

OS CONSÓRCIOS PÚBLICOS NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA NOS MUNICÍPIOS BRASILEIROS

Cleber Demetrio Oliveira da Silva

Advogado

Sócio da RZO Consultoria

www.rzoconsultoria.com.br

Pós-graduado em Direito Empresarial pela PUCRS

Mestrando em Direito do Estado pela PUCRS

1. Introdução. 2. Da fonte de custeio da iluminação pública. 3. Do instituto do consórcio público. 4. Do conceito de tributo. 5. Da classificação dos tributos. 5.1. A classificação pela teoria dos tributos vinculados ou não a atuação estatal. 5.1.1. Do tributo não vinculado (imposto). 5.1.2. Dos tributos vinculados (taxa e contribuição). 6. Da contribuição para o custeio da iluminação pública. 6.1. Da hipótese de incidência. 6.2. Da base de cálculo. 6.3. Dos sujeitos ativos. 6.4. Dos sujeitos passivos. 6.4.1. Do poder de polícia administrativa. 6.4.2. Da interpretação restritiva da expressão “iluminação pública”. 7. Dos fundamentos políticos e jurídicos para criação de consórcio público para serviço de iluminação pública. 7.1. Dos fundamentos políticos. 7.2. Dos fundamentos jurídicos. 7.2.1. Do conceito de serviço público. 7.2.2. Das prerrogativas licitatórias do consórcio público. 8. Conclusões.

1. Introdução

Até o advento da Constituição de 1988, a iluminação pública, no Brasil, era custeada pelo Fundo Nacional de Energia, “*controlado e administrado diretamente pela União por intermédio das concessionárias de energia, até então todas públicas*”¹, de forma que o pagamento das contas de energia elétrica destinada à iluminação pública não constituía problema de gestão financeira aos municípios brasileiros.

Contudo, com a extinção do referido fundo, a obrigação de custeio da iluminação pública foi repassada aos executivos municipais, sem a prévia e necessária definição das fontes de receita necessárias ao adimplemento de tal encargo, causando sérios problemas de ordem financeira aos entes envolvidos, sobretudo, às comunas de pequeno porte e de pouco recursos.

¹ WERLANG, Arno. *Aspectos constitucionais da contribuição de iluminação pública*. Interesse Público. Ano 5, nº 27, setembro/outubro 2004. Porto Alegre: Notadez, 2004, p.111.

Nesse aspecto, atestando as enormes dificuldades financeiras vivenciadas pela maioria das municipalidades de nosso país, vale colacionar síntese de percuciente estudo realizado por François E. J. de Bremaeker², economista e geógrafo, Coordenador do Núcleo de Articulação Político-institucional do Instituto Brasileiro de Administração Municipal (IBAM), analisando dados fornecidos pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), no qual fica evidenciada “a condição de pobreza de grande parte dos municípios brasileiros que em 1999 somavam 5.507 comunas, das quais, 74,8% possuíam população inferior a 20 mil habitantes e apresentavam receita tributária média em torno de apenas 7% do volume de recursos de que dispunham”³.

Tal constatação, cientificamente elaborada, permitiu concluir que “na grande maioria das municipalidades brasileiras, a capacidade de arrecadação tributária apresenta níveis baixíssimos, a ponto de corresponder a apenas 7%, em média, dos já poucos recursos provenientes, em sua quase totalidade, das transferências constitucionais representadas principalmente pelas receitas oriundas do repasse do Fundo de Participação dos Municípios (FPM) que, como se sabe, são insuficientes ao atendimento das necessidades locais”⁴.

Portanto, diante deste quadro sombrio, pode-se, com extrema facilidade, depreender o significado desastroso, em termos de desequilíbrio das finanças públicas municipais, que o repasse da conta de iluminação pública representou à maioria dos municípios brasileiros, que frente a já escassa disponibilidade de caixa, tiveram de assumir mais este oneroso encargo.

Disso resultou, como era presumível esperar, que muitos municípios, diante da necessidade de ter de decidir onde aplicar os poucos recursos disponíveis, optaram por empregá-los no atendimento das consabidas prementes políticas públicas, como saúde, saneamento e educação, por exemplo, em detrimento do adimplemento das contas de energia elétrica consumida para iluminação pública.

Ocorre que o fenômeno das privatizações, como efetiva materialização da Reforma Administrativa proposta pela Emenda Constitucional n.º 19/98, alterou o cenário do modelo energético nacional, através da concessão dos serviços de fornecimento de energia elétrica a empresas privadas.

E a partir dessa significativa mudança, o inadimplemento da conta de iluminação pública ganhou nuança diferenciada, passando a implicar indevida lesão ao patrimônio das empresas privadas prestadoras do serviço de fornecimento de energia elétrica, as quais, em numerosos casos, têm entregue a energia contratada aos municípios, mas não têm recebido a devida contraprestação pecuniária pelos serviços prestados.

Esta peculiar situação fática permite concluir que a relação jurídica estabelecida entre os executivos municipais e as concessionárias de fornecimento de energia elétrica, a partir das privatizações ocorridas, transcendeu o regime de direito público, alcançando matiz, também, privatística, face aos inadimplementos verificados na órbita do direito privado, configuradores de inegáveis ilícitos civis.

² BREMAEKER, François E. J. de. *Os consórcios na administração municipal*. IBAM/APMC/NAPI/IBAMCO, 2001, p.4-5.

³ SILVA, Cleber Demetrio Oliveira da. A regulamentação dos consórcios públicos à luz do Projeto de Lei nº 3.884/2004. Jus Navigandi, Teresina, a. 9, n. 654, 22 abr. 2005. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6614>>. Acesso em: 16 jun. 2005.

⁴ SILVA, Cleber Demetrio Oliveira da. *Op. Cit.*

2. Da fonte de custeio para a iluminação pública

Assim, diante da insuficiência de recursos disponíveis para fazer frente ao pagamento da conta de iluminação pública, diversos municípios brasileiros resolveram instituir a Taxa de Iluminação Pública – TIP –, com base no art. 145, inc. II da Constituição Federal⁵ e no artigo 77 do Código Tributário Nacional⁶.

Contudo, tal iniciativa foi reiteradamente rechaçada pelo Supremo Tribunal Federal, a partir de 1986, em diversos julgados que declararam a inconstitucionalidade das aludidas taxas porque, a despeito de a iluminação pública se constituir em serviço potencial – assim considerado aquele que a administração pública coloca à disposição do contribuinte, ainda que não seja por ele utilizado –, não preenchia requisito indispensável ao estabelecimento de taxa, a saber: sua divisibilidade⁷, como se verá oportunamente, uma vez que a iluminação pública é um serviço eminentemente *uti universi*, ou seja, prestado de forma abstrata e difusa à coletividade, insuscetível de ter sua utilização individualizada por contribuinte.

Portanto, com o viés de corrigir a flagrante inconstitucionalidade cometida por aqueles municípios que criaram as indevidas taxas de iluminação pública, as municipalidades brasileiras se organizaram e apresentaram Proposta de Emenda à Constituição Federal (PEC), que ganhou o n.º 222-A, na tentativa infrutífera de alterar o art. 145, e seu § 2º, da Constituição Federal, objetivando dispensar os requisitos da *especificidade* e da *divisibilidade* na instituição da taxa da iluminação pública, bem como abolir, na lúcida dicção de Kiyoshi Harada⁸, “*a proibição da identidade de sua base de cálculo com a de impostos*”.

Todavia, como não poderia deixar de ser, em 18/12/2001, dito projeto de emenda, face à sua inconsistência técnico-jurídica, foi rejeitado pelo Senado Federal, muito embora já houvesse sido aprovado pela Câmara dos Deputados.

Finalmente, em 20/12/2002, o substitutivo da PEC rejeitada, que se denominou PEC n.º 222-B, que trazia, em seu bojo, a instituição da *Contribuição para o Custeio do Serviço de Iluminação Pública – COSIP* –, foi aprovada, introduzindo, assim, o art. 149-A da Magna Carta, que disciplinou a instituição da referida contribuição no ordenamento jurídico pátrio, nos termos seguintes, *verbis*:

⁵ “Art. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

...

II – taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição.”

⁶ “Art. 77. As taxas cobradas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição.”

⁷ “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 possam ser destacados em unidades autônomas de intervenção, de unidade, ou de necessidades públicas;

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

⁸ HARADA, Kiyoshi. *Contribuição para custeio de iluminação pública*. Jus Navegandi, Teresina, a. 7, n. 65, mai. 2003, p. 3. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4076>. Acesso em 06 abr. 2005.

“Art. 149-A. 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 elétrica.”

Dessa forma, percebe-se que com a inserção do art. 149-A, na Constituição Federal, a municipalidade brasileira foi agraciada com a redentora “*competência para instituir contribuição destinada ao custeio da iluminação pública*”⁹.

Contudo, forçoso pontuar que a solução encontrada – tipificação de nova espécie de contribuição – merece acurado exame jurídico para se verificar se tal solução se amolda perfeitamente aos conceitos doutrinários acerca da temática. Faz-se esta anotação porque dita espécie tributária (contribuição), ainda hoje, causa certa polêmica doutrinária, acerca de sua natureza, tributária ou não, como bem refere Luciano Amaro¹⁰. Contrariamente, argumentando em defesa da “*inquestionabilidade do cunho tributário das contribuições (parafiscais ou não)*” vale citar, por exemplo, José Eduardo Soares de Melo¹¹, Hugo de Brito Machado¹² e Paulo de Barros Carvalho¹³.

Ademais, percebe-se, ainda, dissonância doutrinária quanto à correta classificação tributária de algumas contribuições, que seriam impostos “*a fins determinados com o nome de contribuições*”, na incisiva dicção de Sacha Calmon Navarro Coêlho¹⁴, ao referir-se às contribuições sociais *lato sensu* (COFINS, v.g.), de intervenção do domínio econômico (AFRMM¹⁵) e corporativas (sindicais e associativas).

Também é oportuno destacar bem elaborado artigo produzido por Luciano Furtado Loubet e Leonardo Furtado Loubet¹⁶, que adotando o critério jurídico científico que combina a hipótese de incidência e base de cálculo para a classificação dos tributos, conclui por atribuir à COSIP natureza jurídica de taxa.

E ainda, reforçando a controvérsia e complexidade do assunto, vale mencionar a existência de estudos doutrinários elaborados com o intuito de se examinar os “*limites à instituição de contribuições*” pelo Poder Público, segundo a utilização de diretrizes hermenêuticas, conforme leciona Humberto Ávila¹⁷.

Assim, diante desse incontestável e polêmico cenário doutrinário sobre a espécie tributária eleita para resolver a questão da fonte de custeio da iluminação pública, pode-se inferir que a solução encontrada haverá de ser apreciada, não só pelo prisma pragmático, do

⁹ MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 23.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 398.

¹⁰ AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 5.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2000, p.27.

