A CHAMADA CONTRIBUIÇÃO DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA (EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 39 DE 2003)

JOSÉ MARCOS DOMINGUES DE OLIVEIRA*

Introdução — A para-fiscalidade — A patologia — A inconstitucionalidade da previsão de uma contribuição de iluminação pública (“CIP”) — Necessidade de lei complementar — Questões tópicas — Contribuintes e Fato Gerador da CIP. A efetiva fruição e custeio do serviço — CIP e o conteúdo do custeio do serviço — CIP e cobrança fixa — CIP e ICMS — Conclusão

Introdução

São de fazer corar as iniciativas legislativas¹ a que o País tem assistido nos últimos anos.

Emendas constitucionais desfiguram o Sistema Tributário Nacional. Dá-se preferência de fato a tributos reais e indiretos, quando a Constituição aponta para a tributação pessoal como prioritária (art. 145, § 1º). Enfatiza-se a tributação sobre *elementos objetivos* do movimento econômico dos contribuintes (como faturamento, receita ou folha de salários) em detrimento da preferência constitucional pela tributação da renda, que é a tributação propriamente pessoal a que alude o citado dispositivo, exatamente porque a *tributação pessoal* é mais justa e consentânea com o princípio cardeal da capacidade contributiva. Tangencia-se o princípio da legalidade

* Professor Titular de Direito Financeiro. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Diretor Científico da ABDF — Associação Brasileira de Direito Financeiro.

1 Sobre o tema da moralidade tributária, cf. Regina Helena Costa (*Moralidade administrativa e tributação*, in *Informativo dos Juizes Federais*, São Paulo: 1997), Ricardo Lobo Torres (*Moralidade fiscal*, in *Estudos em Homenagem ao Professor Caio Tácito*, Carlos Alberto Direito, coord., Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 1998), e o Autor (*As contribuições para-fiscais no sistema tributário nacional e a moralidade fiscal*, in *Estudos Tributários*, Condorcet Rezende, coord. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 1999).

pela criação e prorrogação da vigência de tributos por “remenda” constitucional e não por lei.

Malgrado a posse de um Governo “de mudanças”, o que se tem visto em matéria de política tributária é a mesmice do aumento de carga fiscal. Alega-se que a projetada “reforma tributária” (que deveria ser concebida para racionalizar e minorar a tributação) apenas não produzirá aumento da carga tributária, mas, ainda assim, ao que se assiste é a antecipação dessa providência sobre as menores capacidades contributivas, por lei ordinária, haja vista as recentes elevações de alíquotas do SIMPLES para certas prestadoras de serviço (MP nº 107, de 10.02.03 convertida na Lei nº 10.684/03, art. 24) e da base de cálculo da CSLL sobre as prestadoras de serviço que recolhem IR na base de lucro presumido (art. 22).

O dever fundamental de pagar tributos² decorre de o Estado receber atribuições de que se deve desincumbir em prol dos indivíduos que o criaram e, por conseguinte, têm estes que contribuir para os rateios da coletividade por princípio de solidariedade social. Ocorre que, em face daquele dever básico do Cidadão, há que ser respeitado o correspondente “direito fundamental de contribuir conforme a capacidade econômica” no dizer da jurisprudência do Tribunal Constitucional da Espanha citada por HERRERA MOLINA³.

Assim eticamente concebido, o tributo baseia-se no interesse social, resultante da possibilidade que tem o indivíduo, integrante da Comunidade, de concorrer para o sustento desta na medida de suas forças, o que, em síntese apertada, determina a formulação do princípio da capacidade contributiva como fundamento do tributo, o que tem a ver com as convicções mais profundas da Cidadania e do Estado de Direito.

Refletindo a realidade do fenômeno econômico-financeiro, o Direito construiu historicamente uma classificação dos tributos levando em conta a natureza (fatos geradores⁴) das manifestações de capacidade contributiva em cotejo com sua vocação ao atendimento das necessidades do Tesouro em mutação dinâmica (finalidade).

Contribuições de melhoria justificam-se pela interdependência entre uma certa manifestação de riqueza qualificada pelo gasto público que a ensejou; impostos correspondem a manifestações genéricas de capacidade contributiva e por isso se vocacionam a financiar as tarefas gerais do Estado; taxas são a contrapartida do exercício de potestade pública singularmente provocado pela atividade particular ou pelo interesse privado.

2 José Nabais. *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*. Coimbra: Almedina, 1998.

3 Pedro M. Herrera Molina. *Capacidad económica y sistema fiscal*. Madrid: Ed. Marcial Pons, 1998, pp. 68 e ss. “Deve insistir-se nesta idéia: o princípio da capacidade econômica constitui a medida geral da igualdade para a repartição da carga impositiva, a ponto de se poder falar de um direito fundamental a contribuir conforme a capacidade econômica” (in *Derecho Tributario Ambiental*. Madrid: Ed. Marcial Pons, 2000, pp. 162-163).

4 Por todos, Dino Jarach. *O Fato Imponível*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1989 (tradução de Dejalma de Campos da 3ª. edição argentina, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1982) e Amílcar de Araújo Falcão. *Fato Gerador da Obrigação Tributária*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 4ª. edição, 1977.

Ulteriormente, circunstâncias históricas determinaram que o Estado viesse a desempenhar tarefas públicas especiais constitucionalmente previstas (amparo social, fiscalização profissional, intervenção na economia), destacadas da administração central do Estado contemporâneo. Sem que se alterasse de fato aquela clássica classificação tripartite dos tributos, surgiram então as chamadas contribuições para-fiscais destinadas a servirem de instrumento financeiro dessa nova atuação estatal. Registre-se que o princípio de solidariedade social em conjunto com o princípio da destinação pública dos tributos se especializa aqui através da afetação da receita respectiva, pois que sua finalidade específica é que lhes garante legitimidade, devendo ser atendida pela verba arrecadada destinada a garantir o atendimento de um valor constitucionalmente tutelado de forma prioritária.

