

Leandro Tripodi: Cosip e seu fato gerador

O estudo da Contribuição para o Custeio do Serviço de Iluminação Pública (Cosip ou CIP), prevista no desvencilhar do seu alentado histórico.



Em 20/3/2015, o STF publicou a Súmula Vinculante 41,

in verbis: "O serviço de iluminação pública não pode ser remunerado mediante taxa". Trata-se, sem dúvida, de preceito amplamente conhecido; entretanto, tal enunciado não é mais que fruto da conversão, em súmula vinculante (artigo 103-A, da CF/88), da Súmula 670 da mesma Corte, cuja aprovação, em sessão plenária, deu-se em 24/09/2003.

Ainda antes, o artigo 149-A da CF/88 já dispunha: "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 artigo 150, I e III". A disposição final refere-se à observância das regras concretizadoras dos princípios da legalidade e da anterioridade — de exercício e, a partir da EC 42/2003, também nonagesimal.

Tal artigo, cujo parágrafo único faculta a cobrança da contribuição "na fatura de consumo de energia elétrica" (presume-se) dos respectivos contribuintes, foi inserido pela Emenda Constitucional nº 39/2002, cujo objeto se limita à providência.

O Tema 44 de Repercussão Geral, intitulado "*Competência legislativa para a instituição de contribuição para o custeio do serviço de iluminação pública*", discutiu a constitucionalidade da instituição da Cosip "*em face dos princípios da isonomia, progressividade, razoabilidade e proporcionalidade*".

Afirma-se no "leading case" [1] do Tema: *"Lei que restringe os contribuintes da Cosip aos consumidores de energia elétrica do município não ofende o princípio da isonomia, ante a impossibilidade de se identificar e tributar todos os beneficiários do serviço de iluminação pública"*. Reconheceu-se, então, que a Cosip está sujeita aos princípios constitucionais da isonomia ("com o devido temperamento") e capacidade contributiva. Quanto à natureza jurídica da Cosip, foi lapidar a decisão no sentido de que possui caráter *sui generis*: *"não se confunde com um imposto, porque sua receita se destina a finalidade específica, nem com uma taxa, por não exigir a contraprestação individualizada de um serviço ao contribuinte"*.

O julgado utiliza o critério da destinação para estrear a Cosip dos impostos (o que é discutível pois, de acordo com a doutrina majoritária, a destinação inespecífica do produto de sua arrecadação não passa de característica accidental da espécie imposto), e evoca a abrangência *uti universi*, no que diz respeito ao serviço por ela custeado, a fim de estremá-la das taxas.

Cumpra analisar, ainda que perfunctoriamente, os precedentes que levaram à edição da Súmula 670. Um deles, por exemplo, baseia-se no conceito de taxa, constitucionalizado pela Emenda Constitucional 18/1965 (hoje, presente no artigo 145, II, da CF/88) e regulamentado pelo artigo 77 do CTN, para reconhecer que a iluminação pública destoa do figurino conceitual da espécie, pois é serviço de caráter geral, destinando-se a um número indeterminado de usuários — donde se conclui que a cobrança por ele se revela incompatível, em nosso sistema, com a natureza da taxa, devendo seu custeio advir da receita de impostos [2].

Em outro julgado, a Corte asseverou, na mesma linha, que a taxa de iluminação pública era tributo de cobrança *"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"* [3].

À luz da jurisprudência do STF, o constituinte derivado criou a Cosip — um tributo não vinculado, embora destinado. Sua destinação compreende, além do custeio stricto sensu do serviço, "a expansão e aprimoramento da rede" — tese assentada no Tema 696 de Repercussão Geral (*"Validade da destinação de recursos advindos da contribuição para o custeio do serviço de iluminação pública também ao melhoramento e à expansão da rede"*).

A inovação baseou-se na PEC 559/2002, a qual incorporou propostas de teor similar e resultou na citada EC 39/2002, não sem questionamentos quanto à constitucionalidade, formal e material, da norma resultante — por todas, leia-se a crítica de José Marcos Domingues de Oliveira [4]. Aliás, o legislador partiu do propósito de legitimar a cobrança pela iluminação pública por meio de *taxa*, cogitando apenas num segundo momento a contribuição.

Destaca-se, do Parecer do relator na Comissão Especial da Contribuição de Iluminação Pública, deputado Custódio Matos, o seguinte trecho — particularmente explicativo:

"Os municípios há muito vêm lutando com a carência de recursos públicos para custear tal serviço de inelutável necessidade para o bem estar (sic) e a segurança das suas populações. Muitos haviam criado uma taxa de iluminação pública, que reiteradamente tem sido fulminada pelo Supremo Tribunal Federal como inconstitucional, porque não atende aos requisitos da especificidade e divisibilidade do serviço, prestado ao contribuinte ou posto a sua disposição, desobedecendo aos estritos parâmetros de definição da taxa, estabelecidos no inciso II do artigo 145, cujo parágrafo 2º também proíbe que a taxa tenha base de cálculo própria de impostos.