¹¹ MELO, José Eduardo Soares de. *Curso de Direito Tributário*. 4.ed. São Paulo: Dialética, 2003, p. 72.

¹² MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 23.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 398.

¹³ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 6.ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 35.

¹⁴ COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Manual de direito tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 251.

¹⁵ Adicional de Frete para a Renovação da Marinha Mercante.

¹⁶ LOUBET, Luciano Furtado e LOUBET, Leonardo Furtado. *A natureza jurídica da COSIP – contribuição para o custeio do serviço de iluminação pública*. Revista Tributária e de Finanças Públicas São Paulo. ano 12, n. 56, maio-junho de 2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 190-211.

¹⁷ ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário*. São Paulo: Saraiva, 2004, p.250.

qual redundou a sua positivação em nível constitucional, mas, sobretudo, pelo viés constitucional-tributário, a fim de se perquirir sobre sua efetiva validade sob a ótica jurídica, pois, como bem referido na obra *“Direito Municipal Brasileiro”* de Hely Lopes Meirelles, corroborando a incerteza, no âmbito doutrinário, acerca do assunto, *“a Justiça dirá, como é de praxe se esta solução tem respaldo constitucional”*¹⁸.

3. Do instituto do consórcio público

No que toca ao instituto do consórcio público, como já se comentou, *“a partir do advento da Emenda Constitucional n.º 19/98, promulgada em 04/06/1998, a Constituição Federal de 1988 positivou o instituto do consórcio público em nosso ordenamento jurídico, nos termos de seu art. 241¹⁹, como forma de gestão associada de serviços públicos”*²⁰.

Entretanto, mais de seis anos se passaram após a inserção do referido normativo no Texto Constitucional, sem que nenhuma legislação regulamentadora sobre a matéria fosse editada no Brasil, o que, evidentemente, causou *“enormes dificuldades para a viabilização operacional dos aludidos entes, assim como para execução das atividades de controle e fiscalização das verbas públicas utilizadas nos consórcios públicos brasileiros que foram criados desde então.*

*Contudo, despertando para a importância de se estabelecer regras gerais para criação de consórcios públicos e contando com o suporte jurídico da nova configuração do artigo 241 da CF, os Poderes Executivo e Legislativo Federais, debruçando-se sobre o assunto, iniciaram as respectivas produções legislativas, resultante nos Projetos de Lei n.º 5.755, do Senado Federal, 1.071, da Câmara dos Deputados e, por fim, em 25/06/2004, o de n.º 3.884/04, de iniciativa da Presidência da República”*²¹.

Esta última iniciativa legislativa, de autoria da Presidência da República – Projeto de Lei n.º 3.884/2004 –, teve por escopo específico instituir normas gerais de *contratos para a constituição de consórcios públicos*, bem como de *contratos de programa* para a prestação de serviços públicos por meio de gestão associada. Cabe referir que, inicialmente, dito Projeto de Lei tramitou em regime de urgência constitucional, contudo, frustrando a expectativa criada, no sentido de que em breve seria convalidado em lei, ainda antes do final do ano de 2004, foi solicitada a retirada de dito regime em 08/12/2004.

A título de contextualização histórica, ainda cumpre anotar que o *“Governo Federal, em sua exposição de motivos, elencou três grandes preocupações para a elaboração do regramento em apreço: 1ª - definida como responsabilidade de Estado consubstanciada na “necessidade de complementar o desenho federativo decorrente da Constituição da República, em especial nos aspectos cooperativos do federalismo”; 2ª - solucionar a “carência de instrumentos de coordenação de políticas públicas de responsabilidade do Governo Federal, considerando especificamente aquelas executadas de forma conjunta com Estados e Municípios”, ampliando o alcance e efetividade das políticas públicas e da aplicação dos recursos públicos; e 3ª - atender aos anseios das entidades nacionais de*

¹⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal brasileiro*. 13ª ed.atual., Malheiros: São Paulo, 2003, p. 159.

¹⁹ “Art. 241. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.”

²⁰ SILVA, Cleber Demétrio Oliveira da. *Op. Cit.*

²¹ SILVA, Cleber Demétrio Oliveira da. *Op. Cit.*

representação de prefeitos ao longo de 2003, no sentido de completar lacuna legislativa quanto “à precariedade jurídica e às limitações institucionais dos instrumentos de consorciamento que os Municípios hoje utilizam”, disciplinando a possibilidade de constituição de instrumentos de cooperação intermunicipal que lhes ofereça “segurança jurídica e possibilidade de planejamento e atuação de médio e longo prazo”²²²³.

Finalmente, em 06/04/2005, o Presidente da República sancionou a Lei Federal n.º 11.107, que dispôs sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos em nosso país. Cumpre destacar que o projeto de lei que originou a mencionada lei foi substancialmente modificado, o que acarretou sensível enxugamento legislativo. Apenas para que se possa ter uma noção da assertiva, o projeto possuía quarenta e cinco (45) artigos. A lei dele resultante, apenas vinte e um (21). Ou seja, a norma sancionada compõe-se de menos da metade de artigos do projeto de lei que lhe possibilitou a existência.

Finalizando este rápido exame acerca do regime jurídico dos consórcios públicos, importa ressaltar que o enxugamento legislativo verificado não significou perda da qualidade e precisão legislativa do texto legal sancionado. Pelo contrário, redundou em aperfeiçoamento desejável, uma vez que as conceituações jurídicas que originalmente compunham o projeto – que diga-se, não são atribuições de cunho legislativo, mas doutrinário –, foram corretamente extirpadas do texto em comento.

Assim, delineados, ainda que de forma breve, a evolução histórica acerca da eleição da fonte de receita para fazer frente ao custeio da prestação de serviços de iluminação pública, no âmbito municipal, bem como o instituto do consórcio público em nosso país, passa-se a abordar o objeto do presente trabalho, qual seja, apuração, à luz do regramento e doutrina jurídicos vigentes, da viabilidade de criação de consórcio público para a prestação de serviços de iluminação pública nos municípios brasileiros.

Este é o panorama a partir do qual se analisará, no presente ensaio, a possibilidade de se implementar um contrato de consórcio público, visando à adoção de medidas práticas e conformes ao direito que permitam aos municípios de pouca receita a implementação de estrutura que, além de possibilitar eficiente e eficaz prestação de serviços de iluminação pública às comunas associadas, também se constitua em importante ferramenta política, face à sua relevância econômica no campo das receitas da empresa prestadora do serviço de fornecimento de energia elétrica, a fim de aumentar o poder de negociação dos municípios envolvidos na obtenção de melhores serviços e tarifas, tudo em nome do interesse público.

E para atingir tal desiderato, pensa-se ser imprescindível iniciar por detalhado estudo, sob a ótica tributária, insiste-se, dos aspectos atinentes à geração de receita para tal propósito. Assim, passa-se ao indispensável exame constitucional e tributário da novel contribuição para custeio da iluminação pública.

Neste momento, importa cientificar o leitor, à guisa de lhe facilitar a compreensão deste trabalho que, para exame da contribuição para custeio da iluminação pública – COSIP –, sob o ponto de vista estrito da dogmática jurídica, enquanto fonte de receita do serviço de iluminação pública municipal, adotar-se-á método dedutivo, portanto, desenvolvendo-se raciocínio lógico no sentido do geral para o particular.

4. Do conceito de tributo

²² Exposição de Motivos n.º 18/04, de 25/06/04.

²³ SILVA, Cleber Demetrio Oliveira da. *Op. Cit.*.

É sabido que não é função da lei conceituar. Todavia, em certos casos, a fim de evitar controvérsias, o legislador houve por bem emprestar função definidora à lei. Este é o caso do conceito de tributo, que se encontra determinado na Lei n.º 5.172/66 (CTN), cujo art. 3º expressa que “*tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada*”.

Pontua-se que alguns juristas nacionais, como Luciano Amaro²⁴, teceram críticas ao conceito legalmente determinado, acusando-lhe de possuir redundâncias²⁵ e desnecessidades lógicas²⁶. Nesse passo, pela louvável capacidade de síntese extraída do conceito formulado, que extirpou as aventadas inconsistências, vale trazer a definição prescrita pelo aludido jurista, *verbis*: “*tributo é a prestação pecuniária não sancionatória de ato ilícito, instituída em lei e devida ao Estado ou a entidades não estatais de fins de interesse público*”²⁷.

Outros, como Hugo de Brito Machado²⁸, argumentando pela inutilidade, no plano do direito positivo vigente, do “*exame dos diversos conceitos de tributo formulados pelos juristas e pelos financistas*”, face à prevalência do conceito legal, ativeram-se a examinar seus elementos formadores.

Nessa esteira, na visão deste doutrinador, o conceito legal de tributo é formado pelos seguintes elementos: a) *prestação pecuniária*, caracterizada como a prestação devida em dinheiro pelo contribuinte ao Estado, a fim de assegurar a consecução dos objetivos estatais; b) *compulsoriedade*, como sendo a ausência do elemento vontade na hipótese de incidência tributária. No dizer do aludido doutrinador: “*o dever de pagar tributo nasce independentemente da vontade*”; c) *em moeda em cujo valor nela possa se exprimir*, significando que a prestação tributária se expressa tão-somente em moeda²⁹; d) *que não constitua sanção de ato ilícito*, significando que é vedado à lei estabelecer como hipótese de incidência, na constituição de uma obrigação tributária, uma situação ilícita; e) *instituída em lei*, ratificando a incidência do princípio da legalidade na criação de tributos e a necessidade da lei definir todos os elementos necessários ao conhecimento do valor a ser pago, como definição da hipótese de incidência, sujeitos passivos da obrigação, base de cálculo e alíquota (quando cabível) e prazo para pagamento; e f) *cobrada mediante atividade administrativa*

²⁴ AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 5.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2000, p.19.

²⁵ Luciano Amaro assevera que “*merece destaque, que na definição de tributo posta no art. 3º do Código Tributário Nacional, o equívoco traduzido na redundância da expressão ‘prestação pecuniária, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir’*. O dispositivo parece supor que o tributo possa ser: a) uma prestação pecuniária em moeda, ou b) uma prestação pecuniária cujo valor se possa exprimir em moeda, o que, aliás, traduz dupla redundância...Com efeito, ‘pecuniárias’ são precisamente as prestações em dinheiro ou ‘em moeda’. E a alternativa ‘ou cujo valor nela se possa exprimir’ realmente só faz ecoar a redundância; se a prestação é pecuniária, seu valor só há de poder (ou melhor, ele deverá) expressar-se em moeda, pois inconcebível seria se exprimisse, por exemplo, em sacos de farinha” in *Direito Tributário Brasileiro*, 5. ed., p. 19-20.

²⁶ Luciano Amaro considera desnecessária em termos lógicos a afirmação do conceito legal de que tributo é toda prestação que preencha determinados requisitos porque de uma definição já se depreende que o conceito estabelecido compreende a abrangência de todas as situações que preencherem os requisitos estabelecidos na aludida definição legal. (in *Direito Tributário Brasileiro*, 5. ed., p. 25).