Da inserção ou não da chamada contribuição de iluminação pública nesses padrões doutrinários é que nos ocuparemos neste trabalho.

*A parafiscalidade*⁵

Como exposto em nosso *Contribuições para-fiscais, finalidade e fato gerador*⁶, a parafiscalidade e a contribuição para-fiscal nasceram com a intervenção estatal na ordem econômica e social, e com a descentralização administrativa necessária à sua implementação. Daí a umbilical, ontológica e necessária afetação da contribuição como receita própria das entidades da Administração Pública Indireta incumbidas daquela nova tarefa. Nas palavras de FRANÇOIS QUÉROL⁷, "... é certo que a parafiscalidade é o fruto do intervencionismo do Estado na medida em que o imposto, classicamente destinado à cobertura das despesas públicas do "Estado-gendarme" investido das missões de polícia, justiça, diplomacia... parece inadaptado".

A criação de entidades paraestatais, com personalidade jurídica própria (Administração Indireta), assumindo funções das quais a Administração Direta não dava conta, fez surgir a necessidade de novas receitas *paralelas* ao orçamento fiscal (daí *para-fiscais*) para financiar as correspectivas despesas, assim, descentralizadas ensejando a satisfação da finalidade interventiva no campo social ou econômico.

5 Mantemo-nos fiéis à terminologia parafiscalidade por exprimir ela um fenômeno histórico que não pode ser olvidado no estudo das contribuições, que são apenas a consequência fiscal (ou para-fiscal) da descentralização administrativa que se verificou no mundo neste século, especialmente a partir dos anos 30 e intensamente após a 2ª Guerra Mundial. Contribuições para-fiscais é a terminologia também utilizada pela melhor doutrina [por todos, Baleeiro, na sua *Introdução à Ciência das Finanças*, e Ulhôa Canto, in *Contribuições Sociais*, Caderno de Pesquisa Tributária (Martins, Ives Gandra da Silva, coord., São Paulo, Centro de Extensão Universitária e Resenha Tributária, 1992, pp. 25-67) e pelo Supremo Tribunal Federal (RE nº 138.284, de 1.7.92)].

6 in *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo: Ed. Dialética, v. 73, pp. 50-65, outubro-2001.

7 *La parafiscalité*. Paris: CNRS Éditions, p. 5. "A parafiscalidade, instrumento do intervencionismo, possui uma história que depende, muito estreitamente, da situação econômica do país" (*op. cit.*, p. 7).

Afetava-se um patrimônio estatal a um novo ente administrativo; afetava-se-lhe uma receita própria para que com ela se desincumbisse da tarefa a ser descentralizadamente executada. Foram assim referidas no Inventário Schumann (1947) as receitas parafiscais.

Não obstante as diversas definições e classificações que a doutrina e até a jurisprudência brasileira tem formulado, das quais em boa parte divergimos, conceituamos contribuição parafiscal como o tributo devido a entidades paraestatais em razão de atividades públicas especiais por elas desenvolvidas e as classificamos em contribuições sociais, econômicas ou de intervenção na ordem econômica, e corporativas⁸, que, aliás, atende a critério finalístico e está no art. 149 da Constituição, mesmo após a promulgação da Emenda nº 33, de 2001.

Mas a circunstância de a Administração Pública desenvolver uma atividade específica com os recursos arrecadados através das contribuições não tem o condão de desqualificá-las como verdadeira taxa ou típico imposto, conforme o respectivo fato gerador esteja ou não vinculado a uma atuação estatal específica referida diretamente ao contribuinte.

Assim, afigura-se defeituoso o § 6º do art. 150 *in fine* da Constituição, que, ao prever a necessidade de lei específica para a concessão de, entre outras, anistias e isenções tributárias, se refere a “tributos e contribuições”, no que é seguido por um sem-número de leis.

Consignamos, *data venia*, o equívoco em que incorre o E. Supremo Tribunal Federal ao vislumbrar nas contribuições uma nova espécie tributária, mesmo quando nelas reconhece fato gerador e base de cálculo próprios do imposto, como se deu nos casos da CSLL⁹ e da CPMF¹⁰, só porque a Constituição usa daquele vocábulo nos capítulos sobre a tributação, ao lado de impostos e taxas, procedendo a interpretação literal sem apego à história e à ontologia do instituto. Mereceria aplauso a Excelsa Corte se procedesse a interpretação teleológica do texto à luz da doutrina das contribuições. Seria ela destinatária de encômios, como os que lhe foram destinados quando, corajosamente, proclamou que, malgrado a Carta de 1967 (Emenda nº 1, de 1969), referir-se a dois tipos de empréstimo compulsório, um a ser instituído em casos especiais e outro em casos excepcionais, na verdade incidira ela em erro material, pois só existia (e só existe) uma figura de empréstimo coativo, com natureza, sempre, de tributo (RE nº 111.954 (Relator Ministro Oscar Correa¹¹).

O fato é que tanto a Constituição de 1988 (art. 145) como o Código Tributário Nacional (art. 5º), corretamente adotaram a classificação tripartite dos tributos em

8 As contribuições corporativas no Brasil, como as sindicais e as anuidades profissionais, aparecem ligadas a um modelo da Era Vargas, que já deveria estar superado pela democracia pluralista.

9 Acórdão proferido no RE nº 138.284 (Relator Min. Carlos Velloso), que julgou a CSLL, a qual, a nosso ver, é uma contribuição com fato gerador de imposto, rigorosamente um imposto de renda adicional com a destinação especial (custeio da seguridade social).