Para superar esse óbice constitucional e jurídico é que se chegou à formulação da figura da contribuição para o custeio do serviço de iluminação pública, à semelhança de outras contribuições já previstas no artigo 149 da Carta Magna".

O artigo 149-A facultou aos municípios e ao DF a instituição da contribuição “na forma das respectivas leis”. Isto é, não se exige a superveniência de lei complementar federal definidora do fato gerador, base de cálculo e contribuintes da Cosip. Ainda que se entenda que a disposição não interdita eventual lei federal de cunho uniformizador em relação às legislações municipais e distrital, é certo que não há omissão inconstitucional na sua não edição, considerando que o art. 146, III, "a", remete à definição dos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes somente no que diz respeito aos impostos.

A fim de determinar a materialidade tributável da Cosip, objeto deste estudo, não é aconselhável o emprego de raciocínio reverso, partindo da respectiva base de cálculo. É que esta deve refletir, a título de concretização algébrica, o fato gerador — e não o oposto.

Aqui, duas perplexidades se apresentam: uma, a confusão entre o serviço custeado pela contribuição (isto é, a iluminação pública, de competência municipal e, por força do desenho federativo pátrio, distrital) e o respectivo fato gerador; outra, a ocorrência de pretensa fixação do critério material na própria Lei Maior, tendo em vista a autorização desta para cobrança da contribuição "na fatura de consumo de energia elétrica".

Teria, em virtude dessa disposição, o constituinte derivado remetido ao consumo de energia elétrica como hipótese de incidência da Cosip? E mais, teria consequentemente *limitado* seus contribuintes aos *consumidores* de energia elétrica (isto é, às pessoas físicas e jurídicas titulares de uma ligação elétrica ativa em imóvel residencial ou não residencial, rural ou urbano)?

Quanto à primeira das perplexidades apontadas, não resta dúvida de que o serviço não é fato gerador da Cosip; ou melhor, *não pode ser* fato gerador, já que do contrário confundir-se-ia aquela com taxa, ideia definitivamente repelida. Constitui, isso sim, o seu objeto, ao mesmo tempo que pressuposto de instituição — no sentido de que, inexistindo o serviço no local por culpa do poder público, a cobrança violaria a proporcionalidade. No processo de tramitação legislativa, a redação que caracterizava a materialidade nesses termos restou prejudicada.

Quanto à segunda, não nos parece a melhor leitura do permissivo constitucional, o qual apenas tratou de atender à praticabilidade tributária e à conveniência do poder público, especialmente considerando que a expressiva maioria dos municípios é dotada de recursos profundamente escassos.

Objecção a descartar diz respeito às vedações à coincidência de fato gerador e/ou base de cálculo entre espécies tributárias. As vedações constitucionais e infraconstitucionais nesse sentido (artigo 145, §2º e artigo 154, I, da CF/88; artigo 77, parágrafo único, do CTN) referem-se a taxas e aos impostos da competência residual da União. A priori, nada há que impeça, portanto, o exercício, pelo legislador municipal e distrital, de alguma criatividade legislativa no tocante ao fato gerador da Cosip, observadas as normas hierarquicamente superiores.

Ainda assim, não pode haver usurpação do figurino constitucional de outra espécie tributária, mormente a taxa, já que, como visto, o STF repudiou tal possibilidade apoiando-se em robusto alicerce doutrinário.

Logo, prontamente nota-se a impropriedade, a título de exemplo, da Lei Complementar 380/2016, do município de Barueri/SP, a qual dispõe que o fato gerador da Cosip é o "*serviço de iluminação pública*" (artigo 2º, caput). Ou seja, para a lei barueriense, fato gerador da Cosip é o objeto e pressuposto da contribuição, havendo evidente confusão de materialidade com destinação e finalidade do tributo.

No município de São Paulo/SP, a situação é ainda mais inquietante, haja vista que a Lei 13.479/2002 não especifica fato gerador. Ora, ou a Cosip é tributo, ou não é. Se o é (e o é), tem de observar o disposto no CTN, por força do artigo 146, III, da CF/88. Nos termos do artigo 114 do Código, fato gerador é a situação "definida em lei" como necessária e suficiente ao surgimento da obrigação principal. Há em São Paulo, portanto, tributo sem fato gerador. Pois, o critério material de incidência não se encontra descrito, ainda que de forma oblíqua (como sói ocorrer com alguns tributos), na lei instituidora. Não se pode deixar de notar a incongruência.

Do ponto de vista principiológico, para fins de mensuração da capacidade contributiva, a incidência da Cosip, amplamente considerada, não guarda correlação lógica com o consumo de energia elétrica [5]. Por essa razão, entendemos que tal materialidade é *imprópria* como supedâneo de cobrança.

