

A DEFESA DO CONTRIBUINTE E A CONTRIBUIÇÃO PARA CUSTEIO DE SERVIÇOS DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA

Almir Alves Moreira
Procurador de Justiça

Rodrigo Cançado Anaya Rojas
Promotor de Justiça em Belo Horizonte

Gisela Potério Santos Saldanha
Procuradora de Justiça

Para a compreensão correta do que é a defesa do interesse da sociedade na perspectiva da Constituição Federal de 1988, mister atentar para a mudança de paradigma, autêntica transição do *Estado de Direito formal* – capaz de admitir não só a solução de conflitos de interesse individual, como também a tutela de interesses denominados pela doutrina de *metaindividuais*, buscando, desse modo, dirimir litigiosidade em favor da *social engineering*, alcançando-se um dinâmico direito social¹ – para o *Estado Constitucional Democrático*, legitimado como *Estado de Justiça (social)* possível e realizável.²

Os direitos surgidos a partir desse novo *Estado de Direito*,³ pertencentes a todos e ao mesmo tempo a ninguém,⁴ causaram transformações inclusive na concepção tradicional da *summa divisio*, a qual admitia apenas o direito público e o direito privado, verificando-se a partir daí a inexistência de tangibilidade entre estes e aqueles, inerentes a toda a comunidade, surgindo, assim, na sistematização de categorias de interesses, um verdadeiro *tertium genus*.⁵

¹ CANOTILHO. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, p. 7. Ao final das considerações tecidas pelo autor sobre a crise de autocomposição da ciência do direito, refere-se ele aos estudos de F. Wieacker (*Nutzen und Nachteil des Szientismus*), que justifica tal crise com a transformação do Estado de Direito burguês no Estado social solidário, em que as decisões de conflitos se procedem de modo a atender o autor alemão denominou *social engineering*, por vislumbrar a “fuga do direito legal para o ‘dinâmico’ direito judicial”. (Nota 1)

² Ibid., p. 24. “Se o Estado Constitucional Democrático não se identifica como um Estado de Direito formal reduzido a simples ordem de ‘organização’ e de ‘processo’, e visa ‘legitimar-se’ como ‘Estado de justiça (social)’, histórico-concretamente realizável (e não simplesmente como Estado de razão ou de direito abstracto), o problema reconduz-se sempre à concepção de ‘justiça social’, erguida em ‘factor’ de legitimidade constitucional.”

³ CAPPELETTI. *Rivista di diritto processuale*, p.361-402.

⁴ OLIVEIRA JR. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos, p. 13.

⁵ LENZA. *Teoria geral da ação civil pública*, p. 51. Os interesses concebidos quanto à natureza se apresentam classificados na *summa divisio*, de modo *dicotômico*, em públicos e privados. A *teoria pura* admite o interesse público subdividido em *primários* de conteúdo social e *secundários*, considerados como o próprio interesse do Estado, sujeito de direito, enquanto os interesses privados se restringem a interesses disponíveis do indivíduo titular. Como adeptos dessa teoria têm-se Maria Sylvia Di Pietro, José Cretella Júnior e Mauro Cappelletti. Ainda no modelo *dicotômico* há uma diversificação quanto ao interesse público, é a denominada *teoria mitigada*, que também admite o interesse público subdividido em *stricto sensu*: assim considerados aqueles que têm por objeto bens imateriais, porém essenciais para a coletividade, como princípios, normas e valores, e os interesses *diffusos*: que têm por objeto bens corpóreos da sociedade.

Resta certo que tais distinções colaboram para o aperfeiçoamento da ciência do direito, enriquecendo os debates e contribuindo para que mutações importantes ocorram no campo do direito processual, agora de alcance coletivo, à medida que se admite a existência de interesses ou direitos sociais.⁶ Portanto, imprópria a adoção da teoria pura do modelo dicotômico para compreensão da nova concepção de interesse social, isto porque sob aquele enfoque o interesse social somente era considerado como interesse primário. Hodiernamente o verdadeiro interesse social é aquele inerente a toda a coletividade, legitimados pelo próprio texto constitucional, sem necessariamente estar inserido como direito subjetivo.