10 Adin nº 1497, Relator Ministro Marco Aurélio de Mello (medida cautelar negada em 5.10.96).

11 Considerou-se superada a Súmula 418. No mesmo sentido, o RE nº 120.243 (Relator Ministro Sepúlveda Pertence).

impostos, taxas e contribuições de melhoria; ora, embora inexista na Carta qualquer dispositivo designando as contribuições parafiscais e os empréstimos compulsórios expressamente como tributos, Doutrina e Jurisprudência são uníssonas em considerá-los como tal, tendo em vista a sua ontologia essencialmente tributária, consoante a teoria geral do direito tributário. Indaga-se então por que a relutância em reconhecer-se (como de resto simetricamente fez AMÍLCAR FALCÃO¹² em matéria de empréstimo compulsório, tendo-o como imposto restituível) a inserção também das contribuições nas categorias imposto ou taxa quando seus fatos geradores e bases de cálculo são de verdadeiros impostos ou taxas, critério doutrinário, afinal, abraçado pelos artigos 145, § 2º, e 154, I, da mesma Constituição de 1988?

E a finalidade, que não descaracteriza o empréstimo compulsório como tributo do tipo imposto, só que o faz um imposto com destinação específica (a restituição¹³), também não descaracteriza a contribuição como tributo do tipo imposto ou do tipo taxa, só que imposto ou taxa com destinação específica (atender a uma tarefa especial no campo da tutela social, econômica ou profissional).

Não obstante sua identidade substancial com as espécies imposto ou taxa, é essa finalidade específica que é própria das contribuições que as singulariza ou adjetiva juridicamente de modo notável.

Não parece ser a solidariedade especial que une certos grupos sociais (RICARDO LOBO TORRES¹⁴), a qual determinaria a restrição do universo de contribuintes àqueles que teriam algo a ver com as atividades estatais desenvolvidas com os correspondentes recursos (MARCO AURÉLIO GRECO¹⁵), que desempenha aqui o papel decisivo e sobranceiro. Esta a razão pela qual, respeitosamente, divergimos da orientação do Colendo Supremo Tribunal seguida no julgamento dos Recursos Extraordinários nºs 209.365, 218.061 e 214.428, em que os eminentes Ministros ILMAR GALVÃO e NELSON JOBIM capitanearam a tese vencedora de que o Adicional de Tarifa Portuária seria uma contribuição de intervenção econômica porque devida por uma categoria específica de usuários de serviços portuários que a eles dizem respeito de forma direta. A não ser, excepcionalmente, em matéria específica de contribuições corporativas, não se justifica esse atrelamento. E tal atrelamento tem raízes históricas que remontam às Corporações de Ofícios das Idades Média e Moderna europeias¹⁶.

Pensamos que a peculiaridade singularizadora de todas as contribuições está na sua *finalidade, que é, pela sua destinação específica, vinculada ao fato gerador.*

12 *Conceito e Espécies de Empréstimo Compulsório*, in Revista de Direito Público, v. 14, pp. 38-46, 1970.

13 FALCÃO, *op. loc. cit.*

14 *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 1996, 3ª. ed., p. 351.

15 *Contribuições (uma figura "sui generis")*. São Paulo: Ed. Dialética, 2000, pp. 83-84.

16 As contribuições corporativas no Brasil são um capítulo à parte nessa história de desacertos contributivos, bastando lembrar que a contribuição sindical nasceu "imposto sindical", sendo até hoje a sua obrigatoriedade correlata ao sindicalismo que se pode construir no País a partir da Era Vargas.

Trata-se de impostos ou taxas em cujos fatos geradores está inserida estruturalmente uma finalidade justificadora especial. Aliás, registrem-se agora as loas, o próprio Supremo Tribunal reconheceu nesta uma característica relevante da citada contribuição ATP (“investimento nas instalações portuárias”). De fato, não basta para a instituição das contribuições a simples destinação pública genérica do tributo a que aludiu A. D. GIANINNI. É necessária a destinação específica desejada pela Constituição.

Interessante notar que a Constituição positivou a vinculação da justificativa da instituição das contribuições (“como instrumento” de ação da União nas respectivas áreas — art. 149). A Emenda Constitucional nº 33, de 2001, determina expressamente específica destinação aos recursos arrecadados com a CIDE (art. 177, § 4º, II).

Em decorrência dessa finalidade (ou destinação) específica, é também necessária a afetação¹⁷ das contribuições a entidades paraestatais que exerçam descentralizadamente as atividades públicas especiais que justificam a sua instituição. A propósito, o ilustre Ministro ILMAR GALVÃO ressaltou no julgamento dos “leading cases” citados que a contribuição ATP “não objetiva () reforço do caixa único do Tesouro”.

17 Cabe neste ponto lembrar a opinião de Werther Botelho, para quem “os ingressos são a medida dos gastos”, e, especificamente em matéria de contribuições, a arrecadação “não integra livremente o orçamento fiscal da União, estando diretamente vinculado a orçamento autônomo ou ainda a fundos ou despesas específicas”. Outrossim, a unicidade do fenômeno financeiro tem sido realçada pela recente doutrina espanhola no sentido da “necessária coordenação entre ingressos e gastos públicos”. Enseja-se, pois, um criterioso controle constitucional de proporcionalidade entre os meios (tributo, seja contribuição parafiscal, seja empréstimo compulsório) e os fins (destinação específica), como já tivemos oportunidade de sustentar, em sede de tributação extrafiscal, no nosso *Direito Tributário e Meio Ambiente — Proporcionalidade, Tipicidade Aberta, Afetação da Receita*. Por essas razões, *venia concessa*, renova-se a respeitosa crítica à decisão tomada pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL quando admitiu a arrecadação, pela Administração Direta, da contribuição social sobre o lucro das pessoas jurídicas, prevista no capítulo constitucional da seguridade social; parece posicionamento fundamentado em doutrina superada pela Carta Magna que, ademais, enseja ao Executivo margem de manipulação sobre os recursos das contribuições. Afinal, se os recursos são afetados, por exemplo, à Seguridade, qual a razão legítima para não serem arrecadados pela Seguridade? Como diria, JOSÉ CASALTA NABAIS, “estranha relação tributária seria essa em que os pretensos sujeitos activos (a região e o município) jamais se encontram com o correspondente sujeito passivo (o contribuinte) e em que aqueles só intervêm, ao fim e ao cabo, quando os impostos já foram pagos e as respectivas obrigações fiscais já se encontram extintas”, o que se traduziria, entre nós, pela cotidiana perplexidade de o sujeito passivo das contribuições ter uma relação jurídico-tributária com o Estado-Administração Direta, de quem nada recebe, quando a relação administrativa, de fundo, justificadora do tributo, se estabelece com uma outra pessoa jurídica, isto é, a entidade paraestatal encarregada da tarefa pública especialmente tutelada pela Constituição, que fica, ademais, sem um adequado e tempestivo controle de proporcionalidade e moralidade fiscal... Por outro lado, ao vislumbrar nas contribuições um tipo tributário, diverso do imposto e da taxa, a SUPREMA CORTE enseja perplexidades, *data venia*, porque admite que haja um regime jurídico-tributário essencialmente diverso para elas, como se não lhes fossem ontológica e imediatamente aplicáveis princípios tais que, por exemplo, os da capacidade contributiva, da seletividade e da progressividade, que a Constituição refere expressamente apenas em relação aos “impostos” (cf., do Autor, *Contribuições parafiscais, finalidade e fato gerador*, cit., onde estão lançadas as referências doutrinárias aqui reproduzidas).