Embora o STF tenha consagrado a referibilidade apenas indireta das contribuições especiais [6], não há razão para incúria quanto ao princípio da proporcionalidade. Além disso, a referibilidade indireta é uma espécie de referibilidade; apenas, mais abstrata do que a direta. Pode ser utilizada no sentido negativo: em havendo ausência de referibilidade, ainda que indireta, fere-se a proporcionalidade, fere-se a capacidade contributiva. Vamos a dois exemplos para fins de ilustração.

Imagine-se um imóvel urbano por natureza (um terreno) com área de 90.000 m², propositalmente não edificado e mantido sem ligação elétrica, ocupando uma quadra com 300 m de testada em cada lado (totalizando 1.200 m lineares). Por outro lado, imagine-se uma fábrica situada num terreno quadrado de 10.000 m² (que também ocupe uma quadra), dependente do consumo intensivo de energia elétrica para seus processos fabris.

No exemplo do terreno não edificado, poderá não ser devida a contribuição, a depender das disposições da lei municipal. Mas, o impacto para a municipalidade, refletido na demanda por iluminação pública, será três vezes maior do que o ocasionado pela fábrica, que possui testadas totalizando apenas 400 m lineares. Contudo, a fábrica poderá ter de pagar um valor considerável de Cosip (chegando, atualmente, a R\$ 1.139,26 no município de São Paulo), a encarecer sua fatura de consumo de energia elétrica e repercutir, por via indireta, sobre o preço dos produtos que fabrica.

É de notar que, no primeiro caso, temos uma situação especulativa; no segundo, produtiva.

Em suma, o fato gerador da Cosip não se pode juridicamente qualificar como a prestação do serviço de iluminação pública, tampouco sendo admissível o silêncio da lei instituidora, o qual desafia a literalidade do art. 114 do CTN. O consumo de energia elétrica não é signo presuntivo que guarde relação com a iluminação pública, estando ausente a referibilidade, conquanto indireta. Por mais que não constitua fato gerador, não procede que a prestação do serviço iluminação pública não seja de todo dimensível. Embora não se deva entendê-lo como materialidade tributável, é pressuposto de instituição.

Conquanto o legislador goze de certa liberdade na definição da materialidade tributável da Cosip, entendemos que o mais condizente com os princípios da proporcionalidade e da capacidade contributiva é a caracterização do fato gerador como correspondendo à propriedade imobiliária, predial ou territorial, urbana ou rural, em local servido por iluminação pública. É preciso dizer que várias legislações já o fazem.

Contudo, tal propriedade é quantificável pela respectiva *área*, ainda que o imóvel seja servido pela rede elétrica e possua ligação regular, e não pelo consumo elétrico da unidade ou unidades consumidoras ali instaladas. O legislador deve quantificar o fato gerador utilizando grandeza capaz de realizar o princípio da capacidade contributiva e que seja consentânea com o da proporcionalidade, ao invés de desconexa com aquele. Deve haver critérios distintos, evidentemente, para imóveis urbanos e rurais, por natureza e por acessão, observada a sistemática de rateio.

O critério quantitativo da hipótese de incidência deve estar em linha com o respectivo critério material — ao invés de dele desviar-se e afastar-se para concretizar *outra* materialidade. Não se pode confundir a autorização do constituinte derivado para cobrança do tributo em fatura de consumo de energia elétrica com uma suposta definição dos respectivos fato gerador e contribuintes. Esta deve ser objeto da lei instituidora da Cosip de cada ente competente. E não é cabível preservar o modelo das antigas taxas, pois já julgadas, em definitivo, inconstitucionais.

Não se deve negar a relevância do serviço de iluminação pública, tanto nas cidades quanto no campo. A disponibilidade orçamentária de um recurso "carimbado", destinado à prestação e aprimoramento do serviço, constitui importante incentivo para a municipalidade e facilita a reivindicação popular em relação à sua regularidade.

Contudo, a cobrança fundada em base de cálculo (o consumo de eletricidade) que não guarda correlação lógica ou proporcionalidade, concretizada esta pela referibilidade indireta, com o serviço objeto da contribuição, é regressivo e onera setores de atividade intensivos em energia elétrica, ao passo que premia a propriedade com baixo ou nenhum consumo por área, especialmente aquela mantida para fins especulativos, violando a capacidade contributiva.

[1] RE 573.675/SC, relator ministro Ricardo Lewandowski, j. 25/03/2003.

[2] AI 231.132/RS-AgR, relator ministro Carlos Velloso, j. 25/05/1999.

[3] RE 233.332/RJ, relator ministro Ilmar Galvão, j. 10/03/1999.

[4] OLIVEIRA, José Marcos Domingues de. A chamada Contribuição de Iluminação Pública (Emenda Constitucional nº 39 de 2003). *R. Dir. Adm.*, nº 233, Rio de Janeiro, jul./set. 2003, p. 295–310.

[5] OLIVEIRA, op. cit.

[6] V., entre outros, RE 573.675/SC, cit.

Date Created

26/01/2023