Nesse diapasão é que se pretende, agora, proceder a exame sobre a *Contribuição para Custeio de serviço de Iluminação Pública* inserida pela EC 39/2002, submetido aos princípios do justo gasto do tributo afetado e da capacidade contributiva, afirmando, desde logo, a legitimidade do Ministério Público para a defesa do contribuinte, a possibilidade da inconstitucionalidade *incidenter tantum* da lei municipal que cria a referida contribuição por meio de Ação Civil Pública, e a efetiva inconstitucionalidade da aludida contribuição na forma com que tem sido instituída.

Do enquadramento do novo tributo

Admite a doutrina que a *Contribuição para Custeio de serviço de Iluminação Pública* é tributo, pela imperfeição da redação dada pela EC nº 39/2002 que instituiu o artigo 149-A na Constituição da República, porém diverge⁷ em qual das subespécies este se enquadraria. Isto porque, adotando-se a teoria quinquipartida, a qual subdivide os tributos em taxas, impostos,

Alia-se a essa concepção doutrinária Marcelo Abelha Rodrigues. Outra vertente identifica uma maior especialização dos interesses, subdividindo-os em três espécies, denominado de modelo *tricotômico*, em que há o interesse público, que trata do Estado como sujeito de direitos, os interesses privados disponíveis do indivíduo titular do direito e os interesses metaindividuais, subdivididos em *difusos, coletivos e individuais homogêneos* – filiam-se a esta Ada Pelegrini Grinover, Antônio Hemam V. Benjamin, Rodolfo de Camargo Mancuso, Hugo Nigro Mazzili, Vitório Denti, Candido Rangel Dinamarco, Pedro Lenza, Ricardo de Barros Leonel, Kazuo Watanabe. Seja no modelo dicotômico mitigado, seja no tricotômico, vislumbra-se a existência verdadeiramente de interesses metaindividuais considerados de maneira independente, sugerindo diferenças marcantes entre este e o interesse público.

⁶ Os interesses sociais, ou inerentes a toda a coletividade, são aqueles legitimados pelo próprio texto constitucional, sem necessariamente estarem inseridos como direitos subjetivos, como adiante se verá.

⁷ Para Ives Gandra da Silva Martins não se trata de contribuição social mas sim de verdadeira taxa (in *Revista dialética de Direito Tributário*, nº 90, São Paulo: Dialética, março/2003, p.62/70). Entende o referido autor que a denominada contribuição é uma contraprestação de um serviço público. Kiyoshi Harada e Carla Dumont Oliveira afirmam que a contribuição sob enfoque é em verdade um imposto porque os beneficiários são toda a comunidade, acrescentando a autora que os serviços custeados não são propriamente de cunho social (in *Jus Navegandi – Doutrina – Contribuição para custeio da iluminação pública* e *A nova Contribuição para custeio do serviço de iluminação pública à luz da natureza jurídica das contribuições*, respectivamente). Contrariamente, Roberto Wagner Lima Nogueira afirma ser contribuição cujo fato gerador é custear serviços e não a prestação dos serviços. (in *Jus Navegandi – Doutrina – Pensando a CIP, - Contribuição para custeio do serviço de iluminação pública*). Reforça tal pensamento Daniel Augusto Hoffmann (in *Jus Navegandi – Doutrina – COSIP: possíveis corrompimentos das legislações pertinentes e a verificação da validade da EC nº 39*)

contribuição de melhoria, empréstimos compulsórios e contribuições especiais⁸, muito embora denominada no *caput* do referido artigo 149-A como contribuição, urge aplicar os requisitos do art. 4º do CTN para se determinar a natureza jurídica do tributo em tela. Isto posto, é certo que nestes termos, sua denominação e a destinação dos valores arrecadados pouco importam, senão o fato gerador que implica na incidência contributiva. Assim, cuidou apenas o texto constitucional de dar denominação e forma de sua cobrança, qual seja, na fatura de consumo de energia elétrica, ressentindo a *Contribuição para custeio de serviços de iluminação pública*, de especificação por lei geral⁹ da definição do fato cujo acontecimento faz nascer a obrigação; quem é considerado contribuinte; qual o tipo de custeio de serviço de iluminação pública e em qual espaço deve esta ser prestada, entre outras.