De lamentar-se, porém, a reiterada admissão da legitimidade da afetação das contribuições e da ATP em particular, apenas como “receita vinculada da União” e não das entidades da Administração Indireta que exercem as atividades públicas especiais justificadoras dessas exações.

A patologia

Essa visão equivocada das contribuições parece decorrer de um discurso que olvida a “unidade do fenômeno financeiro” que HERRERA MOLINA¹⁸, citando Tipke e Sáinz de Bujanda, indica como “elemento de coordenação” do sistema tributário ao lado do princípio da capacidade contributiva, seu “elemento de coesão”, já que o sistema, por definição, não é um aglomerado caótico de exações.

O resultado dessa leniência interpretativa tem sido uma progressiva subversão do sistema tributário nacional, no texto constitucional, através da deformação casuística das contribuições. Primeiro tentou-se desqualificá-las como tributo (Emenda 8, de 1977); depois criaram-se contribuições previdenciárias desconectadas dos custos da mão-de-obra; admitiu-se imposto (ex-IPMF) desavergonhadamente disfarçado de CPMF que *todos pagam* sobre um *nada de capacidade contributiva*, com receita afetada contra a letra do art. 167, IV, da Constituição, que a Relatoria da dita *Reforma Tributária* propõe “desvincular”, juntamente com a CIDE, quando ambas têm finalidade constitucional expressa; cogita-se de distribuir CIDEs aos entes locais quando somente a União pode instituir contribuições para custeio da “sua atuação” interventiva na ordem econômica (art. 149); pior, projeta-se uma Contribuição sobre Movimentação Financeira com finalidade extrafiscal redistributiva de renda, a deixar despidamente evidente o seu desvio de finalidade ontologicamente fiscal, que é a garantia da universalização do serviço de saúde. É o reconhecimento de que no Brasil as contribuições nada mais são do que verdadeiros impostos gerais que fraudam os fundos de participação dos Estados e Municípios (que, agora, se cansaram de ser preteridos em seus direitos constitucionais).

É nesse quadro de desastre *alucinado* e de *desintegração da personalidade* de nosso sistema tributário, pois que parece que desajustes e pressões insuportáveis terão levado à *psicose fiscal* de nossos Legisladores e Administradores Tributários, refletida no verdadeiro *teatro do absurdo* em que se transforma a busca doentia de receitas públicas que dêem cabo de uma histórica inabilidade e ineficácia na condução das finanças públicas nacionais, é nesse quadro patológico¹⁹, repita-se, que se chegou a produzir esse monstro jurídico que é a malsinada Contribuição de Iluminação Pública.

18 *Capacidad económica y sistema fiscal*, cit., pp. 109-110. Seria o caso de cogitar da formulação de um *princípio do justo gasto do tributo afetado*, como propõe Roberto Wagner Lima Nogueira, no trabalho *Pensando a CIP*, in RT Tributária e Finanças. São Paulo: n° 50, maio-junho 2003, pp.249-256.

19 Cf. o “manicômio jurídico-tributário” brasileiro exposto por Alfredo Augusto Becker in *Teoria Geral do Direito Tributário*, São Paulo: Saraiva, 1963, pp. 6 e ss.

Na verdade, a cada *ajuste fiscal* no que se travestem emendas constitucionais e *mini-reformas* e propostas de *reformas* tributárias, o que se vê é um crescente de desajustes e um contorcionismo casuístico incompatível com a racionalidade que deve presidir a idéia fundamental de sistema tributário, concebido doutrinariamente como um todo orgânico de exações pecuniárias compulsórias destinadas a atender às necessidades públicas.

A inconstitucionalidade da previsão de uma contribuição de iluminação pública ("CIP")

O novo art. 149-A introduzido pela Emenda Constitucional nº 39, de 2002, admite que os Municípios e o Distrito Federal instituam contribuição

“na forma das respectivas leis, para o custeio do serviço de iluminação pública, observado o disposto no art. 150, I e III”,

facultando

“a cobrança da contribuição (...) na fatura de consumo de energia elétrica”.

Data venia de certos setores da Doutrina que admitem a legitimidade de emendas constitucionais *retificadoras* da jurisprudência do Supremo Tribunal, trata-se, preliminarmente, de uma afronta legislativa à pacífica jurisprudência do Egrégio Supremo Tribunal Federal que deu pela inconstitucionalidade de diversas pretensas taxas municipais de iluminação pública.

E se considera afrontosa a Emenda, pois a Suprema Corte já afirmou que o serviço de iluminação pública deve ser custeado por impostos gerais, o que está expresso em inúmeros de seus julgados.

