públicos são os que atendem a toda a coletividade, sem usuários determinados, como os de polícia, iluminação pública, calçamento e outros dessa espécie. Esses serviços de destinam indiscriminadamente a toda a população, sem que se erijam em direito subjetivo individual de qualquer administrado à sua fruição particular, ou privativa de seu domicílio, de sua rua ou de seu bairro. Daí por que tais serviços devem ser mantidos por impostos (tributo geral) e não por taxa ou tarifa.

Portanto, apesar de toda a nomenclatura e destinação, a COSIP tem funcionamento de imposto. O fato é que com a expressa competência municipal para cada município instituir seu próprio critério à COSIP, deve-se observar o dito caráter de contribuição social envolvido no caso.

A lei que dispõe sobre a expansão da oferta de energia elétrica emergencial, recomposição tarifária extraordinária e dispõe sobre a universalização do serviço público de energia elétrica⁷², em seu primeiro artigo já mostra o caráter

⁷⁰ Acórdão proferido no RE 231.764 (RTJ 169/742)

⁷¹ Apud SILVA, Rodrigo Dantas Coelho da. **A contribuição para custeio da iluminação pública dos municípios (COSIP). Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 295, 28 abr. 2004. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/5144/a-contribuicao-para-o-custeio-da-iluminacao-publica-dos-municipios-cosip>. Acesso em: 26 jun. 2014, p. 01.

⁷² BRASIL. **Lei nº 10.438**, de 26 de abril de 2002. Dispõe sobre a expansão da oferta de energia elétrica emergencial, recomposição tarifária extraordinária, cria o Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia Elétrica (Proinfa), a Conta de Desenvolvimento Energético (CDE), dispõe

social quando diz:

Art. 1o Os custos, inclusive de natureza operacional, tributária e administrativa, relativos à aquisição de energia elétrica (kWh) e à contratação de capacidade de geração ou potência (kW) pela Comercializadora Brasileira de Energia Emergencial - CBEE serão rateados entre todas as classes de consumidores finais atendidas pelo Sistema Elétrico Nacional Interligado, proporcionalmente ao consumo individual verificado, mediante adicional tarifário específico, segundo regulamentação a ser estabelecida pela Agência Nacional de Energia Elétrica - Aneel.

§ 1o O rateio dos custos relativos à contratação de capacidade de geração ou potência (kW) referidos no caput não se aplica ao consumidor beneficiado pela Tarifa Social de Energia Elétrica, integrante da Subclasse Residencial Baixa Renda.

§ 2o O rateio dos custos relativos à aquisição de energia elétrica (kWh) referidos no caput não se aplica ao consumidor cujo consumo mensal seja inferior a 350 kWh integrante da Classe Residencial e 700 kWh integrante da Classe Rural.

Assim, da inteligência deste artigo, já se conclui que os custos serão rateados por toda a sociedade, excluindo-se aqueles consumidores de baixa renda e aos consumidores rurais com baixo consumo de energia elétrica, o que reforça o caráter social da energia elétrica.

No Município do Recife, por exemplo, seu Código Tributário Municipal⁷³, estabelece no seu Art. 68 que o fato gerador da COSIP (batizado no município de “CIP”) é a prestação de serviços de iluminação pública. A referida lei ainda em artigo subsequente, estipula isenção aos consumidores da classe residencial até 80 (oitenta) Kwh, os da classe comercial/industrial e outros até 30 (trinta) Kwh, aqueles cujos imóveis estejam situados em logradouros não servidos por iluminação pública e os templos religiosos de qualquer natureza.

Por todo este exposto, observa-se o caráter social inerente ao tributo, que se utiliza do princípio da isonomia e da capacidade contributiva, até mesmo pelo que se denota o art 150, em seu inciso II, da Carta Magna:

II - instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos;

sobre a universalização do serviço público de energia elétrica, dá nova redação às Leis nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, nº 9.648, de 27 de maio de 1998, nº 3.890-A, de 25 de abril de 1961, nº 5.655, de 20 de maio de 1971, nº 5.899, de 5 de julho de 1973, nº 9.991, de 24 de julho de 2000, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110438.htm. Acesso em: 29 out. 2014.