Da inconstitucionalidade da Contribuição

1 Por ofensa ao princípio da legalidade

Três exames distintos comportam o presente raciocínio em razão das diferentes espécies de situações vividas no caso em tela. Primeiramente, urge destacar que o STF¹⁰ já declarou, por diversas vezes, a inconstitucionalidade da cobrança de Taxa de Iluminação Pública, o que levou a criação da contribuição nos moldes da EC 39/2002. Lado outro, é certo que alguns municípios ainda permanecem cobrando aquela referida taxa, vez que não editaram lei específica que autorize a cobrança, da contribuição, sendo mantidos os convênios celebrados com as empresas concessionárias de modo impróprio. Por fim, há alguns municípios, mais avisados, que já procederam a publicação de lei autorizativa da cobrança da contribuição, porém contendo distorções importantes, conforme será demonstrado.

⁸ Nessa tem-se ainda distinção quanto à natureza, sendo consideradas sociais as que tratam de seguridade social (saúde/previdência/assistência social); corporativas aquelas contribuições de classe (OAB, CREA, CRM, etc...) e por fim a interativa na qual há intervenção estatal (áreas de atuação reservada a iniciativa econômica do setor privado).

⁹ Conforme assevera Ives Gandra da Silva Martins: “...considero que(...) a definição dos respectivos fatos geradores, base de cálculo, e contribuintes das demais espécies tributárias deve ser veiculada por Lei Complementar”. (in Revista dialética de Direito Tributário, nº 92, São Paulo: Dialética, maio/2003, p. 24) Tal entendimento se dá em razão do art. 146 incisos I e III, letra “a” da Constituição da República.

¹⁰ TRIBUTÁRIO. MUNICÍPIO DE NITERÓI. TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA. ARTS. 176 E 179 DA LEI MUNICIPAL Nº 480, DE 24.11.83, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 1.244, DE 20.12.93. Tributo de exação inviável, posto ter por fato gerado serviço inespecífico, não mensurável, indivisível e insuscetível de ser aferido a determinado contribuinte, a ser custeado por meio de produto da arrecadação dos impostos gerais. Recurso não conhecido, com declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos sob epígrafe, que instituíram a taxa no município. (RE nº 233.332-6/RJ, relator Min. Ilmar Galvão

julgamento 10/03/1999).

1.1 Da cobrança de Taxa de Iluminação Pública após o vigor da EC 39/2002.

De fato, cumpre observar que a chamada **Contribuição de Custeio de Serviços de Iluminação Pública, cobrada sem a elaboração de lei específica após o vigor do artigo 149-A da Magna Carta** não obedece ao princípio da legalidade, assegurado no próprio artigo 149-A, como também, pelo art. 150, I, da Constituição Federal..

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.

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;

É assente na doutrina e na jurisprudência pátria que este princípio constitucional assegura a condição, para a exigência de qualquer tributo, seja ele imposto, taxa, ou espécie de contribuições, entre elas a prevista no art. 149-A da CF, que seja instituído ou majorado apenas através de lei em sentido estrito, isto é, por ato do Poder Legislativo ou a ele equiparado, como é o caso da medida provisória.

Isto quer dizer que a definição dos aspectos fundamentais do tributo, quais sejam, pessoal, espacial, temporal, material e quantitativo, deve vir expressa em lei, que, portanto, detém a competência para determinar quem são os sujeitos passivos, seu âmbito territorial e temporal de incidência, seu fato gerador, base de cálculo e alíquota.

Ora, o inciso I do artigo 150 da Constituição Federal, referendado expressamente pelo artigo 152 da Constituição Estadual, veda a cobrança de tributo que não seja instituído ou majorado **por lei**. Admitir-se o contrário é admitir que a Administração Pública, a seu bel talante, fixe a cada mês ou ano, o montante da contribuição a ser arrecadado. É jogar por terra o princípio da legalidade, pilar do Estado de Direito.

Ao determinar que o princípio da legalidade deve reger a atividade do legislador que instituir ou majorar tributos, pretende a Constituição evitar que o contribuinte se veja sujeito a eventuais arbítrios e abusos por parte dos membros do Poder Executivo que se encontram diretamente envolvidos com as eventuais (e muito freqüentes, diga-se de passagem) dificuldades de caixa do governo.

Conclui-se por imprópria a cobrança de *taxa de iluminação pública*, como por exemplo pelo município de Belo Horizonte, com amparo nas Leis nº 1.997/71, 4.966/87 e 5.641/89,

já que estas foram consideradas inconstitucionais pelo STF e não se prestam a cobrança de Contribuição para Custeio de serviços de iluminação pública.