Sendo o STF o órgão jurisdicional competente para interpretar a Constituição, da qual é guardião, tem-se que uma Emenda promulgada por um Poder derivado que é o Congresso Nacional não pode invadir competência assinalada pela Carta Magna a outro Poder, o Judiciário, máxime quando este, interpretando o Texto Supremo (art. 145, II), afirmou que o serviço de iluminação pública é um serviço que não interessa a qualquer grupo de contribuinte que possa ser identificado como responsável pelo seu custeio, mas, sim, um serviço geral e indivisível a ser financiado pelos impostos gerais.

Portanto, a iniciativa legislativa em questão parece constituir-se numa fraude à coisa julgada e via de consequência atinge a independência do Judiciário e a harmonia que deve existir entre os Poderes da República, violando assim o art. 60, III, da Constituição que erige em cláusula pétrea a separação de poderes; afigura-se, assim, inconstitucional a Emenda que inclui o art. 149-A, o que merece ser reconhecido exatamente pelo Supremo Tribunal.

Outra inconstitucionalidade em que incide a Emenda 39 é a que consiste em *alvejar o pacto federativo subjacente à partilha tributária*, pois ela enseja que uma tributação municipal restrinja o gasto de energia elétrica que é privativamente sujeito ao ICMS (art. 155, § 3º, da Constituição), criando um incremento fiscal desestimulador do consumo, base de cálculo daquele mais importante imposto estadual, assim corroído em sua potencialidade. Caso nítido de desequilíbrio da equação econômi-

co-financeira entre Estados e Municípios, que é expressão do pacto político da Federação. Assim, também por esta razão, a Emenda violou cláusula pétrea da Carta Magna (art. 60, I).

O serviço de iluminação pública enseja a plena utilização do espaço público quando parca ou ausente a luz natural nas ruas e praças. Tem a finalidade de dar destinação a bens de uso comum do povo ao, e após, o anoitecer. Nesse sentido, é serviço propiciador do exercício de um direito fundamental, qual seja o de ir e vir em segurança, e, nesse sentido, conexo a outro serviço estatal, qual seja o de segurança pública²⁰, que, em última análise, deve assegurar a fruição daquela garantia constitucional.

Iluminação pública interessa, portanto, não apenas ao proprietário de terrenos ou prédios lindeiros com o espaço público, mas a todos quantos se valem dos pré-citados bens de uso comum, como ambulantes, pedestres e viajantes (providos ou não de visão, já que a visibilidade destes por outrem também é fator de sua própria segurança).

O serviço em questão não se qualifica, assim, como *uti singuli* porque é oferecido à totalidade dos membros da Comunidade que, permanente ou circunstancialmente, usufrui de bens que são de *uso comum* do povo.

Não é por outra razão, que a Doutrina²¹ e a Jurisprudência²² proclamam ser a iluminação pública um serviço *uti universi*, não específico e não divisível, insuscetível de remuneração por taxa e que não há uma possível circunscrição a um grupo de pessoas do interesse na manutenção da sua prestação. Atente-se que o Supremo Tribunal desqualificou como taxas as pretensas cobranças por iluminação pública exatamente porque ausente um fato gerador legítimo (serviço público específico e divisível — art. 145, II da Carta Política). E não se podendo cogitar de contribuição de melhoria para financiar serviço, mas apenas obras públicas (art. 145, III), a figura tributária adequada a servir de fonte de custeio seria mesmo o imposto, como ressaltam os acórdãos do Supremo Tribunal.

Ou seja, iluminação pública, serviço geral, só pode ser financiada por imposto geral.

Ora, se assim é, e à minguia de autorização dos artigos 153, 155 e 156 da Constituição, somente um *aumento* de impostos municipais ou um *novo imposto residual* poderia ser cogitado como a necessária fonte de custeio do serviço de iluminação pública pelos Municípios. A primeira alternativa não foi adotada, obvia-

20 O serviço de segurança pública é de competência estadual e o desestímulo ao consumo de energia elétrica, base de cálculo do ICMS, termina por reduzir a receita tributária estadual e é fator que contribui para a redução da capacidade financeira dos Estados de prover adequadamente segurança pública aos cidadãos.

21 Hely Meirelles — *dir. municipal e dir administrativo brasileiro* Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: 24ª ed. atualizada, Malheiros, p. 300.

22 Cf. RE 100.729-SC, RE 231.764, AI 231.132 AgR-RS, e RE 233.332-RJ, onde se lê: “Taxa de Iluminação Pública (...) Tributo de exação inviável, posto ter por fato gerador serviço inespecífico, não mensurável, indivisível e insuscetível de ser referido a determinado contribuinte, a ser custeado por meio do produto da arrecadação dos impostos gerais.”

mente. A segunda seria inviável por caber na competência federal (art. 154, I), que não se pode imiscuir nos serviços municipais *ex vi* dos arts. 29 e 30 da Constituição; e Emenda que a determinasse quebraria o pacto federativo (art. 60, I).

Necessidade de lei complementar

Ainda que se admitisse para argumentar a legitimidade da Emenda 39, designando validamente como contribuição àquilo que é imposto para aproveitar-se imoralmente do precedente jurisprudencial que admitiu a CPMF no lugar do IPMF, note-se que, no caso da iluminação pública, não se referiu a Emenda, como no primeiro caso, a um fato gerador e base de cálculo individualizável (movimentação financeira do contribuinte), mas apenas a um serviço público geral a ser financiado.

Ora, não provendo a Constituição, como se fizera no caso da CPMF, quanto àqueles elementos fundamentais e estruturais do tributo, tipicamente um imposto para financiar um serviço geral, então, a matéria refluí necessariamente para o campo da lei complementar (art. 146, III), que definiu seu fato gerador, base de cálculo e contribuinte.