²⁷ AMARO, Luciano. *Op. Cit.*, p.19.

²⁸ MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 23.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 63.

²⁹ Luciano Amaro, noticiando posicionamento de doutrinadores em sentido contrário, ou seja, entendendo pela existência de previsão de tributo *in natura*, refere Alfredo Augusto Becker, o português Alberto Xavier e o professor argentino Hector Villegas (in *Direito Tributário Brasileiro*, 5. ed., p. 21).

plenamente vinculada, caracterizando a absoluta inexistência de discricionariedade no agir da autoridade tributária na cobrança de tributos.

5. Da classificação dos tributos

Sacha Calmon de Navarro Coêlho leciona que, à luz do direito tributário comparado (direito alemão, espanhol, português, italiano, brasileiro, inglês e norte-americano), percebe-se que a divisão dos tributos em espécies, em termos doutrinários, “*apresenta duas variantes ou duas escolas: a dicotômica e a tricotômica*”³⁰, sendo que a primeira defende a idéia de que as espécies tributárias seriam apenas duas, a dos impostos e a das taxas, enquanto que a segunda repartiria o tributo em três tipos: imposto, taxa e contribuição de melhoria.

Ressalta que ambas as escolas fundamentam suas teorias a partir do estudo do *fato gerador da obrigação tributária* e da *base de cálculo* escolhidos pelo legislador, ou seja, ambas partem de dados colhidos na realidade, que são logo transformados em teoria pela dogmática jurídica. E aqui surge a idéia da vinculação dos tributos à atividade estatal como forma de classificá-los, como veremos mais adiante.

Já na percepção de Luciano Amaro³¹, a Constituição Federal, tendo em vista sua missão precípua de estabelecer competências, não se preocupou em definir e tampouco classificar as espécies de tributo, limitando-se a arrolá-los da seguinte forma:

“a) impostos, *instituíveis pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, conforme a partilha constante dos arts. 153 e 154 (União), 155 (Estados e Distrito Federal) e 156 (Municípios e também o Distrito Federal, ex vi do art. 147);*

b) taxas, *instituíveis por essas mesmas pessoas políticas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição (Art. 145, II);*

c) contribuição de melhoria, *decorrente de obra pública, também instituível pelas mesmas pessoas políticas (art. 145, III);*

d) pedágio, *instituível igualmente pelas pessoas políticas mencionadas, em razão da utilização de vias por elas conservadas (art. 150, V);*

e) empréstimos compulsórios, *instituíveis pela União, nas hipóteses arroladas no art. 148;*

f) contribuições sociais, *instituíveis pela União (art. 149);*

g) contribuições de intervenção do domínio econômico, *também instituíveis pela União (art. 149);*

h) contribuições de interesse de categorias profissionais ou econômicas, *instituíveis igualmente pela União (art. 149); e*

³⁰ COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Manual de direito tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 245.

³¹ AMARO, Luciano. *Op. Cit.*, p.28.

i) contribuição para o custeio de sistema de previdência e assistência social, em benefício dos servidores dos Estados, Distrito Federal e Municípios, “*instituível por essas pessoas políticas, e cobrável dos respectivos funcionários (art. 149, parágrafo único)*”³².

De outra banda, na visão sistêmica de Hugo de Brito Machado, explicitada em 2003, o Sistema Tributário comporta apenas cinco espécies tributárias, a saber: “*impostos, taxas, contribuições de melhoria, contribuições sociais e os empréstimos compulsórios*”³³, recebendo as contribuições sociais a seguinte subdivisão: a) contribuições de intervenção no domínio econômico e contribuições do interesse de categorias profissionais ou econômicas; e b) contribuições de seguridade social.

Ressalta-se que o renomado jurista incluiu breves anotações sobre a contribuição de custeio da iluminação pública no Capítulo VI de sua obra “Curso de Direito Tributário”, já na sua 23ª edição (2003), que trata especificamente das contribuições sociais, mantendo-se fiel ao seu critério classificatório. De qualquer sorte, sobressai a falta de certeza acerca da temática no âmbito da doutrina brasileira.

Ainda, vale expor que Geraldo Ataliba, contrapondo-se à visão de Luciano Amaro, propõe uma classificação que é “*rigorosamente aquela adotada pela Carta Magna. Colhe sua inspiração e desdobra-lhe as conseqüências*”³⁴. Portanto, percebe-se que a classificação dos tributos é um daqueles pontos da doutrina em que os juristas, de uma maneira geral, divergem mais ou menos entre si, apresentando cada um, uma maneira própria de classificar os tributos. Tal constatação reforça o entendimento de que o assunto ainda não é pacífico entre nós.

Diante disso, a fim de possibilitar prosseguimento ao presente estudo, neste momento, cumpre escolher, dentre tantas existentes, uma forma classificatória dos tributos. Assim, filiando-se à concepção do saudoso jurista, que comunga do entendimento defendido por Sacha Calmon Navarro Coêlho (ao enxergar na vinculação ou não do tributo a uma atividade estatal, uma apropriada forma de classificação tributária)³⁵, levar-se-á em conta, neste trabalho, a metodologia por ele elaborada, tendo-se em vista sua consistência argumentativa, de fácil apreensão e, sobretudo, sua absoluta conformidade ao sistema tributário constitucionalmente posto em nosso país.

Por derradeiro, no que tange ao estudo da classificação dos tributos, importa registrar, a despeito das divergências acima elencadas, que parece ser uníssona, na doutrina, a percepção de que, qualquer que seja o critério adotado para classificar tributos, ele deve tomar como ponto de partida “*a própria Constituição Federal, mediante plena compatibilidade vertical com os demais preceitos espalhados pelo ordenamento jurídico*”³⁶.

5.1. A classificação pela teoria dos tributos vinculados ou não a atuação estatal

Alguns juristas do quilate de Geraldo Ataliba, Sacha Calmon Navarro Coêlho, Roque Carrazza, Aires Barreto e Paulo de Barros Carvalho, entre outros, defendem que a classificação dos tributos reside no exame das respectivas hipóteses de incidência, mais

³² Importa ressaltar que o rol de espécies tributárias de Luciano Amaro, reproduzido neste trabalho consta em obra datada de 2000, portanto, anterior à EC n.º 39/2002 que criou a contribuição para custeio da iluminação pública de que aqui se trata. Por essa razão, não foi comentada pelo referido jurista.

³³ MACHADO, Hugo de Brito. *Op. Cit.*, p. 70.

³⁴ ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 6.ed.. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 125.

³⁵ COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Op. Cit.*, p. 245.

³⁶ MELO, José Eduardo Soares de. *Curso de Direito Tributário*. 4.ed. São Paulo: Dialética, 2003, p. 110.

especificamente em seus aspectos materiais. No dizer de Ataliba, “*é a materialidade do conceito do fato, descrito hipoteticamente pela h.i. que fornece o critério para classificação das espécies tributárias*”.³⁷

Ao comparar diversas legislações existentes quanto à hipótese de incidência, Geraldo Ataliba constatou que, “*em todos os casos, o seu aspecto material, das duas, uma: a) ou consiste numa atividade do poder público (ou numa repercussão desta) ou, pelo contrário, b) consiste num fato ou acontecimento inteiramente indiferente a qualquer atividade estatal*”³⁸.

Assim, convencionou-se dizer que *tributo vinculado* é aquele cuja hipótese de incidência se reveste na descrição de uma *atuação estatal*. Isso acontece toda vez que o tributo tiver um fato gerador (hipótese de incidência) que se traduza numa atuação do Estado, “*específica, divisível, pessoal, imediata ou mediata, em favor do contribuinte,...que por exercer atuação específica em prol do pagante, deve ser por ele remunerado ou ressarcido*”³⁹. Os princípios norteadores dos tributos vinculados são a remunerabilidade (taxa) e proporcionalidade (contribuições de melhoria).

Exemplo de tributo vinculado é a contribuição de melhoria, onde o contribuinte paga tributo proporcional à valorização imobiliária de seu imóvel decorrente de obra pública.

De outro lado, entende-se por *tributo não vinculado*, aquele cuja hipótese de incidência descreve um *fato qualquer que não seja atuação estatal*. Neste caso, o Estado escolhe uma hipótese de incidência que possa servir como signo presuntivo de capacidade contributiva do contribuinte, como por exemplo, ser proprietário de veículo automotor. Dita presunção de capacidade econômica, por ser descrita como hipótese de incidência, obriga o sujeito passivo a contribuir para a manutenção das funções estatais em prol da sociedade. Os tributos não vinculados, portanto, orientam-se pelo princípio da capacidade contributiva do sujeito passivo.

Vale ressaltar que a divergência de entendimento entre as duas escolas reside no fato de que para a vertente dicotômica é irrelevante se a atuação estatal se dará na forma de serviço, obra, ato de poder de polícia ou de intervenção econômica. Para tais situações, o Estado cobrará taxas. Ao contrário, para os tricotomistas existe uma divisão a fazer nos tributos vinculados: os serviços relativos ao poder de polícia e de utilidade pública serão remunerados por taxas, enquanto que as obras públicas, por contribuições de melhoria. No mais, para ambas as escolas, tanto os empréstimos compulsórios, quanto as contribuições parafiscais são impostos ou taxas⁴⁰, na acepção de Sacha Calmon Navarro Coêlho. Em razão do disposto no art. 145 da Constituição Federal, percebe-se que o Brasil adota a escola tricotômica.

5.1.1. Do tributo não vinculado (Imposto)

Quando se falar em tributo não vinculado, doutrinariamente, estar-se-á diante de um imposto, cuja conceituação legal, prevista no art. 16 do CTN, expressa o seguinte: “*imposto é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte*”.

³⁷ ATALIBA, Geraldo. *Op. Cit.*, p. 130.

³⁸ ATALIBA, Geraldo. *Op. Cit.*, p. 130.

³⁹ COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Op. Cit.*, p. 245.

⁴⁰ COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Op. Cit.*, p. 246.

De se notar que o próprio conceito de imposto adota um critério de exclusão para reconhecimento de tal espécie tributária: será considerado imposto todo o tributo que não tiver como hipótese de incidência uma atuação estatal específica. Trata-se de relevante constatação, no entender de Geraldo Ataliba, pois em razão disso, “*sob a perspectiva jurídica, é suficiente identificar a materialidade da h.i. como consistente em um fato qualquer não configurador de atuação estatal, para se reconhecer a natureza de imposto ao tributo figurado*”⁴¹.