Portanto, qualquer outro município que esteja cobrando a Taxa de iluminação pública, o faz com violação a Constituição Federal, como já decidido pelo STF.

1 2 Da cobrança após o vigor da EC 39/2002 de Contribuição para custeio de serviços de iluminação pública com regulamentação normativa municipal.

A título de exemplificação se pode depreender da leitura da lei nº 1.115/2002 do município de Belo Vale, instituidora da referida contribuição, não haver sido definido, com clareza, o aspecto quantitativo da contribuição em questão. De fato, a redação sob enfoque contém tabela de percentual sobre o consumo de cada contribuinte, como abaixo se transcreve:

*“Art. 3º - A Contribuição para o Custeio do Serviço de Iluminação Pública será calculada mensalmente sobre o valor da **Tarifa de Iluminação Pública vigente, Subgrupo B4b**, devendo ser adotado nos intervalos de consumo indicados os percentuais correspondentes:*

Consumo Mensal – kwh	Percentuais da Tarifa de IP
<i>0 a 30</i>	<i>0,60%</i>
<i>31 a 50</i>	<i>1,50%</i>
<i>51 a 100</i>	<i>3,00%</i>
<i>101 a 200</i>	<i>6,00%</i>
<i>201 a 300</i>	<i>9,00%</i>
<i>Acima de 300</i>	<i>10,00%</i>

Como se vê, no tocante à exação cobrada dos titulares de contas de energia elétrica, a lei se restringe a estabelecer que a base de cálculo aferida sobre o valor da “Tarifa de Iluminação Pública vigente no Subgrupo B4b” conforme seu consumo mensal de kilowatts/hora. Todavia, a lei municipal não determina o valor e tampouco a forma de cálculo da tarifa mencionada, restando obscuro tal ponto da legislação instituidora do tributo, ao arrepio do princípio da legalidade.

De acordo com o que determina o art. 150, I, da Constituição Federal, somente a lei poderia fixar o montante da contribuição. Porém, na lei específica do município de Belo Vale a base de cálculo tem sido a “Tarifa de Iluminação Pública” fixada pela ANEEL (Agência Nacional de Energia Elétrica), através de Resolução. O aspecto quantitativo do tributo, portanto, teve sua fixação relegada a mero ato do Poder Executivo, e, ainda por cima, do Poder Executivo federal, o que torna ainda mais evidente a inconstitucionalidade da lei sob análise, já que a União não detém a competência para a instituição do tributo, atribuída pela Constituição Federal aos Municípios e ao Distrito Federal.

Não se está afirmando, aqui, que a base de cálculo da contribuição deveria, necessariamente, ser um valor, em reais, fixo e não sujeito a atualização monetária, o que acabaria por implicar a edição de uma lei determinando tal montante a cada ano. O que se pretende, ao contrário, é que não seja admitida como base de cálculo uma tarifa fixada por uma agência nacional reguladora e cuja forma de cálculo é, também, determinada pela mesma autarquia (ANEEL).

No caso presente, há ainda um agravante: o montante do tributo devido é determinado por ato de uma agência reguladora que se vê envolvida com as dificuldades de caixa das concessionárias do serviço público relativo ao fornecimento de energia elétrica, pessoas jurídicas de Direito Privado.

Destarte, caso se admita que o Poder Executivo, através de uma de suas agências reguladoras (a ANEEL), fixe a base de cálculo do tributo e os valores que a compõem, encontrar-se-á o contribuinte totalmente desamparado, ao arrepio do princípio da legalidade, cuja observância, *in casu*, é assegurada pela Constituição de República .

2 Por ofensa ao princípio da isonomia

Como se sabe, as contribuições, espécie tributária consagrada na Constituição Federal/88, têm como característica fundamental sua destinação, que deve beneficiar os respectivos contribuintes. Como a beneficiária da iluminação pública é toda a coletividade, e não apenas um seletivo grupo de proprietários, titulares do domínio útil ou possuidores de imóveis, revela-se a ofensa pela **Contribuição para custeio de serviço de iluminação pública** ao princípio da isonomia também garantido pela Constituição Estadual, em seu art. 152, que expressamente determina sejam observadas as garantias previstas pelo art. 150 da Constituição Federal, entre as quais se encontra o princípio invocado (inciso II).