Também se impõe a necessidade de lei complementar prévia à instituição das CIPs nos termos do art. 146, I, da Carta Federal porque, como se vê de diversas leis municipais editadas de afogadilho ao final de 2002, a possibilidade de cobrança “na fatura de consumo de energia elétrica” enseja a *invasão de competência estadual pela desavisada confusão de bases de cálculo do ICMS (consumo privado de energia elétrica) e da malsinada contribuição municipal, como de fato vem ocorrendo em algumas Prefeituras*. O mesmo se diga da distribuição de competências administrativas entre a União, os Estados e os Municípios para construir e manter suas próprias rodovias e prover iluminação pública em estradas federais e estaduais no território municipal (dentro ou fora do perímetro urbano) e seu reflexo na competência tributária em matéria de CIP, tudo a exigir uma lei complementar que resolva o conflito de que se trata.

No sentido assinalado, o Supremo Tribunal Federal julgou inconstitucionais todas as leis estaduais que, sem prévia edição de lei complementar nacional, instituíram os adicionais de imposto de renda (art. 155 na redação original de 1988). Naquela decisão²³, o STF, pelo voto do Ministro Octávio Gallotti, deu precedência ao art. 146, III, sobre o art. 24, § 3º, considerando que quando há risco de conflito de competência tributária não podem os Estados criar tributo, mesmo que privativamente estadual, apesar da mora do Congresso Nacional em editar normas gerais.

23 RE 136.215 / RJ, julg. Em 18.02.93: “Adicional estadual do imposto sobre a renda (art. 155, II, da C.F.). Impossibilidade de sua cobrança, sem prévia lei complementar (art. 146 da C.F.). Sendo ela materialmente indispensável à dirimência de conflitos de competência entre os Estados da Federação, não bastam, para dispensar sua edição, os permissivos inscritos no art. 24, § 3º., da Constituição e no art. 34, e seus parágrafos, do ADCT. Recurso extraordinário provido para declarar a inconstitucionalidade da Lei n. 1.394, de 2.12.88, do Estado do Rio de Janeiro, concedendo-se a segurança.”

Questões tópicas

Abstraindo-se as preliminares acima arroladas, examinamos alguns temas que ajudarão a corroborar na prática a inconstitucionalidade do instituto inusitado posto na Constituição pela Emenda 39, de 2002.

Contribuintes e Fato Gerador da CIP. A efetiva fruição e custeio do serviço

Os serviços de energia elétrica (de onde provém a iluminação pública) não são de competência dos Municípios, mas da União Federal (art. 21, XII, “b”), que os pode conceder, e tem concedido, a empresas privadas. O que devem os Municípios é pagar à Concessionária a fatura do seu consumo pela iluminação do espaço público municipal que contrata à mesma Concessionária. A CIP se destina a dotar os Municípios de recursos financeiros específicos para fazer face a essa despesa.

Atente-se que essa é uma destinação estritamente *fiscal* (*custeio* de uma atividade pública tradicional, que é prover segurança); portanto, nada tem a ver com a idéia doutrinária e legislativa (art. 149 da Constituição) de construção ou realização de um projeto social ou econômico do Estado, que atenda a um valor especialmente protegido ou tutelado, geralmente identificado com um fim assistencial ou desenvolvimentista. Essa circunstância põe a nu a completa inadequação da tentativa de qualificação da exação de que se trata como *contribuição*, mesmo para aqueles que têm a contribuição como uma espécie original de tributo.

Como o fornecimento de energia não é juridicamente um serviço público essencial, de utilização compulsória por força do exercício de potestade estatal²⁴, é delegável e, pois, não se submete ao regime jurídico tributário (taxa), mas ao regime administrativo da *tarifa*²⁵, tem-se que somente onde houver efetiva entrega desse serviço poderá haver cobrança de tarifa ao Município e conseqüentemente *custeio* a ser rateado através da CIP.

Põe-se, então, o problema de saber se haveria como a lei municipal selecionar contribuintes *idôneos* da CIP.

Desde logo, uma questão de isonomia se impõe: se todos são iguais perante a lei e se todos os municípios usufruem da iluminação pública, então todos deveriam pagar CIP, sem exceções, *per capita*, o que levaria a CIP a se assemelhar a um imposto de residência, conhecido em alguns países, como o Japão, mas não previsto na Constituição brasileira. Nesse caso, a cobrança da CIP, porta-a-porta, deveria ser precedida de um cadastramento da população, tudo a se antever impraticável em país que não tem tradição na matéria.

24 Cf. Flávio Bauer Novelli, *Apontamentos sobre o Conceito Jurídico de Taxa*, in Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Ed. Renovar-FGV, v. 189, p. 1 e seguintes.

25 Aliomar Baleeiro anota que a rigor “tarifa é a tabela dos preços e não os preços em si” (*Uma Introdução à Ciência das Finanças*. Rio de Janeiro: 13ª ed., atualizada por Flávio Bauer Novelli, Forense, 1981, p. 123).

Num devaneio completo, a Prefeitura de Petrópolis²⁶ (RJ) considera contribuinte da CIP “toda pessoa, física ou jurídica, proprietária ou possuidora, a qualquer título, de imóvel localizado no Município”, o que abrange até fazendas no mais isolado rincão do seu território a que se chegue por estrada vicinal sem iluminação pública, até porque uma das bases de cálculo da CIP petropolitana é a dimensão do “terreno, no caso de imóveis não atendidos pelo serviço público de energia elétrica” (!), o que parece francamente absurdo porque a propriedade não está em conexão com o serviço de iluminação e sim eventualmente o fato de residir no Município e, pois, usar do serviço de iluminação pública.

Ora, nesse exagero extremo não incorre o Distrito Federal²⁷, que considera contribuinte “o proprietário, o titular do domínio útil ou o possuidor, a qualquer título, de unidade imobiliária localizada em área servida por iluminação pública”. Aqui já há alguma especificação restritiva, mas ainda assim refere-se a lei à figura do imóvel como centro da preocupação da CIP, quando o correto seria identificar o munícipe utente do serviço de iluminação pública.