⁷³ RECIFE. **Lei nº 17.539/2009**. Disponível em: <http://www.recife.pe.gov.br/pr/secfinancas/legislacao/lei17539.php>. Acesso em: 29 out. 2014.

De todo o observado, pode-se concluir então que, acerca da COSIP, apesar de ter nome de contribuição – que aponta no sentido de ser uma contribuição social – sua destinação não é de interesse de categorias profissionais ou econômicas, tampouco representa intervenção da União no domínio econômico, ou mesmo pode ser considerado para financiar a seguridade social, o que demonstra não ser contribuição o tributo, apesar de assim rotulado.

De certo, sua natureza jurídica se revela um híbrido de taxa de serviço público específico sem o condão da divisibilidade, buscando o pagamento dos ônus junto às companhias de energia elétrica de serviço público universal, o que lhe dá corpo de imposto, tendo, contudo, nome de contribuição.

Invocado sobre o assunto, o Supremo Tribunal Federal, veio a entender que a COSIP é um tributo de caráter *sui generis*, porque nas palavras do Ministro Ricardo Lewandowski: “Tributo de caráter *sui generis*, que não se confunde com um imposto, porque sua receita se destina a finalidade específica, nem com uma taxa, por não exigir a contraprestação individualizada de um serviço ao contribuinte”⁷⁴.

Tal decisão sugere que a COSIP não faria parte da teoria pentapartida tributária consolidada por aquela própria corte, mas este tributo seria uma sexta espécie tributária, o que dá cabimento a uma teoria hexapartida. Tal divagação não parece razoável dada a elevada carga tributária observada em nosso país, e o atual momento político onde se busca reduzir custos para se aumentar a competitividade do país frente à outras nações.

Assim sendo, data vênua à opinião do excelentíssimo ministro, é rechaçável completamente o tácito reconhecimento de constitucionalidade atribuída ao tributo, o que será objeto de divagação no próximo capítulo.

⁷⁴ SANTA CATARINA. Supremo Tribunal Federal. **RE 573.675/SC**, Tribunal Pleno, Repercussão geral, Rel. Min Ricardo Lewandowski, d.j: 25.3.2009. Disponível em: www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoTexto.asp?id=3142006. Acesso em: 16 nov. 2014.

4 CRÍTICAS À COSIP

Neste derradeiro capítulo, serão feitas críticas à COSIP, buscando mostrar suas incompatibilidades com a Carta Magna, bem como com as normas infraconstitucionais, o que deve abrir divergência apta a sustentar pressuposto para a inconstitucionalidade do tributo.

4.1 INCOMPATIBILIDADES COM A CONSTITUIÇÃO

Ab initio, importante salientar que para custeio de atividade estatal ordinária, é vedada a instituição de contribuição social. Isso se respalda no motivo da destinação dos recursos arrecadados ser específica.

Assim, o Estado deve suportar os ônus dessas despesas ligadas a serviços gerais e universais. Nesse sentido, Brito Machado⁷⁵, afirma que: “a função das contribuições sociais, em face da vigente Constituição, decididamente, não é a de suprir o Tesouro Nacional de recursos financeiros.” Neste sentido pode-se dizer que tais contribuições têm função parafiscal, algumas, e extrafiscal, outras.

Conforme explicado em capítulo anterior, pela visão de Bandeira de Mello⁷⁶, a iluminação pública é atividade precípua do Estado, que deverá ser financiada, no caso dos municípios brasileiros, por meio de recursos que abastecem a Fazenda Municipal.

Assim sendo, seriam tais arrecadações frutos refletidos na cobrança de impostos como o IPTU (Imposto Predial Territorial Urbano), do ISSQN (Imposto Sobre Serviço de Qualquer Natureza), do ITBI (Imposto Sobre a Transmissão de Bens Imobiliários), e demais verbas que resultem da repartição constitucional de receitas.