A respeito desta espécie tributária, são as lições do Prof. Ricardo Lobo Torres, em seu *“Tratado de Direito Tributário Brasileiro”*, vol. II, tomo II, p. 412 (editado pela Forense: Rio de Janeiro, 1986):

“A contribuição econômica é devida pelo benefício especial auferido pelo contribuinte em virtude da contraprestação de serviço público indivisível oferecida ao grupo social de que participa.

(...)

Como em qualquer outra contribuição, dois elementos são indispensáveis para caracterizar o tributo: a contraprestação estatal em favor do grupo, que pode ser qualquer ato de intervenção no domínio econômico de interesse de certa coletividade que não se confunde com a sociedade global; a vantagem especial obtida pelo contribuinte que sobreexceda o benefício genérico das atividades estatais.”

Como se vê, a contribuição, para enquadrar-se na espécie tributária que lhe dá nome, deve ter como característica a contraprestação estatal em favor do grupo, o que, no caso da **Contribuição para Custeio de serviços de Iluminação Pública**, seria o serviço de iluminação pública, e que esta contraprestação seja qualquer ato de interesse de certa coletividade - *que não se confunde com a sociedade global*- sendo que a vantagem desta coletividade restrita deve ser superior ao benefício *genérico* das atividades estatais.

Ora, no caso da contribuição prevista no art. 149-A da Constituição Federal, não há como se afirmar que a contraprestação estatal beneficia certa coletividade de forma mais contundente do que ao restante da coletividade global. De fato, a iluminação pública é um benefício à toda a comunidade local, não havendo um grupo de pessoas que se beneficie mais ou menos deste serviço. A iluminação pública atende aos interesses não só dos moradores ou trabalhadores da localidade onde está sendo fornecida, como também a qualquer transeunte, inclusive os “forasteiros”. Neste ponto, a contribuição para custeio da iluminação pública se revela como uma contribuição *sui generis*, o que, entretanto, não afasta as normas e os princípios básicos que regem a instituição e cobrança das contribuições de forma geral.

Assim, apesar de não representar forma de financiamento de um benefício concedido a um grupo seletivo da coletividade, pois beneficia a sociedade de forma ampla e geral, isto não quer dizer que a **Contribuição para custeio de serviço de iluminação pública** possa ser exigida de todos que usufruem desse, ainda que eventualmente. Como, por exemplos os “forasteiros”.

A par dessa dificuldade assente na definição de contribuinte a Lei Municipal nº 1.115/2002 de Belo Vale, ora sob enfoque, estabeleceu que são contribuintes da **Contribuição para Custeio de serviços de Iluminação Pública** apenas os titulares de faturas de energia elétrica e proprietários de lotes vagos ou com edificações não consumidoras de energia elétrica. Há, aí, patente descaracterização do tributo previsto na EC nº 39/2002, já que não está sendo cobrado de um universo de contribuintes beneficiários do serviço que fundamenta a cobrança da contribuição. Fere, ainda, o princípio da isonomia, também consagrado na Constituição Federal, em seu art. 150, II, *in verbis*:

“Art. 150 – Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:
(...)

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

Ora, os municípios encontram-se, todos, em situação equivalente em relação ao benefício concedido pelo Poder Público e que fundamenta a exigência da **Contribuição para**

custeio de serviço de iluminação pública: todos usufruem, da mesma forma, do serviço de iluminação pública prestado pela Prefeitura Municipal. Assim, para custeá-la, deve o Município exigir o montante necessário para o seu custeio de todo munícipe.

A forma que tal exigência será feita de toda a coletividade, de maneira eqüânime, não nos cabe criar ou estabelecer. O que é da competência do Ministério Público, entretanto, é a tutela das Constituições Federal e Estadual, e não admitir que seus dispositivos sejam desrespeitados pela legislação infraconstitucional, insurgindo-se, assim, contra quaisquer exigências tributárias que não se atêm às disposições e princípios constitucionais.

Cabe observar, na oportunidade, que a EC nº 39/2002 ao permitir que a contribuição para custeio da iluminação pública seja cobrada na fatura de energia elétrica, não significa que o constituinte está autorizando os Municípios e o Distrito Federal exigir-la apenas dos titulares das faturas de energia elétrica, tanto é que a lei municipal examinada nesta oportunidade (Lei 1.115/2002 – Município de Belo Vale) prevê a cobrança da exação dos proprietários, titulares do domínio útil ou possuidores de imóveis não consumidores de energia elétrica.