A possibilidade aberta pela Emenda 39 de cobrança da CIP nas faturas do serviço de fornecimento de energia domiciliar²⁸ deve ser vista, porém, com reservas: parece evidente a inexistência de relação entre o utente do serviço de fornecimento de energia elétrica domiciliar e o beneficiário do serviço de iluminação pública, pois que aquele usufrui de serviço *uti singuli* e este de serviço *uti universi*.

Tais serviços são independentes entre si e o fato de um consumidor valer-se ou não, pouco ou muito, do serviço de fornecimento individualizado de energia não repercute no custo do serviço de iluminação pública.

A circunstância de boa parte da população ser atendida pelo serviço de fornecimento de energia domiciliar terá inspirado a Emenda 39 a admitir a cobrança da CIP na fatura correspondente. Mas isso não significa autorização para cobrança ou isenção de CIP *em função do consumo individual*, como Curitiba²⁹ e Natal³⁰ têm feito, pois não há correlação lógica³¹ entre consumo privado e consumo público. Basta lembrar que não são raras as localidades onde embora haja fornecimento do serviço *uti singuli* o serviço de iluminação pública não está presente.

Prova legislativa tributária da independência dos serviços em questão é o inciso IV do § 1º do art. 32 do CTN que inclui entre os elementos necessários para qualificação de um imóvel como urbano “rede de iluminação pública com OU SEM posteamento para distribuição domiciliar”: ou seja, no Brasil um imóvel pode ser considerado em área urbana mesmo quando não seja servido por energia elétrica.

26 Lei nº 5.951, de 26.12.2002, art. 2º.

27 Lei Complementar nº 673, de 27.12.2002, art. 4º, § 2º.

28 Medida facilitadora da arrecadação há muito abonada pelo § 3º do art. 7º do CTN, que nunca considerou delegação de competência tributária o cometimento a empresas do encargo de arrecadar tributo.

29 Lei Complementar 46, de 26.12.2002, art. 4º.

30 Lei Complementar 47, de 30.12.2002, art. 7º, I.

31 Critério proposto por C. A. B ANDEIRA DE MELLO in *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2ª. edição, 1984, p. 27.

Por outro lado, para tributar pelo IPTU o proprietário de um imóvel, basta à Prefeitura a existência de apenas quaisquer dois dos outros melhoramentos citados no § 1º do artigo 32 do CTN (I — meio-fio ou calçamento, II — abastecimento de água, III — sistema de esgotos sanitários, e V — escola primária ou posto de saúde próximo), sendo inexigível para tanto o serviço de iluminação pública (IV). Em outras palavras, o padrão brasileiro de *urbanismo fiscal* admite que haja urbanização sem iluminação pública.

Nessas circunstâncias pode-se conceber a hipótese de um munícipe que reside e tem seu negócio em localidades sem iluminação pública, mas atendidas pela iluminação domiciliar, que não só por razões de horário de expediente mas também de segurança só se desloca à sede do Município durante o dia, retornando antes do anoitecer. Pergunta-se, como cobrar CIP de um munícipe quando não se lhe é prestado o serviço de iluminação pública? A cobrança aqui equivaleria a uma sobretarifa similar à já derrubada pelo STF (sobretarifa de telefonia), com a peculiaridade ainda mais esdrúxula de ser um adicional municipal a uma tarifa de serviço público federal.

Em conclusão não pode o munícipe ser considerado contribuinte da CIP pelo simples fato de estar ligado à rede de fornecimento de energia domiciliar, como o fazem algumas leis municipais, como as de São Paulo e Curitiba³².

CIP e o conteúdo do custeio do serviço

Também não se pode aceitar que a CIP financie mais do que o custo do serviço de iluminação pública para o Município, que é medido pelo consumo objeto da fatura encaminhada à Prefeitura pela concessionária de distribuição de energia elétrica, ou seja, tarifa e encargos legítimos (como é o caso da recomposição tarifária extraordinária determinada pelo art. 4º da Lei 10.438, de 2002³³).

Ficam de fora, portanto, obras de extensão e melhoramento da rede elétrica pública que são encargos contratuais dos concessionários e para os quais ou não há repasse possível ou se os houver, excepcionalmente, o são a título de participação do consumidor (Município) no *investimento* respectivo. Não se perca de vista que segundo a Ciência das Finanças o preço público já é “fixado de modo que cubra toda a despesa com o serviço que justifica sua cobrança”, nas palavras de BALEEIRO³⁴, e que pelo Direito Administrativo o custo da prestação do serviço público é um dos componentes necessários da tarifa, compreendendo remuneração que atenda

32 Lei paulistana nº 13.479, de 30.12.2002: art. 3º — Contribuinte é todo aquele que possua ligação de energia elétrica regular ao sistema de fornecimento de energia. Lei Complementar nº 48, de 28.12.2002, de Curitiba: art. 2º — Contribuinte é o consumidor de energia elétrica.

33 Do Autor, Natureza jurídica da recomposição tarifária extraordinária e dos rateios cobrados dos consumidores de energia elétrica (arts. 1º e 4º da Lei 10.438), in *Grandes Questões Atuais do Direito Tributário* — 6º volume. São Paulo: Ed. Dialética, 2002, p. 241- 261.

34 *Op. loc. cit.*

à “manutenção, o aperfeiçoamento e a extensão dos serviços”, segundo DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO³⁵.

Nos termos do art. 145, III, da Constituição, art. 81 do CTN e art. 2º, IV, do Decreto-Lei nº 195, de 24.02.67, instalações de redes elétricas são obras públicas que, se gerarem valorização imobiliária, ensejam cobrança de contribuição de melhoria, tributo típico da competência do ente federado encarregado da atribuição de prover o serviço de distribuição de energia elétrica, que é a União Federal, não o Município.

Assim, não se pode compreender na interpretação do novo art. 149-A da Constituição uma autorização para recuperação de investimentos e consertos na rede elétrica, como desastrosamente entenderam o Município de São Paulo e o Distrito Federal³⁶.