Importante observar que o desenvolvimento nacional e a busca pela promoção do bem de todos, conforme o art. 3º da Constituição Federal, constituem

⁷⁵ MACHADO Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

⁷⁶ Vide o Capítulo 2 deste trabalho

os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, e por isso devem ser perseguidos pelos entes políticos, conforme se denota:

Artigo 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
[...]
II – garantir o desenvolvimento nacional;
[...]
IV – promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação;

Nessa toada, é intrínseco que isso se faça com os próprios meios que lhes são assegurados, como no caso em tela, os recursos provenientes de tributos ordinariamente arrecadados.

Ademais, o artigo 175 da Carta Política tem redação clara quando afirma: “Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”. Observada a norma, aduz-se que é do Estado a responsabilidade de prestar na forma da lei direta ou indireta os serviços públicos.

Sendo assim, os serviços públicos prestados diretamente pelo Estado devem ser financiados por recursos oriundos de dotação em lei orçamentária, da qual dispõem os Entes da Federação dos impostos de sua competência, que foram instituídos e são regularmente arrecadados. Outra forma ainda legal é realizada com o pagamento de taxas pela utilização efetiva de serviços, ou mesmo postos à disposição do contribuinte, na forma do Código Tributário Nacional.

Pode-se ainda citar o Artigo 182 da Carta Política, quando estabelece que:

A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

Por isso, não se pode dissociar de tal política o tema iluminação pública, regulamentada pelo “Estatuto das Cidades”⁷⁷, que estabelece diretrizes à política urbana brasileira.

⁷⁷ BRASIL. **Lei n.º 10.257**, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10257.htm. Acesso em: 16 nov. 2014.

4.2 CONSIDERAÇÕES ACERCA DAS INCOMPATIBILIDADES COM O ESTATUTO DAS CIDADES

No Brasil, anos de pressão social na questão relativa ao acesso à propriedade urbana, colocaram a questão no topo da agenda política e de desenvolvimento. Assim, a saída encontrada pelo legislador brasileiro foi mudar a Constituição Federal, com a aprovação dos arts. 182 e 183, a fim de reformar a dinâmica urbana a médio e longo prazo. Como consequência disso, em 2001, foi editado o Estatuto das Cidades⁷⁸

São estabelecidas diretrizes no Estatuto das Cidades que, em seu art. 2º, especialmente no que tange os incisos I, IX e X:

Art. 2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:

I – garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações;

[...]

IX – justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização;

X – adequação dos instrumentos de política econômica, tributária e financeira e dos gastos públicos aos objetivos do desenvolvimento urbano, de modo a privilegiar os investimentos geradores de bem-estar geral e a fruição dos bens pelos diferentes segmentos sociais;

Do observado no dispositivo acima, justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização, é conceito que consiste simplesmente na divisão igualitária entre todos os habitantes de um município da contribuição exigida para a concretização de tal política.

O art. 4º, IV, do mesmo diploma normativo, também apontou os Instrumentos da Política Urbana definindo taxativamente seus Institutos tributários e financeiros:

Art. 4º - Para os fins desta Lei, serão utilizados, entre outros instrumentos:

[...]

IV – instrumentos tributários e financeiros:

- a) imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana – IPTU;
- b) contribuição de melhoria;

⁷⁸ BRASIL. **Lei n.º 10.257**, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10257.htm. Acesso em: 16 nov. 2014

c) incentivos e benefícios fiscais e financeiros;”

Portanto, a conclusão lógica do próprio texto da Lei que regula diretrizes gerais de política urbana é clara quanto ao rol dos “instrumentos tributários” a serem empregados, sendo portanto, subsunção lógica ser *numerus clausus* tais tributos envolvidos.

Assim, a lei buscou uma maneira de constituir forma autossustentável de estabelecimento e desenvolvimento dos municípios brasileiros por meio de sua própria arrecadação, posto que a tentativa de se instituir contribuição social para o financiamento de serviços públicos é expediente flagrantemente inconstitucional.

Adicionado a tal fator, a instituição de novo tributo fomenta a irresponsabilidade fiscal e administrativa dos Municípios, que dessa forma, tendem a transferir o ônus financeiro da execução de política que lhes é própria e obrigatória.