Convém destacar que, muitas vezes, o legislador, por não ser um especialista ou mesmo por malícia, para subtrair-se às exigências constitucionais, adota terminologia equivocada, denominando de taxa o que é imposto. Contudo, a doutrina e jurisprudência pátrias são pacíficas ao asseverar que o *nomen iuris* escolhido pelo legislador não tem o condão de atribuir natureza diversa ao tributo. Ademais, Rubens Gomes de Souza fez inscrever no CTN a regra do seu art. 4º, cujo texto estabeleceu que “*a natureza jurídica específica do tributo é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação, sendo irrelevantes para qualificá-la: I – a denominação e demais características formais adotadas em lei...*”.

Portanto, em virtude da possibilidade de ocorrência dessas impropriedades por parte do legislador, quanto à correta denominação do tributo, cabe ao intérprete não se deixar conduzir em seus trabalhos jurídicos pelas denominações dadas pela lei, mas tão-somente pelo critério objetivo e científico proporcionado pela doutrina, “*sob pena de deturpar o funcionamento do sistema jurídico, deformando-o e atingindo-o em sua viga mestra, a sua rigidez*”⁴².

Os impostos, por sua vez, recebem diversos tipos de classificação, que variam de acordo com os critérios adotados, valendo citar alguns: a) a preponderância dos aspectos pessoais ou materiais na hipótese de incidência definem o imposto em pessoal (v.g. imposto de renda) ou real (v.g. IPTU); b) o fenômeno econômico da transação ou repercussão dos tributos estabelece a classificação dos impostos em diretos e indiretos. Este última, por ser classificação que utiliza critério financeiro e, portanto, não jurídico, não tem relevância ao direito brasileiro no entender de Geraldo Ataliba⁴³; e c) a própria diversidade de espécies de imposto é utilizada para sua classificação. Assim, a hipótese de incidência, passa a se constituir em critério classificador.

5.1.2. Dos tributos vinculados (taxa e contribuição)

Como já se disse, são tributos vinculados aqueles cujo aspecto material da hipótese de incidência consiste numa ação estatal. Esta espécie possui duas subespécies que se caracterizam pelo *grau de conexão* que a aludida atuação estatal guarda com o contribuinte. Em outras palavras, conforme o agir estatal esteja referido *direta* ou *indiretamente*, na hipótese de incidência, estar-se-á diante de uma *taxa* ou de uma *contribuição*.

A taxa tem como hipótese de incidência uma atuação estatal diretamente (imediatamente) referida ao obrigado. Ela é instituída, tendo-se em conta estabelecer uma forma de ressarcimento do Estado por um serviço prestado, em caráter pessoal, ao contribuinte. Portanto, como se vê, para que o tributo se configure em taxa, basta que a lei

⁴¹ ATALIBA, Geraldo. *Op. Cit.*, p. 138.

⁴² ATALIBA, Geraldo. *Op. Cit.*, p. 140.

⁴³ ATALIBA, Geraldo. *Op. Cit.*, p. 143.

preveja atuação estatal que tenha *referibilidade*⁴⁴ direta a alguém. Existirá taxa quando o Estado prestar um serviço, fornecer certidão, dar licença, dar autorização ou fiscalizar, tudo, não se esqueça, de modo *imediatamente* relacionado ao contribuinte.

Já, na definição da contribuição, existe uma importante particularidade que a diferencia da taxa. É que o serviço a ser prestado pelo Estado não é direto, mas indireto (mediato), havendo um *componente mediat* entre a ação estatal e o sujeito passivo da contribuição. Portanto, há um fato ou circunstância que se coloca entre a atuação da administração pública e o obrigado.

Geraldo Ataliba pontua que exemplo típico de contribuição é a de melhoria, em que a hipótese de incidência “valorização imobiliária causada por obra pública” é circunstância que se coloca entre a atuação estatal (obra) e o obrigado, a fim de que nasça para este último, a obrigação tributária. No dizer de Ataliba, a *referibilidade*, indireta no caso, é a valorização imobiliária. Dessa forma, ainda, no exemplo da contribuição de melhoria, se a obra realizada pelo Estado, não produzir valorização imobiliária, estará ausente, no caso concreto, a necessária circunstância mediadora e, portanto, inexistirá contribuição de melhoria.

Assim, vale reproduzir as definições de taxa e contribuição de Geraldo Ataliba⁴⁵, *verbis*:

“Taxa é o tributo vinculado cuja *h.i.* consiste numa atuação estatal direta e imediatamente referida ao obrigado.”

“Contribuição é o tributo vinculado cuja *h.i.* consiste numa atuação estatal indireta e mediatamente (mediante uma circunstância intermediária) referida ao obrigado.”

Importa destacar que a Constituição Federal, em seu art. 145, inc. II, somente admite taxa nos casos de serviços específicos. Vale dizer, serviço que não seja geral, ou seja, serviço público propriamente dito (*stricto sensu*), definidos por Celso Antônio como “prestação de utilidade material, fruível individualmente pelos administrados, sob regime de direito público”⁴⁶.

Destaca-se nesta definição a possibilidade de se individualizar a cobrança estatal pelo serviço fruído ou posto à disposição do contribuinte. É imprescindível, portanto, para instituição de taxa, que seja possível destacar-se unidades de utilização, enfim, que o serviço seja específico e divisível para fruição individual dos usuários.

Portanto, absolutamente consentânea com a melhor doutrina a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que rechaçou, por inconstitucionalidade, a instituição, por inúmeros municípios brasileiros, de taxa para o custeio da iluminação pública. De fato, inexistente na hipótese de incidência aspecto material que possibilitasse a individualização do custeio da iluminação pública. Com efeito, como quantificar a iluminação pública fruída por determinado contribuinte em determinado período de tempo e espaço? Tarefa impossível do ponto de vista material e, também, do jurídico.

6. Da contribuição para o custeio da iluminação pública

⁴⁴ Expressão utilizada por Geraldo Ataliba, onde através de gráficos explica que se a referibilidade for direta, tratar-se-á de taxa, se indireta, de contribuição. *Op. Cit.*, p. 148.

⁴⁵ ATALIBA, Geraldo. *Op. Cit.*, p. 152.

⁴⁶ ATALIBA, Geraldo. *Op. Cit.*, p. 152.

Diante das considerações doutrinárias deduzidas no presente estudo, acerca do tributo vinculado da espécie contribuição, pode-se, agora, examinar a fonte de custeio da iluminação pública, estabelecida constitucionalmente a partir do advento da Emenda Constitucional n.º 39/02, sob o prisma do rigorismo científico que o sistema tributário exige.

6.1. Da hipótese de incidência

Em primeiro lugar, cumpre verificar se o tributo criado encontra-se vinculado a uma atuação estatal. Na análise da hipótese de incidência, verifica-se a descrição de um serviço público, qual seja, a iluminação pública.

Nesse passo, cabe ressaltar que os legisladores municipais/distritais deverão lançar mão de exaustiva hermenêutica jurídica para estabelecer o limite do alcance da expressão constitucional *iluminação pública* na regulamentação desta contribuição, sob pena da norma regulamentadora local a ser criada vir a ser considerada inconstitucional, frustrando, mais uma vez, a expectativa arrecadatória dos municípios para adimplirem suas contas de iluminação pública.

Assim, caberá perquirir-se, por ocasião da instituição de tal tributo vinculado, se o conceito *iluminação pública* abarca tão-somente o serviço de iluminação pública de logradouros ou contemplará também a iluminação de bens públicos, a exemplo do que estabeleceu o Município de São Paulo através da Lei Municipal n.º 13.479, de 30/12/2002⁴⁷.

Se o conceito contemplar a iluminação de bens públicos, as contas de energia elétrica de todos os imóveis de propriedade do Estado, poderão ser cobertas pela referida contribuição, o que, sem dúvida, aumentará consideravelmente o *quantum debeatur* do aludido tributo, onerando ainda mais os sujeitos passivos.

Ao contrário, se o conceito for utilizado de forma restritiva, albergando apenas a iluminação dos logradouros, então, as contas de energia elétrica dos imóveis do Estado deverão ser custeadas pelos tributos não vinculados, que, diga-se, foram instituídos justamente para atender as “*necessidades administrativas de ordem geral*”⁴⁸.

Retomar-se-á esta questão mais adiante no presente ensaio. Por ora, a despeito da questionamento hermenêutico levantado, verifica-se presente, nesta nova exação, o pressuposto jurídico de constituição dos tributos vinculados. Assim, de acordo com doutrina, pelo critério da exclusão, este tributo não poderá ser classificado, jamais, como um imposto.

Portanto, diante da constatação de que se trata de tributo vinculado (gênero), cumpre examinar a qual espécie (taxa ou contribuição) pertence a novel tributação para custeio da iluminação pública.

Nesse tocante, importa verificar se a hipótese de incidência do tributo em tela comporta fruição individualizada pelo obrigado, o que implicaria denominá-lo de taxa. Esta, portanto, é uma das questões nevrálgicas do presente estudo, cuja resposta já foi dada, em sentido negativo, pela pacífica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, como já se afirmou anteriormente.

⁴⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal brasileiro*. 13ª ed.atual., Malheiros: São Paulo, 2003, p. 159.

⁴⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal brasileiro*. *Op. Cit.*, p. 152.

Assim, pelo aspecto material da hipótese de incidência, já se pode concluir, com certeza, pela classificação do tributo vinculado, que irá custear a iluminação pública dos municípios brasileiros, como sendo uma espécie do gênero contribuição.

Ademais, por derradeiro, aplicando ao caso concreto o conceito firmado por Geraldo Ataliba, verifica-se – como que comprovando a validade da premissa da indivisibilidade que descartou a possibilidade de enquadrá-lo como *taxa* – que existe na hipótese de incidência uma circunstância medial entre a atuação estatal (prestação de serviço de iluminação pública) e o contribuinte, que é justamente a necessidade de seu *custeio*.

E parece ser esta uma das fundamentais diferenças entre o presente estudo e o respeitável trabalho realizado por Luciano e Leonardo Loubet. Referidos estudiosos consideraram como hipótese de incidência da COSIP a prestação do serviço de iluminação pública. Com a devida vênia, diverge-se deste entendimento na medida em que a norma constitucional expressa de forma inequívoca a hipótese de incidência deste novel tributo: *custeio* do serviço de iluminação pública.

Portanto, da leitura do Texto Constitucional não se pode considerar que a COSIP tenha por finalidade imediata a prestação de serviços de iluminação pública, mas sim o provisionamento do seu custeio. Esta é uma conclusão que se obtém da leitura atenta da regramatrix constitucional do tributo em exame.

Aliás, o custeio da iluminação pública surge como elemento intermediário entre a atuação estatal e o contribuinte, confirmando o pressuposto de fato/circunstância medial entre a atuação estatal e o sujeito passivo.

Ademais, abordando a questão pelo prisma de sua evolução histórica, percebe-se que a única intenção do legislador constituinte, ao criar dito tributo, foi o de prover aos municípios e ao Distrito Federal específica fonte de receita para fazer frente aos custos da iluminação pública.