CIP e cobrança fixa

Os Municípios de Natal (art 6 da Lei Complementar nº 47) e de São Paulo (art 4º da Lei nº 13.479) procedem a cobranças de valores fixos de CIP, assim “diferenciadas”, menores para proprietários de residências e maiores para proprietários de imóveis não-residenciais. O critério é aleatório, e desarrazoado, pois pressupõe, como anotou KIYOSHI HARADA³⁷, que uns munícipes e outros se aproveitem mais ou menos da iluminação *pública* pelo fato de trabalharem ou residirem no Município, o que nada tem a ver com o consumo da luz artificial em via pública.

Já Curitiba (art. 3º da Lei Complementar nº 46) entendeu de cobrar uma contribuição fixa por unidade consumidora de energia elétrica, pois que contribuinte da CIP, lá, é o consumidor de energia elétrica (art. 2º). Ora, bem se vê, que o critério é absolutamente aleatório, sem qualquer conexão com o custo do serviço de iluminação *pública*, afigurando-se como uma esdrúxula sobretarifa de consumo de energia elétrica particular.

Em todos esses casos o que se tem não é uma divisão do custo do serviço de iluminação pública, mas uma cobrança de uma quota sem fundamento qualquer.

O critério adotado pelo Distrito Federal (rateio do custo de iluminação das vias e logradouros públicos pelo número de unidades imobiliárias servidas pelo sistema de iluminação pública) *ex vi* do § 4º do art. 4º da Lei Complementar nº 673, parece um exercício melhor intencionado que os anteriores, porque parte do único indicador

35 Devendo estar aí contemplada a justa retribuição do capital ponderada pelo princípio da economia popular (*in Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: 12ª ed., Forense, 2001, p. 433.

36 Lei nº 13.479, de São Paulo, segundo a qual o serviço de iluminação pública incluiria “a instalação, manutenção, melhoramento e expansão da rede de iluminação pública, além de outras atividades correlatas” — art. 1º, parágrafo único). Lei Complementar nº 673, art. 4º-A, § 5º, do Distrito Federal.

37 *Contribuição para Custeio da Iluminação Pública*, in *Repertório de Jurisprudência IOB*, 2ª. quinzena de março de 2003, nº 6/2001, p. 216.

objetivo possível que é o custeio do serviço de iluminação pública, procedendo a um rateio também objetivo do respectivo valor. Mas não leva em conta o número de municípios, nem mesmo de moradores dos imóveis, que seriam os verdadeiros contribuintes da CIP.

CIP e ICMS

Outras leis municipais, como a de Petrópolis, no Estado do Rio de Janeiro, têm incluído como base de cálculo da CIP o consumo de energia domiciliar³⁸. A prática, além de ferir os argumentos há pouco expendidos, equivale a *usar para um tributo municipal elemento estrutural do ICMS, imposto da competência privativa estadual, inconstitucional, portanto*.

Reitere-se ainda que a CIP, assim instituída, induz a uma restrição do consumo, afetando de consequência negativamente o *potencial arrecadatório* do tributo de outra unidade da Federação, o Estado, com *repercussões perversas na sua posterior redistribuição* aos Municípios sítos em seu território.

Conclusão

Por qualquer ângulo que se examine a CIP, quer na perspectiva doutrinária, quer também na tradição jurisprudencial, quer ainda nos aspectos constitucional e legal, quer finalmente na prática de sua cobrança, vê-se que ela está eivada de vícios insanáveis, tendo trazido, como assevera HUGO DE BRITO MACHADO³⁹, ao invés de um alívio para o caixa dos Municípios, “outros problemas que certamente serão” (como já estão sendo) “levados ao Judiciário”, já tão assoberbado pelo exame de um sem-número de inconstitucionalidades.

Trata-se de uma afronta tosca à Constituição e a seu intérprete institucional máximo que é o Supremo Tribunal Federal, desconhecadora dos mais mezinhos princípios do direito tributário e da doutrina consagrada no Código Tributário Nacional, insuscetível de aplicação indene à crítica que parte da natureza das coisas e do bom senso, secundados pela Doutrina que clama pela conscientização do Legislador, que deveria assumir postura mais respeitosa para com a Cidadania, ao invés de se dedicar à maiêutica normativa que tem progressivamente deformado o sistema tributário brasileiro.

Finalmente, cabe criticar a Emenda 39 pela invasão que enseja da competência estadual em matéria de ICMS, reduzindo sua base arrecadatória ao induzir redução

38 Lei nº 5.951, de 26.12.2002, art. 4º — “A CIP será calculada sobre o consumo de energia elétrica”.

39 *Contribuição de Iluminação Pública*. Artigo de 26.01.2003, veiculado pela *Internet* na página *Estudos Doutrinários*.

de consumo de energia, o que se refletirá, afinal, na redução de intensidade do serviço estadual de segurança pública e na participação dos próprios Municípios na receita daquele imposto estadual. Um efeito autofágico, talvez não imaginado pelos patronos dessa esdrúxula figura que é a malsinada contribuição de iluminação pública⁴⁰.

40 A Proposta de Emenda Constitucional 41, de 2003, aprovada em primeira votação na Câmara dos Deputados, traz a seguinte redação para o parágrafo único do art. 149-A: “A contribuição (...) terá por base o consumo de energia elétrica e poderá ser cobrada na fatura respectiva, não se aplicando o art. 146, III, a”. Trata-se de abominável ataque à principiologia tributária, procurando placitar invasão da competência estadual em matéria de ICMS, criticada no trabalho acima por violadora do pacto federativo, e afastar a exigência de lei complementar nacional de normas gerais de direito tributário em área onde ela é absolutamente necessária, exatamente porque diz com a caracterização do fato gerador, da base de cálculo e do contribuinte. É preciso dar um basta ao pisoteamento do sistema tributário nacional.