O legislador pátrio, pressionado pelo *lobby* político exercido pelas prefeituras, adotou solução cômoda ao inserir na Constituição Federal um novo artigo. Este deu competência às prefeituras para instituir tributo adicional que arrecade mais recursos de alguns contribuintes por meio de contribuição social para o financiamento daquilo que a administração municipal tem obrigação de fazer.

Nessa linha de pensamento, analisa-se que neste aspecto, trata-se de locupletamento do fisco sob o manto do sacrifício coletivo para o bem geral, pois as políticas públicas do município serão financiadas pelas receitas previstas no orçamento municipal anual.

Tal receita é constituída pela arrecadação de tributos de sua competência, aqui citados o IPTU, o ISS e o ITCMD, somados das transferências de recursos pela União e pelo Estado da Federação de qual façam parte. Sendo assim, não há cabimento para a instituição de nova forma de tributo cuja destinação seja um serviço público a ser obrigatoriamente prestado.

4.3 DA INCONSTITUCIONALIDADE DA COSIP

Analisando a constitucionalidade das leis instituidoras da Contribuição para Custeio de Iluminação Pública, estas sucumbem quando procura-se adequá-las ao nosso Ordenamento Constitucional Tributário, pois frequentemente vão de encontro aos princípios constitucionais que regem o direito tributário.

Assim, explorando-se os princípios norteadores da exigibilidade de qualquer tributo, pode-se observar inicialmente o desrespeito ao princípio da legalidade em matéria tributária.

A justificativa para tanto, reside quanto à Emenda Constitucional 39, que apesar de se referir a uma contribuição, o tributo tem comportamento similar do imposto.⁷⁹ Dessa forma, lhe seriam aplicadas todas as formalidades decorrentes dessa espécie tributária, o que vincularia o poder legislativo competente a observar todas as formalidades constitucionais ligadas ao imposto.

Nos autos do RE n.º 209.843/SP, manifestou-se o Exmo. Sr. Ministro Marco Aurélio de Mello, nos seguintes termos acerca das leis criadas pelo Congresso Nacional em desacordo com as normas constitucionais:

A vida em sociedade faz-se considerado certo balizamento e aí surge com a importância maior o princípio da legalidade:

‘II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal).’

O apego à interpretação gramatical é conducente à concluir-se que a simples existência de norma prevendo determinado procedimento, estabelecendo o cumprimento de obrigação, submete todos compreendidos no raio de aplicação do texto legal. Todavia, não é bem assim. A submissão a lei pressupõe o concurso de alguns predicados e aí surge com insuplantável valia o próprio arcabouço normativo constitucional. E este está assentado, acima de tudo, na razoabilidade. Vale dizer, diploma editado deve atender não só ao aspecto formal revelado pela própria Carta da República, como também a princípios nela insertos quer de forma expressa, que implícita [...].

O Congresso Nacional em sua atividade precípua, quando nos debates acerca da EC 39, acabou por ponderar o princípio da estrita legalidade tributária, e seus reflexos na segurança jurídica, quando nas palavras de Ricardo Lobo Torres⁸⁰:

⁷⁹ Vide item 3.2 deste ensaio

⁸⁰ TORRES, Ricardo Lobo. O princípio da tipicidade no direito tributário. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo e Econômico**, Salvador; Instituto de Direito Público da Bahia. n. 5; fev-abr 2006. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-5-FEVEREIRO-2006-RICARDO%20LOBO.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2014. p. 01.

“O princípio da tipicidade é um corolário do princípio da legalidade. Este último, em sentido lato, pode abranger os diversos princípios da segurança jurídica: irretroatividade, anterioridade, proibição de analogia, etc.”

Nesse sentido, a doutrina vem criticando de forma veemente o trabalho legislativo envolvido com a criação do artigo 149-A da Constituição Federal/88, que trouxe o mais novo imposto municipal sob a qualificação de contribuição social.