6.2. Da base de cálculo

Geraldo Ataliba, a partir das leituras da doutrina proposta por A. D. Giannini, assevera que “*a base imponível é um atributo avaliável, mensurável, dimensível do aspecto material da hipótese de incidência. É a própria medida ou dimensão do aspecto material da hipótese de incidência, como o reconhecem todos os autores*”⁴⁹. Dessa forma, a base imponível, também denominada de base de cálculo, é determinada pelo legislador a partir da eleição de um ou mais determinados aspectos componentes da materialidade da hipótese de incidência.

In casu, diante do exame da h.i. da contribuição em comento, pode-se afirmar que o único aspecto material da hipótese de incidência passível de determinar o *quantum debeatur* devido pelo contribuinte da COSIP é o *custeio* do serviço de iluminação pública.

Nesse tocante, também é relevante considerar que o custeio, do qual surgirá a imprescindível base de cálculo do tributo em exame – considerada pelos Loubert como segundo e preponderante critério de classificação tributária, na acepção de Paulo de Barros Carvalho –, não se limita ao valor da energia elétrica consumida para tal fim, mas trata-se de base mais ampla, pois deverá contemplar todas as despesas inerentes ao serviço de iluminação

⁴⁹ ATALIBA, Geraldo. *Estudos e pareceres de direito tributário*. Vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978, p. 117.

pública como a aquisição de lâmpadas, fios, postes, sensores e todos os demais equipamentos, materiais e serviços necessários ao bom e contínuo funcionamento do dito serviço público.

Dessa forma, ainda que se pudesse admitir tratar-se de taxa, levando-se em conta o critério da base de cálculo para caracterização da natureza dos tributos, pensa-se que não se poderia concluir haver, no presente caso, base de cálculo coincidente com nenhum imposto, tampouco com a do ICMS, que seria idêntica a do tributo em exame, *se* o custeio da iluminação pública se restringisse às despesas de consumo de energia elétrica. Esta assertiva conduz à conclusão, portanto, de que a hipótese aventada estaria em absoluta consonância ao disposto no art. 145, § 2º da Carta Magna, não havendo falar em identidade de bases de cálculos entre a suposta taxa instituída pela EC n.º 39/02 e o ICMS.

Assim, pretende-se reconhecer que a base de cálculo da aludida contribuição para custeio da iluminação pública haverá de ser igual ao somatório de todas as despesas envolvidas na criação e manutenção do serviço, como já referido. E esta base, a ser apurada pelo Estado, tal qual se faz para a contribuição de melhoria, guarda total pertinência com a COSIP.

Dessarte, diante de tais argumentos, pode-se afirmar que o novel tributo vinculado também se amolda à natureza jurídica de contribuição, quando examinado sob o critério da base de cálculo.

Portanto, ousa-se concluir, frente ao exame dos pressupostos jurídicos pertinentes às contribuições, que o constituinte derivado logrou absoluto êxito técnico ao classificar o tributo vinculado para custeio da iluminação pública como sendo mais uma espécie do gênero contribuição, integrativa, portanto, de nosso sistema tributário. Espera-se que o legislador municipal/distrital também seja bem sucedido na regulamentação local da nova modalidade de contribuição.

6.3. Dos sujeitos ativos

Inquestionavelmente, os sujeitos ativos da referida contribuição são os municípios e o Distrito Federal, consoante dispõe a regra-matriz constitucional posta no art. 149-A da Constituição Federal. E não poderia ser diferente, tendo-se em conta que a atribuição de prestação de serviço de iluminação pública foi, como já mencionado, com o advento do Texto Constitucional de 1988, repassado aos aludidos entes federativos. Ademais, pode-se até inferir intuitivamente, que esta prestação de serviço, face à sua peculiaridade, apresenta-se, efetivamente, como assunto de *interesse local*, próprio de ser regulado, portanto, em nível das municipalidades e o do Distrito Federal, conforme disciplina o inciso I do artigo 30 da Carta Federal.

6.4. Dos sujeitos passivos

Neste ponto, reside uma grande dificuldade de subsunção da contribuição ora estudada ao seu arquetipo constitucional. De fato, quem é o sujeito passivo dessa contribuição? Como definir com precisão o obrigado ao pagamento desta espécie de tributo vinculado?

A solução da questão passa, mais uma vez, pela análise dos aspectos materiais que compõem sua hipótese de incidência, pois, como já aventado, reside nela o aspecto material definidor do tributo, qual seja, o *custeio do serviço de iluminação pública*. Portanto, a

delimitação do universo das pessoas – que figurarão como obrigadas tributárias desta contribuição – deverá obrigatoriamente ser extraído deste aspecto material.

Quem seriam os usuários do serviço de iluminação pública em um determinado município? Parece que a resposta para tal indagação é de fácil elaboração. Todas as pessoas domiciliadas no ente federativo instituidor do aludido tributo, desde que atendam a determinados requisitos que serão examinados adiante. Contudo, há quem afirme que as *pessoas em trânsito* pela comuna, por se beneficiarem igualmente do serviço de iluminação pública municipal, também restariam incluídas no rol de sujeição passiva da COSIP.

Diverge-se deste entendimento porque este universo de pessoas em trânsito, ou se se preferir, não-domiciliadas, é, na verdade, indeterminado, não passando de mera estimativa *a priori*, que poderá se confirmar ou não no decorrer do exercício financeiro. Assim, o conjunto das pessoas em trânsito pela municipalidade, por sua natureza inquantificável, não poderá fazer parte do universo dos contribuintes da COSIP por ser indeterminável. Com efeito, soa desarrazoado impor tributo a alguém que não pode ser, de alguma forma, identificado pela Administração. É, na verdade, como se tal indivíduo não existisse para município. Portanto, por conseqüência lógica, não poderá ser considerado para fins tributários, diferentemente do que ocorre com a *população domiciliada* de uma comuna, esta sim, perfeitamente aferível, em termos quantitativos e qualitativos, como demonstram os precisos dados estatísticos disponibilizados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)⁵⁰. Nesse sentido, impõe considerar que, infelizmente, parece ainda não fazer parte da cultura brasileira – diferentemente do que se observa em países desenvolvidos, como os Estados Unidos, por exemplo –, utilizar-se desse poderoso instrumento que é a estatística no planejamento e implementação de suas políticas públicas.

Outra dúvida que surge no exame da sujeição passiva da COSIP: as pessoas jurídicas estariam consideradas nesse contexto? Pensa-se que sim. Afinal, a iluminação pública está intrinsecamente ligada às questões de segurança pública. E este tema, evidentemente, alcança as pessoas jurídicas, passando, via de conseqüência, a ser assunto de interesse delas também.

Com efeito, a falta de iluminação nos logradouros municipais aumenta a possibilidade de arrombamentos e furtos em toda sorte de pessoas jurídicas (estabelecimentos de atividades empresárias, estabelecimentos públicos, escolas, igrejas, etc). Assim, pensa-se que as pessoas jurídicas também estejam abrangidas nesse conceito.

Contudo, voltando-se o foco de atenção para o outro tipo de pessoa, a física, constata-se que a população de um município caracteriza-se pela sua heterogeneidade. As pessoas que convivem em um dado município, são muito diferentes entre si, indicando a existência de uma diversidade, também, em termos de classificação dessas pessoas. Poder-se-ia elencar algumas formas classificatórias como a classificação por faixa etária, por renda, por grau de escolaridade, pela etnia, entre outras tantas possíveis. Entretanto, nenhuma delas terá valia no

⁵⁰ Nesse sentido, importa ressaltar a alta qualidade dos dados apresentados pelo IBGE, relativos a **todos** os municípios brasileiros, que podem ser encontrados no site www.ibge.gov.br/cidadesat/default.php. No referido endereço eletrônico, estão disponibilizadas informações relativas a: população e domicílios, produto interno bruto, serviços de saúde, óbitos hospitalares, ensino (matrículas, docentes e rede escolar), estatísticas do registro civil, representação política, pecuária, lavoura (permanente e temporária), extração vegetal e silvicultura, estrutura empresarial, instituições financeiras, finanças públicas e frotas de veículos. No caso em exame, em especial, o dado referente à população pode servir de base concreta para estudo da delimitação dos contribuintes da COSIP.

exame da presente questão, se não possuir um componente juridicamente relevante sob o ponto de vista tributário.

Quer-se colocar que a delimitação do universo dos sujeitos passivos da COSIP deve observar as características de sua hipótese de incidência. Assim, diverge-se de normas como o Art. 3º do Decreto 43.143, de 32/04/2003, regulamentadora da Lei Municipal n.º 13.479, do município de São Paulo, que instituiu a COSIP naquela cidade cosmopolita.

É que o citado artigo de lei estabelece que contribuinte da COSIP, no âmbito daquele executivo municipal, “*é todo aquele que possua ligação de energia elétrica regular ao sistema de fornecimento de energia*”. Criticando-se respeitosamente o conceito de sujeito passivo estabelecido no aludido decreto, entende-se que os usuários do fornecimento de energia elétrica são *também* usuários do serviço de iluminação pública, mas não constituem a totalidade dos beneficiários de tal serviço, existindo ainda outras pessoas a serem consideradas no rateio do custeio da iluminação pública. E estas outras pessoas devem ser buscadas estritamente sob o viés classificatório do direito tributário.

Aliás, corroborando esta idéia, vale mencionar acórdão prolatado no Agravo de Instrumento n.º 70008289712, julgado em 25/08/04, pela Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, no qual, por maioria (vencedor o voto do Redator, Des. Roque Joaquim Volkweiss), proveu-se o referido recurso para tornar definitiva a antecipação da tutela liminarmente concedida em favor de empresa que demandou contra município arguindo a inconstitucionalidade da norma local instituidora da COSIP. O provimento do recurso garantiu à empresa o direito de depositar em juízo os valores questionados até o deslinde final da contenda. Naquele aresto, um dos fundamentos do provimento do recurso foi justamente a indevida delimitação da sujeição passiva, que contemplou tão-somente as pessoas cadastradas na empresa fornecedora de energia elétrica, desconsiderando a evidente existência de outros usuários da iluminação pública na comuna demandada. Ressalta-se, contudo, que o venerando decisório sugere que se enquadrariam como contribuintes da COSIP as pessoas em trânsito no município, idéia com a qual não se compartilha no presente ensaio, como já referido.

Assim, sob o ponto de vista teórico, qualquer pessoa física que exteriorize sinais presuntivos de capacidade econômica, domiciliada no ente federativo instituidor da contribuição para o custeio da iluminação pública, preencheria os requisitos tributários para se transformar em sujeito passivo da COSIP. Sim, enfatiza-se o aspecto da exteriorização de sinais presuntivos de capacidade econômica porque não se pode cobrar o custeio da iluminação pública de quem não tenha condições para tal. Nesse diapasão, filiando-se ao entendimento de Paulo Caliendo⁵¹, evoca-se a imperiosa busca da justiça fiscal, no seu sentido pragmático, ou seja, de estabelecimento de relação de adequação entre a norma e o usuário. Ainda, servindo-se do magistério do douto jurista, releva destacar que “*o princípio da capacidade contributiva, ao eleger fatos da realidade econômica como os únicos fatores relevantes para fins de dotar o Estado com os recursos necessários a sua atividade, procede uma limitação fundamental à ação tributante. Exclui dessa monta todo e qualquer critério extra-econômico para fins de tributação, tais como sexo, raça, religião, nacionalidade ou qualquer outro fator arbitrário. Trata-se, pois, de um critério fundamental na defesa das liberdades públicas e do direito do cidadão*”⁵².

⁵¹ CALIENDO, Paulo. *Da justiça fiscal: conceito e aplicação*. Revista Interesse Público, n. 29, janeiro/fevereiro 2005. Porto Alegre: Notadez, 2005, p. 174-175.

⁵² CALIENDO, Paulo. *Op. Cit.*, p. 176-177.

Nessa linha de raciocínio, estariam fora do universo dos sujeitos passivos da COSIP todas as pessoas físicas e jurídicas que demonstrassem sua incapacidade econômica. Pensa-se, por exemplo, que seria o caso dos insolventes civis, das empresas falidas, dos desempregados, das pessoas reconhecidamente pobres em razão de determinados indicativos legais, etc.

Dessa forma, considerando o amplo universo das pessoas que exteriorizam sinais presuntivos de capacidade econômica, pensa-se que o rateio do custeio da iluminação pública, efetivamente, abarcaria todas as pessoas suscetíveis de figurar como sujeito passivo da obrigação, dando, assim, pleno atendimento aos princípios da isonomia e da capacidade contributiva no estabelecimento dos obrigados tributários desta espécie de contribuição.

E como se procederia a identificação destas pessoas? Através do estabelecimento de um sistema de cadastramento de contribuintes com suporte nos recursos disponíveis da tecnologia da informação. Os obrigados tributários seriam cadastrados, armazenando-se todas as informações necessárias à conferência dos requisitos necessários para figurar como sujeito passivo tributário, assim como os dados indispensáveis para o lançamento e cobrança da COSIP. Dessa forma, na data estabelecida para lançamento da obrigação tributária, referente a determinado período de tempo, o sistema teria condições de emitir automaticamente o documento hábil para pagamento do tributo que seria enviado via postal ao domicílio do contribuinte.

Afinal, como é que se cobram os serviços públicos *latu senso* de fornecimento de gás, água, telefone e energia elétrica na atualidade? Exatamente assim, através do envio postal das contas respectivas. Trata-se de adaptação e conscientização da sociedade a este novo tipo de tributo. Nesse sentido, frente ao permissivo constitucional do parágrafo único do art. 149-A, poder-se-ia, até, facultar a cobrança de tal contribuição na fatura da conta de energia elétrica para aqueles contribuintes que forem também como consumidores de energia elétrica a guisa de facilitar o processo arrecadatório do sujeito ativo.

Entende-se que a delimitação da sujeição passiva da COSIP deva respeitar estas considerações relativas à real amplitude do universo de contribuintes. As normas locais que tratarão do tema necessitarão regular o assunto da forma mais abrangente possível, criando espaço para que se trate com isonomia e de acordo com a capacidade tributária de cada contribuinte todos aqueles que efetivamente se beneficiam e devam contribuir para o custeio da iluminação pública.

Mas como o município deverá proceder com as pessoas que não quiserem se cadastrar? Sugere-se que a lei tributária instituidora da COSIP, além de estabelecer a obrigação de cadastramento dos usuários do serviço de iluminação pública, com a previsão de penalidades pecuniárias compatíveis com as infrações cometidas, dentre elas, a ausência de cadastramento tempestivo, poderá determinar a criação de bancos de dados, em nível municipal, que possa ser verificado por ocasião da prática de determinados atos da vida civil e tributária dos munícipes (pessoas físicas e jurídicas), com o objetivo de restringir direitos e liberdades daqueles que resistirem ao cadastramento, no âmbito municipal, com fundamento no poder de polícia do Estado, tudo visando a assegurar o princípio da isonomia na cobrança deste tributo.

Exemplificando, por ocasião de um requerimento para averbação em matrícula de uma compra e venda de imóvel, este banco de dados poderia ser consultado pelo cartório de imóveis que, diante da constatação da inexistência de cadastramento do aludido comprador, franquear-lhe-ia a possibilidade de realizar o imediato cadastro e na eventualidade de sua

recusa, a dita averbação não poderia ser feita até que a situação de contribuinte da COSIP do adquirente do imóvel fosse regularizada.

E adota-se tal entendimento, de estabelecimento de formas de definição e cadastramento dos contribuintes do custeio do serviço de iluminação pública porque não se afigura justo, como referido anteriormente, que a lei indique como único sujeito passivo de tal contribuição a pessoa (física e jurídica) consumidora de energia elétrica da municipalidade, pois é evidente que existem outros usuários deste serviço que também teriam condições econômicas para participar do rateio das despesas com a iluminação pública municipal.

Destaca-se que a dificuldade, sob o ponto de vista prático, em se determinar este amplo universo de obrigados tributários – que, ressalta-se, não é insuperável –, não pode merecer relevância a ponto de se constituir em inescusável fator restritivo da real delimitação do universo dos sujeitos passivos, pois, assim sendo, estar-se-ia violando princípios constitucionais como o da impessoalidade e da igualdade, o que redundaria em indevidos prejuízos à órbita patrimonial dos eleitos como sujeitos passivos em razão da excessiva onerosidade resultante da existência de um número menor, do que de fato existe, de contribuintes indicados para o rateio da COSIP.

Ainda, como fundamento da necessidade de considerar todos as pessoas que apresentem sinais presuntivos de capacidade econômica como sujeitos passivos da COSIP, cumpre analisar a questão sob o viés filosófico-jurídico, apontando-se a teoria de justiça proposta por John Rawls, fundada na equidade, na qual o ilustre professor da Universidade de Harvard pontua que *“uma sociedade é bem-ordenada não apenas quando está planejada para promover o bem de seus membros, mas quando é também efetivamente regulada por uma concepção pública de justiça. Isto é, trata-se de uma sociedade na qual (1) todos aceitam e sabem que os outros aceitam os mesmos princípios de justiça, e (2) as instituições sociais básicas geralmente satisfazem, e geralmente se sabe que satisfazem, esses princípios”*⁵³.

É necessário, consoante a mencionada teoria de justiça elaborada pelo memorável filósofo político norte-americano, que as normas locais instituidoras da COSIP estejam afinadas com os elevados princípios de justiça, orientadores maiores de qualquer ordenamento jurídico fundado sob a tutela de um Estado Democrático como o nosso. Restringir, portanto, o universo de sujeitos passivos da COSIP por mera e indevida liberalidade do legislador, visando a facilitar sua tarefa legislativa de estabelecer a base de cálculo do tributo em exame, não pode ser atitude admissível entre nós, pois fere os mais rudimentares conceitos de justiça.

Vale lembrar que, na dicção de Rawls, o *“objeto primário da justiça é a estrutura básica da sociedade, ou mais exatamente, a maneira pela qual as instituições sociais mais importantes distribuem direitos e deveres fundamentais e determinam a divisão de vantagens provenientes da cooperação social”*⁵⁴. Portanto, no que tange à contribuição para o custeio da iluminação pública, é dever do Estado (assim entendidos os sujeitos ativos do tributo em estudo), não poupar esforços na real delimitação do universo de contribuintes da COSIP, pena de cometimento de ato atentatório à justiça que ele mesmo tem o dever de assegurar à sociedade que o integra.

6.4.1. Do poder de polícia administrativa

⁵³ RAWLS, John. *Uma teoria de justiça*. Tradução Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 5.

⁵⁴ RAWLS, John. *Op.Cit.*, p.7.

No que toca aos atos coercitivos praticados sob o império do poder de polícia administrativa dos agentes ativos da COSIP, visando a forçar o cadastramento de todos os contribuintes do aludido tributo, Hely Lopes Meirelles ensina que, no âmbito municipal, dito poder “*incide sobre todos os assuntos de interesse local, especialmente sobre as atividades urbanas que afetem a vida da cidade e o bem-estar de seus habitantes*”⁵⁵. Ora, incontestável admitir que o serviço de iluminação pública relaciona-se diretamente aos aspectos ligados à vida da cidade e o bem-estar de seus habitantes, haja vista sua direta conexão com as políticas locais de segurança pública, como já referido.

Por absolutamente pertinente, cabe reproduzir a definição de polícia administrativa enunciada pelo saudoso jurista, *verbis*:

*“Poder de polícia é a faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado.”*⁵⁶

Aliás, por oportuno, o próprio CTN, em seu artigo 78, define poder de polícia como “*a atividade da Administração Pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula 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*”.

Portanto, o uso do poder de polícia administrativa, em conformidade com as regras, valores e princípios formadores de nosso ordenamento jurídico, atentando, portanto, para uma genuína interpretação sistemática do direito, no ensino de Juarez Freitas⁵⁷, constitui-se em instituto imprescindível na adequada identificação e cadastramento de todos os sujeitos passivos da COSIP por parte da autoridade tributária local.

Assim, através da criação de mecanismos legais que restrinjam direitos, interesses ou liberdades individuais, com a finalidade de impor o aludido cadastramento a todos os usuários tributariamente relevantes da mencionada contribuição, o ente federativo disporá de meios efetivos para obrigar que todas as pessoas, que satisfaçam os requisitos legais, a se cadastrarem como contribuintes da COSIP. Reconhece-se que tal tarefa exigirá muita criatividade e conhecimento técnico-jurídico dos legisladores locais, mas que, por sua vez, está longe de ser considerada como algo impossível de ser implementado.

O importante, ressalta-se, é criar uma definição legal de sujeito passivo bastante ampla, que se aproxime ao máximo do verdadeiro perfil de usuário do serviço de iluminação pública, que seja relevante em termos tributários. Assim, ainda que não se consiga, na prática, a completa adesão de todos os potenciais contribuintes, em razão de limitações procedimentais que venham a surgir, a norma local estará perfeitamente ajustada aos preceitos constitucionais vigentes, impedindo que se cogite em decretar-lhe judicialmente sua inconstitucionalidade. Ademais, o aprimoramento e evolução das formas de controle e cadastramento de contribuintes da COSIP se encarregarão naturalmente de aumentar o número de cadastrados, levando o número de contribuintes cadastrados a tender ao longo do tempo para a totalidade do universo estabelecido pela lei.

⁵⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. Cit.*, p. 449.

⁵⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. Cit.*, p. 449.

⁵⁷ FREITAS, Juarez. *Interpretação Sistemática do Direito*. 4. ed. rev. e ampl., São Paulo: Malheiros, p. 74.