Porém, para que o tributo seja considerado uma contribuição social, é necessário que haja elementos que caracterizem como tal, como por exemplo a finalidade constitucionalmente ligada. Assim o tributo iria integralmente para tal fim, o que não ocorre. Nas palavras de Hugo de Brito Machado⁸¹:

A finalidade constitucionalmente determinada é, sem dúvida, uma característica da contribuição. Entretanto, considerando-se que podem existir impostos com finalidade específica, faz-se necessário agregar ao elemento finalidade específica ou outro elemento, para que seja possível identificarmos a contribuição como espécie distinta do imposto.

Mesmo os que admitem as denominadas contribuições sociais gerais, espécie de contribuição que mais se aproxima do imposto, para preservar a diferença entre contribuição e imposto, admitem como elemento distintivo, além de outros, a vinculação a determinado grupo.

Posto isso, fica claro que a contribuição é intrinsecamente ligada ao financiamento da atividade estatal voltada a atender grupo determinado⁸², identificável na sociedade de forma expressa, o qual manterá relação jurídicotributária com o Fisco em decorrência do tributo instituído.

O produto de tal arrecadação com a contribuição social, financiará o contribuinte que possa ser identificável e integrante do grupo eleito na norma instituidora do tributo. Tais contribuintes gozarão de benefício específico daquela atuação do Estado.

Trazendo esta realidade ao serviço de iluminação pública, o serviço atende a todos indistintamente e não especificamente a um grupo. Sendo assim, o ônus desse serviço não pode recair apenas sobre os contribuintes como claramente

⁸¹ MACHADO, Hugo de Brito. **A Contribuição de Iluminação Pública – CIP**, 2003. Disponível em: <http://livros01.livrosgratis.com.br/bd000008.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2014. p. 10.

⁸² *Idem, ibidem.*

se denota da redação do artigo 149-A, CF. Como bem salientou Kiyoshi Harada⁸³:

a eleição do contribuinte configura impropriedade legislativa. O contribuinte só poderia ser aquele que se beneficia da iluminação pública, isto é, a população geral. Todos os andarilhos noturnos, independentemente, de terem ligações de energia elétrica em seu nome, deveriam figurar no polo passivo do tributo, que se classifica como imposto inominado.

Dessa forma, não há qualquer dúvida que os beneficiados com o serviço de iluminação pública não são apenas os contribuintes elencados no bojo das normas instituidoras da contribuição social, porque essa atividade alcança tanto os moradores do município quanto a população circulante.

Assim, há total incompatibilidade da espécie tributária com a sua finalidade, porque uma vez que se instituiu contribuição social para o custeio do serviço de iluminação pública, tal tributo vai onerar apenas uma parcela da população, enquanto outra se locupletará daquele benefício sem contudo pagar pelo serviço.

Tal tratativa evidencia posição diferenciada de pessoas em situação semelhante frente ao tributo, o que subverte a ordem constitucional tributária, tornando o Art 149-A passível de declaração de inconstitucionalidade pelo Poder Judiciário quanto instado a se manifestar sobre o assunto.

⁸³ HARADA, Kiyoshi. Contribuição para Custeio da Iluminação Pública. **Repertório de Jurisprudência IOB**, n. 6/2203; 2ª quinzena de março/2003, p. 01.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A monografia buscou fazer uma divagação acerca dos tributos e mais especificamente sobre a instituição da Contribuição para o Custeio da Iluminação Pública, criada por meio da Emenda Constitucional 39 de 2002. Como este caso em especial enseja muita discussão, esta foi abordada neste trabalho por meio da doutrina, da legislação e da jurisprudência.

Foram apresentados os fundamentos históricos e políticos que culminaram na criação do novo tributo por meio de uma retrospectiva dos primórdios do Brasil até o momento vivido à época daquela criação. Com isso, a conclusão é que, a criação da COSIP é um reflexo do que ocorre de forma sistêmica na administração pública, refletido o comportamento do gestor quando lhe “faltam recursos”.

Observando de perto cada espécie tributária, a conclusão é de que a COSIP não se amolda a nenhum outro tipo de tributo, o que só corrobora com a tese de que a criação do Art. 149-A foi manobra para compensação de desmandos no tocante ao gasto público.