6.4.2. Da interpretação restritiva da expressão “iluminação pública”

Diante dessas considerações, pode-se retomar a questão do alcance interpretativo da expressão *iluminação pública*, para afirmar que a iluminação de imóveis da Administração Pública não restaria albergada pela hipótese de incidência da COSIP porque inexistiria, neste caso, um reflexo mediato ao contribuinte, decorrente do pagamento de tal tributo. Com efeito, nenhum retorno, em termos de prestação de serviços, teria o sujeito passivo, pela contribuição paga, pois a iluminação de prédios públicos não diz respeito ao particular. Aliás, como já mencionado, o sujeito passivo paga impostos ao Estado para que ele possa custear despesas gerais como esta.

Portanto, se ausente a *referibilidade* (direta ou indireta) da atuação estatal ao obrigado, ou seja, se o sujeito passivo não recebe imediata ou mediatamente uma prestação de serviço por parte do Estado pela paga do aludido tributo vinculado, inviável se mostra ampliar dito conceito para custear a iluminação dos imóveis públicos.

Assim, diante do exame realizado, pode-se afirmar que dita espécie de contribuição é consentânea com os aspectos doutrinários e normativos pertinentes, cumprindo ressaltar, portanto, que sua criação não configura de qualquer ofensa à rigidez do sistema estabelecido constitucionalmente (vale dizer, o tributo é constitucional), o que legitima a instituição dessa modalidade de contribuição por todos os municípios brasileiros.

Apenas como arremate, no exame das contribuições quanto à sua correta classificação tributária, cumpre registrar que o sistema tributário brasileiro comporta diversas espécies de contribuição a saber: de melhoria (art. 145, inc. III, CF); contribuições sociais (art. 149, CF); contribuições de intervenção do domínio econômico (art. 149, CF), contribuições de interesse de categorias profissionais ou econômicas (art. 149); e contribuição para o custeio de sistema de previdência e assistência social, em benefício dos servidores dos Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 149, parágrafo único).

Cada uma delas, poderá vir a ser examinada, a seu tempo, no que tange à sua correta classificação pelo constituinte derivado, aplicando-se-lhes as regras de *especificidade* e *divisibilidade* do serviço prestado pelo Estado e de verificação de fato ou *circunstância mediata* entre a atuação estatal e o obrigado. Preenchidos os pressupostos doutrinários da natureza jurídica da espécie contribuição, poder-se-á afirmar, com a certeza proporcionada pelo rigorismo científico aplicado, à luz da dogmática jurídica, estar-se diante de um tributo vinculado da espécie *contribuição*.

7. Dos fundamentos políticos e jurídicos para a criação de consórcio público para serviço de iluminação pública

Uma vez, verificada a absoluta correção técnico-jurídica da instituição da contribuição para custeio da iluminação pública nos municípios e Distrito Federal, cabe agora, focalizar a atenção nas razões políticas que fundamentariam a criação de um consórcio público para a prestação do serviço de iluminação pública entre os municípios consorciados e de que forma tal gestão associada se daria no plano dos fatos. Tal exame pode causar certa estranheza por parecer descabido sob a ótica jurídica que se imprime no presente trabalho. Contudo, ousa-se divergir desse entendimento, pois como pontua Paulo Bonavides, “*toda ordem administrativa*

supõe de necessidade uma filosofia política e uma concepção de Estado”⁵⁸, demonstrando o entrelaçamento entre o direito administrativo e as ações políticas dos entes federativos.

Ademais, como anotado por Maria Paula Dallari Bucci⁵⁹, que defende uma redefinição do âmbito de ação da atividade administrativa para considerar as políticas públicas como limite positivo do direito administrativo, ampliando sua incidência para além das proposições legais, importa considerar que, efetivamente, existem incontestáveis pontos de contato entre o direito administrativo e o implemento das políticas públicas. Assim, por essa razão, acredita-se ser importante abordar as motivações políticas para a criação de dito consórcio porque este instituto jurídico é inequivocamente um desses pontos de contato entre o Direito e as políticas públicas.

7.1. Dos fundamentos políticos

É sabido que as atribuições chefe do Poder Executivo, nos três níveis federativos, são de natureza governamental e administrativa⁶⁰. As primeiras (atribuições governamentais) são aquelas relativas à condução dos negócios públicos, integradas por opções de conveniência e oportunidade na sua realização. Nesse aspecto, importante referir enfaticamente a superação, entre nós, da equivocada idéia de que os atos administrativos discricionários não se sujeitam aos diversos tipos de controle (interno, externo, social e judicial)⁶¹ existentes em nosso sistema jurídico. É que até os atos praticados segundo a oportunidade e conveniência do agente público deverão atender aos princípios fundamentais do direito administrativo, como bem leciona Juarez Freitas, ao referir que “*a discricionariedade, no Estado Democrático, quer dos atos administrativos, quer dos atos judiciais, está sempre vinculada aos princípios fundamentais, sob pena de se traduzir em arbitrariedade e de minar os limites indispensáveis à liberdade de conformação como racional característica fundante do sistema administrativo*”⁶².

Assim, diante da inexistência da discricionariedade pura, todos os atos administrativos praticados pelos agentes políticos restarão vinculados aos diversos controles, a fim de que se verifique o atendimento obrigatório aos aludidos princípios.

As segundas (atribuições administrativas), são as que viabilizam a concretização das ações de governo através de atos jurídicos, também sempre sujeitas aos diversos tipos de controle dos atos de administração pública.

A decisão pela criação de um consórcio público é, sem dúvida, uma atribuição governamental. O chefe do Executivo avaliará, na estrita ótica de suas políticas públicas, a necessidade e a viabilidade relativas à participação do ente federativo que comanda em contrato de consórcio público. Portanto, a decisão é originariamente política. Mas ainda assim, como já se explicitou anteriormente, deve ser respaldada em argumentos plausíveis, consentâneos ao interesse público, que justifiquem a aplicação de recursos financeiros e humanos na aludida empreitada, a serem oportunamente sindicados por ocasião da fiscalização procedida pelos controles já elencados.

⁵⁸ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 38.

⁵⁹ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Op. Cit.*, p. 40.

⁶⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. Cit.*, p. 688.

⁶¹ FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos*. 3 ed. rev e ampl., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 67.

⁶² FREITAS, Juarez. *Op. Cit.*, p. 236.

Como fundamentos políticos de criação de um consórcio público para a iluminação pública, pode-se arremeter, como se mencionou no início do presente estudo, pelo menos dois relevantes argumentos: a) compartilhamento pelo ente federativo, de estrutura especializada na disponibilização eficiente e eficaz da prestação de serviços de iluminação pública às comunas associadas, de forma mais econômica e racional que os padrões atualmente disponíveis; e b) a aglutinação de entes federativos, em torno de uma prestação de serviços comum a todos, transforma o consórcio público em importante ferramenta política, face ao seu relevante significado econômico no cômputo das receitas da empresa fornecedora de energia elétrica, aumentando o poder de negociação dos municípios envolvidos, na busca de melhores serviços e tarifas, tudo em nome do interesse público.

7.2. Dos fundamentos jurídicos

Conforme mencionado no início deste trabalho, o instituto do consórcio público foi positivado em nosso ordenamento pátrio, através da Emenda Constitucional n.º 19/98 que o inseriu, de modo expresse, no artigo 241 da Carta Magna. Eis, aí, o primeiro, e mais importante alicerce desta nova figura do direito administrativo brasileiro. Em segundo lugar, cabe referir que o regime jurídico a ser obedecido para criação de consórcios públicos em nosso país foi regulamentado pela Lei Federal n.º 11.107, de 06/04/2005.

Portanto, felizmente, hoje, resta absolutamente superada a insegurança jurídica que grassou durante mais de seis anos, desde o advento da Emenda Constitucional n.º 19/98 até a sanção e publicação da atual Lei Consorcial, entre os municípios brasileiros que necessitaram ou desejaram criar consórcios públicos. E o artigo 2º da Lei Federal n.º 11.107/05 estabelece que os objetivos dos consórcios “*serão determinados pelos Entes da Federação que se consorciarem, observados os limites constitucionais*”. Nesse tocante, vale apontar que, não obstante o considerável enxugamento normativo do marco regulatório consorcial, em comparação com o texto do Projeto de Lei n.º 3.884/04 (que lhe deu embasamento), como já referido⁶³, o aludido projeto efetivamente serviu de verdadeiro *farol orientador*, na medida em que a lei que lhe sucedeu manteve-se fiel a essência axiológica propugnada pelo PL n.º 3.884/04, utilizando-se, inclusive, de vários conceitos definidos no texto do projeto de lei em comento.

7.2.1. Do conceito de serviço público

De se perceber que a Constituição Federal delimita a criação de consórcios públicos, na expressa dicção de seu art. 241, à *gestão associada de serviços públicos*. Assim, agora, importa examinar o conceito de serviço público.

Como já observado por ocasião do exame da Lei Consorcial⁶⁴, verifica-se que tal conceito – examinadas as definições de consagrados juristas como Celso Antônio Bandeira de Mello, Hely Lopes Meirelles, José Cretella Júnior, Juarez Freitas, Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Odete Medauar – compõe-se de uma idéia nuclear, comum a todas as definições estudadas, caracterizada pelo entendimento de que serviço público *é prestação estatal que visa à satisfação de necessidades coletivas*⁶⁵.

⁶³ SILVA, Cleber Demetrio Oliveira da. *Op.Cit.*.

⁶⁴ SILVA, Cleber Demetrio Oliveira da. *Op.Cit.*.

⁶⁵ Nesse sentido, vale reproduzir o exame do conceito de serviço público realizado em nosso artigo *Lei n.º 11.107/05: marco regulatório dos consórcios públicos brasileiro*, verbis: “*Inicia-se com o ensino de Hely Lopes Meirelles, que faz alusão ao conceito de serviço público como sendo ‘todo aquele prestado pela Administração*

Portanto, o serviço de iluminação pública amolda-se perfeitamente ao conceito de serviço público, sendo, portanto, possível de ser implementado através de consórcios públicos.

Apenas como reforço argumentativo, faz-se a seguinte ilação: imagine-se, nos conturbados dias de hoje, em que a segurança pública passa por grave colapso em todo o país, uma cidade, de qualquer porte, completamente às escuras após o pôr-do-sol. O tão só fato de inexistir iluminação pública sujeitaria todos a um tenso clima de insegurança, pois o simples andar pelas calçadas escuras se constituiria em evidente exposição do pedestre a agressões de todas as espécies, potencialmente violadoras de seu patrimônio e, até mesmo, de sua própria integridade física.

Certamente, pequeno exercício de memória é suficiente para lembrar notícias, veiculadas pela mídia, dando conta da ocorrência de saques, furtos, roubos e tantos outros crimes, por ocasião de interrupções involuntárias de energia elétrica (blecautes e apagões) em cidades espalhadas por todo o mundo.

Portanto, é evidente que a iluminação pública está diretamente ligada à segurança pública. E segurança pública é necessidade coletiva. A sociedade necessita dela para subsistir e se desenvolver como tal. Sem segurança pública, a coletividade está fadada à sua inviabilização e conseqüente desagregação.

*ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado*⁶⁵.

*Por sua vez, Celso Antônio Bandeira de Mello, define serviço público como sendo ‘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*⁶⁵.

*Na lição de Odete Medauar, serviço público ‘diz respeito a atividade realizada no âmbito das atribuições da Administração, inserida no Executivo. E refere-se à atividade prestacional, em que o poder público propicia algo necessário à vida coletiva, como por exemplo: água, energia elétrica, transporte urbano. As atividades-meio, por exemplo: arrecadação de tributos, serviços de arquivo, limpeza de repartições, não se incluem na acepção técnica de serviço público*⁶⁵.

*Na lúcida visão de José Cretella Júnior, serviço público é ‘toda atividade que o Estado exerce para cumprir seus fins*⁶⁵, acentuando a característica de prestação estatal.

*Por sua vez, Maria Sylvia Zanella Di Pietro considera serviço público ‘toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público*⁶⁵.

*Atento à evolução dos conceitos, que passam a contemplar, também, os princípios fundamentais, Juarez Freitas define serviço público como sendo o ‘conjunto de atividades essenciais, assim consideradas pelo ordenamento jurídico, prestadas diretamente pelo Poder Público ou mediante delegação executória ‘lato sensu’, tendo em vista atender ao interesse geral e sob regência dos princípios constitucionais de Direito Administrativo*⁶⁵.

Não obstante as variações existentes, note-se que dos conceitos acima mencionados, pode-se destacar uma idéia nuclear comum a todos: prestação estatal que vise à satisfação de necessidades coletivas. Esta idéia parece ser, portanto, o pressuposto a ser observado na instituição de serviços públicos através de consórcios. Existente no caso concreto uma prestação estatal que vise à satisfação de quaisquer necessidades coletivas, estar-se-á diante de um típico serviço público, podendo, portanto, ser gerido de forma associada.

Esta conclusão permite inferir uma série de possibilidades práticas como, por exemplo, a criação de consórcios públicos para prestação de serviços nas áreas da saúde (hospitais intermunicipais)⁶⁵, educação pré-escolar e de ensino fundamental (escolas intermunicipais)⁶⁵, saneamento (usinas intermunicipais de tratamento e reciclagem de resíduos urbanos, estações intermunicipais de tratamento de água e esgoto etc), transportes coletivos (concessão de serviços de transportes coletivos prestados em nível intermunicipal)⁶⁵, fornecimento de energia elétrica (intermunicipalização da concessão do serviço de fornecimento de energia elétrica), iluminação pública (intermunicipalização do serviço de iluminação pública)⁶⁵, entre outros tantos possíveis.⁶⁵”

Esta linha pragmática de raciocínio também permite concluir, via de consequência, que o serviço de iluminação pública, pela sua vinculação direta às questões de segurança pública, também se reveste da essencialidade e necessidade próprias do serviço público *strictu sensu*, caracterizando-se como um serviço próprio do Estado, “*que são aqueles que se relacionam intimamente com as atribuições do Poder Público (segurança, polícia, higiene e saúde pública etc)*”⁶⁶.

7.2.2. Das prerrogativas licitatórias do consórcio público

Cabe referir que há outro relevante fundamento jurídico, agora, sob a ótica do direito administrativo, que enseja a proliferação de consórcios públicos em nosso país. É que em termos de licitações, os consórcios públicos foram agraciados com substanciais vantagens em relação aos outros entes e entidades da administração pública. Por exemplo, o percentual do valor estabelecido, abaixo do qual, a Lei das Licitações prevê dispensa de procedimento licitatório para compras, obras e serviços será de 20% para as aquisições feitas pelos consórcios públicos, contra os 10% estabelecidos⁶⁷, em regra, para a Administração Pública, conforme determina a alteração procedida pelo art. 17 da Lei Federal 11.107/05 na dicção do parágrafo único do artigo 24 da Lei Federal n.º 8.666/93⁶⁸. Trata-se de incentivo legal à consolidação da figura consorcial entre nós, atribuindo-se-lhe a mesma faculdade outorgada às sociedades de economia mista, empresas públicas, autarquias e fundações qualificadas na forma da lei, como agências executivas⁶⁹.

Além disso, há outra importante novidade em termos licitatórios, trazidas pelo Diploma dos Consórcios Públicos⁷⁰. Trata-se da inclusão do parágrafo oitavo (8º) ao art. 23 do Diploma das Licitações, cujo texto autoriza significativa ampliação dos valores determinantes das modalidades licitatórias contidas no art. 23 da Lei Federal n.º 8.666/93, nos casos de consórcios públicos, disciplinando que, quando o consórcio for formado por até três (3) entes da Federação, será aplicado o *dobro* dos valores mencionados no *caput* do aludido artigo e o *triplo* quando formado por número maior de entes.

Assim, examinados os fundamentos políticos e jurídicos do tema em debate, pode-se afirmar que é absolutamente viável instituir um consórcio público para a prestação de serviços de iluminação pública. Certo que tal iniciativa necessitará, como se viu, de esforço redobrado no que pertine ao estabelecimento, em cada município consorciado, da lei tributária instituidora da contribuição para custeio de iluminação pública, fonte de receita eleita, pelo poder derivado constituinte, para fazer frente aos encargos do consórcio especialmente criado para o referido fim.

Por derradeiro, cabe consignar que o instituto consorcial, por ser inovador, implicará necessária mudança de comportamento dos gestores dos Poderes Executivos, nos três níveis federativos, no que tange à busca de soluções viáveis aos inúmeros problemas atrelados à prestação de serviços públicos em nosso país, tudo em conformidade aos princípios fundamentais do direito administrativo, sobretudo os atinentes à economicidade, eficiência e eficácia.

8. Conclusões

⁶⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. Cit.*, p. 327.

⁶⁷ Art. 24, incisos I e II da Lei 8.666/93.

⁶⁸ Art. 17 da Lei Federal n.º 11.107/05.

⁶⁹ Art. 24, Parágrafo único da Lei 8.666/93.

⁷⁰ Art. 17 da Lei Federal n.º 11.107/05.

A realização do presente estudo teve por objetivo verificar a possibilidade jurídica e a conveniência política das Municipalidades brasileiras de criarem um consórcio público para prestação de serviço de iluminação pública, tendo em conta o evidente interesse público envolvido no assunto.

Examinou-se a fonte de receita viabilizadora da aludida prestação de serviço público na modalidade consorcial, realizando-se estudo da contribuição para o custeio da iluminação pública (COSIP), à luz da dogmática tributária, abordando-a segundo dois critérios de classificação de tributos: a) o que leva em conta apenas a hipótese de incidência e; b) o que considera tanto a hipótese de incidência como também a base de cálculo, estabelecendo preponderância sobre esta última. Do estudo resultou a conclusão de que a natureza jurídica do tributo vinculado criado pela EC n.º 39/02 é efetivamente a de contribuição.

A partir daí, prosseguindo-se no desenvolvimento do trabalho, abordou-se a questão normativa do instituto do consórcio público, tanto sob o aspecto constitucional, quanto à luz da Lei Federal n.º 11.107/05, que estabeleceu as normas gerais para a instituição dos ditos consórcios.

Da análise dos conceitos doutrinários, princípios e direito posto, concluiu-se que a criação de consórcios públicos para a prestação de serviços públicos no país é plenamente viável sob o ponto de vista jurídico, considerando-se ainda, que indicaram no mesmo sentido, os argumentos apresentados neste trabalho sob o viés político da questão.

Assim, espera-se que o presente estudo, que não teve a pretensão de ser exaustivo, possa ter contribuído para a instrumentalização do debate jurídico de tão instigante tema, auxiliando, de alguma forma, os estudiosos do assunto na tarefa de buscar o aprimoramento de nossos institutos jurídicos, bem como oferecendo linhas de conduta, com respaldo constitucional, legal, principiológico e doutrinário, a todos aqueles que necessitarem utilizar o instituto consorcial na prestação de serviços de iluminação pública.

1 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 5.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2000.
- ATALIBA, Geraldo. *Estudos e pareceres de direito tributário*. Vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.
- _____. *Hipótese de incidência tributária*. 6.ed.. São Paulo: Malheiros, 2005.
- ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. NBR 6023: *informação e documentação – referência - elaboração*. Rio de Janeiro, 1999.
- _____. NBR 10520: *apresentação de citações em documentos: procedimento*. Rio de Janeiro, 1988.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.
- BREMAEKER, François E. J. de. *Os consórcios na administração municipal*. Rio de Janeiro: IBAM/APCM/NAPI/IBAMCO, 2001.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- CALIENDO, Paulo. *Da justiça fiscal: conceito e aplicação*. Revista Interesse Público, n. 29, janeiro/fevereiro 2005. Porto Alegre: Notadez, 2005, p.159-196.
- FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 4.ed. rev e ampl.. São Paulo: Malheiros, 2004.
- _____. *O controle dos atos administrativos*. 3.ed. rev e ampl.. São Paulo: Malheiros, 2004.
- HARADA, Kiyoshi. *Contribuição para custeio de iluminação pública*. Jus Navegandi, Teresina, a. 7, n. 65, mai. 2003. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4076>. Acesso em 06 abr. 2005.
- JÚNIOR, José Cretella. *Curso de direito administrativo*. 16.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999.
- RAWLS, John. *Uma teoria de justiça*. Tradução Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- LOUBET, Luciano Furtado e LOUBET, Leonardo Furtado. *A natureza jurídica da COSIP – contribuição para o custeio do serviço de iluminação pública*. Revista Tributária e de Finanças Públicas São Paulo. ano 12, n. 56, maio-junho de 2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 190-211.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 23.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 4.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 28.ed. atual. São Paulo: malheiros, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal brasileiro*. 13.ed. atual. São Paulo: malheiros, 2003.

MELO, José Eduardo Soares de. *Curso de Direito Tributário*. 4.ed. São Paulo: Dialética, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 15.ed. ref. ampl. e atual.. São Paulo: Malheiros, 2003.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002

SILVA, Cleber Demetrio Oliveira da. *A regulamentação dos consórcios públicos à luz do projeto de lei n.º 3.884/2004*. Associação Nacional do Ministério Público de Contas – AMPCON –, Brasília, 2005. Disponível em: <http://www.ampcon.org.br/doutrina.htm>. Acesso em 06 abr.2005.

_____. *Lei nº 11.107/05: marco regulatório dos consórcios públicos brasileiros*. Jus Navigandi, Teresina, a. 9, n. 705, 10 jun. 2005. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6872>>. Acesso em: 16 jun. 2005.

WERLANG, Arno. *Aspectos constitucionais da contribuição de iluminação pública*. Interesse Público. Ano 5, nº 27, setembro/outubro 2004. Porto Alegre: Notadez, 2004, p.111-118.