Por conseguinte, foi analisada a compatibilidade do tributo com os princípios constitucionais e com a legislação infraconstitucional, e por fim com o disposto na própria constituição de forma expressa. A conclusão não pôde ser mais inequívoca: o tributo além de incompatível com todo princípio norteador da Carta de Outubro, subverte a legislação infraconstitucional e é contrário ao preconizado na própria constituição de 1988.

A despeito de toda a legislação e da doutrina tributária, o Supremo Tribunal Federal reconheceu em decisão plenária, mesmo que de forma tácita, a constitucionalidade da contribuição abordada quando afirmou ser o tributo uma espécie única.

Assim, seria necessário que quando houvesse uma dificuldade de orçamento, existisse algum mecanismo legal que obrigasse os administradores públicos a primeiro fazer prova da racionalização de seus gastos. Após isso, cortar custos, e só então, frustradas todas as outras tentativas, fosse criado um novo tributo.

Porém, todo o reconhecimento de legalidade de um novo tributo acaba por concordar com Ferdinand Lassalle⁸⁴ quando afirma que se a constituição escrita não se coadunar com os fatores reais de poder, não passará de uma folha de papel.

⁸⁴ LASSALE Ferdinand. **O que é uma constituição política**. São Paulo: Liber Juris, 1985.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Paulo Antonio Rufino de; SILVA, André Sant'ana da. A inconstitucionalidade moral do artigo 149-a da Constituição Federal. **FABE em Revista**, Bertioga, v. 4, n. 5, 2014

ASSOCIAÇÃO TORRE DE VIGIA DE BÍBLIAS E TRATADOS. **Bíblia Sagrada**. Tradução do Novo Mundo. São Paulo, 1986.

ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de incidência tributária**. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997. (Coleção Estudos de Direito Tributário).

_____. **Natureza jurídica da contribuição de melhoria**. São Paulo: Malheiros, 1964.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 25 set. 2014.

_____. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946**. Disponível em: <http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/b110756561cd26fd03256ff500612662/c44c4a59ad7cbc37032569fa007421ec?OpenDocument>. Acesso em: 16 nov. 2014.

_____. **Lei nº 10.257**, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10257.htm. Acesso em: 16 nov. 2014

_____. **Lei nº 10.438**, de 26 de abril de 2002. Dispõe sobre a expansão da oferta de energia elétrica emergencial, recomposição tarifária extraordinária, cria o Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia Elétrica (Proinfa), a Conta de Desenvolvimento Energético (CDE), dispõe sobre a universalização do serviço público de energia elétrica, dá nova redação às Leis nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, nº 9.648, de 27 de maio de 1998, nº 3.890-A, de 25 de abril de 1961, nº 5.655, de 20 de maio de 1971, nº 5.899, de 5 de julho de 1973, nº 9.991, de 24 de julho de 2000, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10438.htm. Acesso em: 29 out. 2014.

_____. **Lei nº 5.172**, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm. Acesso em: 25 set. 2014.

_____. Ministério da Fazenda. Escola de Administração Fazendária. Programa Nacional de Educação Fiscal – PNEF. **Função social dos tributos** Disponível em: http://www.propostacurricular.sed.sc.gov.br/pdfs/Caderno_3_FUNCAO_SOCIAL_DO_S_TRIBUTOS.pdf. Acesso em: 15 ago. 2014.

_____. **Quinta sessão legislativa extraordinária da 51ª legislatura**. Brasília, 18 de dezembro de 2001 a 7 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.senado.gov.br/relatorios_sgm/RelPresi/2001/067-5Extraordin%C3%A1ria51.pdf. Acesso em: 15 ago. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 29**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1282>. Acesso em: 05 nov. 2014

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **PEC 504/2002**. Disponível em: http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=46696. Acesso em: 19 out. 2014

CAMPOS, Hélio Sílvio Ourem. **O Brasil: uma breve visão histórica do estado, das constituições e dos tributos**. Disponível em: www.agu.gov.br/page/download/index/id/870181. Acesso em: 19 set. 2014.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 19. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2003.

CATARIN, Cristiano. **Impostos: uma breve historia dos impostos**. Disponível em: <http://www.historianet.com.br/conteudo/default.aspx?codigo=880>. Acesso em: 15 ago. 2014.

COSTA, Regina Helena. **Curso de direito tributário**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

HARADA, Kiyoshi. Contribuição para Custeio da Iluminação Pública. **Repertório de Jurisprudência IOB**, n. 6/2203; 2ª quinzena de março/2003.

HORVATH, Estevão. **Curso de iniciação em Direito Tributário**. 1 ed. São Paulo: Dialética, 2004.

LASSALE Ferdinand. **O que é uma constituição política**. São Paulo: Liber Juris, 1985.

MACHADO Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. **A Contribuição de Iluminação Pública – CIP**, 2003. Disponível em: <http://livros01.livrosgratis.com.br/bd000008.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 27 ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros Editores, 2002

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013

MORAES, Alexandre de. **Constituição Federal interpretada**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

PERSIKE, Patrícia. **O tributo e a sua classificação**. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9919-9918-1-PB.pdf>. Acesso em: 12 set. 2014

RECEITA FEDERAL. **1922 a 1924: a instituição do imposto de Renda no Brasil**. Disponível em: <http://www.receita.fazenda.gov.br/Memoria/irpf/historia/hist1922a1924.asp>. Acesso em: 06 nov. 2014.

RECIFE. **Lei nº 17.539/2009**. Disponível em: http://www.recife.pe.gov.br/pr/se_cfinancas/legislacao/lei17539.php. Acesso em: 29 out. 2014.

SABBAG, Eduardo. **Manual de direito tributário**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SANTA CATARINA. Supremo Tribunal Federal. **RE 573.675/SC**, Tribunal Pleno, Repercussão geral, Rel. Min Ricardo Lewandowski, d.j: 25.3.2009. Disponível em: www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoTexto.asp?id=3142006. Acesso em: 16 nov. 2014.

SANTOS, Valéria de Pina. **A história do Brasil pelos tributos**. Disponível em: <http://www.webartigos.com/artigos/a-historia-do-brasil-pelos-tributos>. Acesso em: 25 ago. 2014.

SCHILLING, Voltaire. A Revolução Francesa de 1789. **Educaterra**: Mundo. Disponível em: http://educaterra.terra.com.br/voltaire/mundo/rev_francesa.htm. Acesso em: 06 nov. 2014.

SEFAZ: TRIBUTO À HISTORIA. **Origem do tributo**. Disponível em: http://www.nre.seed.pr.gov.br/doisvizinhos/arquivos/File/origem_do_tributo.pdf. Acesso em: 15 ago. 2014.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990.

SILVA, Rodrigo Dantas Coelho da. **A contribuição para custeio da iluminação pública dos municípios (COSIP)**. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 295, 28 abr. 2004. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/5144/a-contribuicao-para-o-custeio-da-iluminacao-publica-dos-municipios-cosip>. Acesso em: 26 jun. 2014

SUA PESQUISA.COM. **Impostos diretos e indiretos no Brasil**. Disponível em: http://www.suapesquisa.com/economia/impostos_diretos_indiretos.htm. Acesso em: 05 nov. 2014.

TORRES, Ricardo Lobo. A integração entre a Lei e a jurisprudência em matéria tributária. **Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas**, São Paulo: Revista dos Tribunais. Ano 1, n. 3, abril-julho, 1993.

TORRES, Ricardo Lobo. O princípio da tipicidade no direito tributário. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo e Econômico**, Salvador; Instituto de Direito Público da Bahia. n. 5; fev-abr 2006. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-5-FEVEREIRO-2006-RICARDO%20LOBO.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2014

WIKIBOOKS. **História da Contabilidade / A Contabilidade na Idade Antiga**. Disponível: http://pt.wikibooks.org/wiki/Hist%C3%B3ria_da_Contabilidade/A_Contabilidade_na_Idade_Antiga Acesso em: 15 ago. 2014.