Por outro lado, admitir a interpretação do art. 149-A parágrafo único no sentido de que são contribuintes apenas os titulares de faturas de energia elétrica é admitir a sua inconstitucionalidade, face à violação da cláusula pétrea que se revela no princípio da igualdade, contrariando o art. 60, §4º, inciso IV, da Carta Magna.

De fato, não é isonômico ou igualitário exigir apenas do titular de fatura particular de energia elétrica o custeio da iluminação pública, visto que existem vários não-titulares desse tipo de fatura que usufruem na mesma proporção do serviço público, sendo que não estão contribuindo em nada para seu custeio.

Ainda, não se pode deixar de mencionar que um titular de fatura de energia elétrica pode estar representando vários outros beneficiados da iluminação pública, já que uma destas faturas é expedida para cada unidade residencial ou comercial. Assim, por exemplo, há que se considerar que um mesmo contribuinte pode ser titular de mais de uma fatura de energia, se for usuário do serviço de luz em sua casa e, também na sede de seu escritório ou empresa. Poderá ser, ainda, contribuinte, em razão da qualidade de proprietário de imóvel não edificado. Nesses casos, estará o contribuinte sujeito à tributação em manifesto *bis in idem*, o que fere, frontalmente, princípios basilares do ordenamento jurídico pátrio.

Como se vê, a **Contribuição para Custeio de serviços de Iluminação Pública**, nos moldes em que vem se desenhando, ofende frontalmente o princípio da isonomia, revelando-se sua inconstitucionalidade.

2.1 Do Cálculo da Contribuição para Custeio da Iluminação Pública

O teor do art. 149-A da Constituição Federal, que prevê a instituição da *Contribuição para custeio de serviço de iluminação pública*, é o seguinte, *in verbis*:

“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.”

Pode-se afirmar que esta contribuição, de natureza *sui generis*, possui algumas semelhanças com outra espécie tributária, cujo caráter também é traçado pela Magna Carta e pela Constituição Estadual: a taxa.

De fato, são os seguintes os termos do art. 145, II, da Lei Maior:

“Art. 145 – 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.”

É claro que a comparação entre taxa e a contribuição para custeio da iluminação pública deve ser feita com reservas. A taxa só pode ser cobrada em razão da prestação de serviços públicos *específicos e divisíveis*, o que não é o caso da contribuição em pauta, já que a iluminação pública não é um serviço público específico e divisível, como já decidido pelo Supremo Tribunal Federal.

Para ilustrar, convém trazer à baila a seguinte decisão da lavra do Ministro Carlos Velloso, proferida nos autos do Recurso Extraordinário nº 360.585-2, e publicada na *Revista Dialética de Direito Tributário* nº 89, p. 222/223:

“(…)

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento dos RRETE nºs 233.332-RJ e 231.764-RJ, Relator o Ministro Ilmar Galvão, decidiu, em 10.3.99, no sentido de que o serviço de iluminação pública não pode ser remunerado mediante taxa, uma vez que não configura serviço público específico e divisível prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição (CF, art. 145, II).

Concorri com o meu voto na tomada da decisão mencionada. Dele destaco:

“(…)

A resposta a essas indagações não é outra: o serviço de iluminação pública é um serviço destinado à coletividade toda, não é um serviço que pode ser dividido em unidades autônomas para cada contribuinte. É, na verdade, um serviço prestado *uti universi* e não *uti singuli*. Roque Carrazza, ao dissertar a respeito dos serviços gerais, prestados *uti universi*, ‘isto é, indistintamente a todos os cidadãos’, exemplifica com

o serviço de iluminação pública ('Curso de Direito Constitucional Tributário', cit. , pág.327). Hely Lopes Meirelles, que defendera a constitucionalidade da taxa de iluminação pública, reconsiderou-se, depois. Leciona, no seu 'Direito Municipal Brasileiro', 10ª ed., págs. 147-148, que 'não é cabível a cobrança de taxa pelo calçamento de via pública ou pela iluminação de logradouro público, que não configuram serviços específicos, nem divisíveis, por serem prestados *uti universi*, e não *uti singuli*...'. Em nota de rodapé, esclarece Hely Lopes Meirelles: 'Relativamente ao serviço de iluminação pública, já defendemos a tese da legalidade da taxa para seu custeio. Evoluímos para a posição atual por verificarmos que esse serviço não é prestado *uti singuli*, mas *sim uti universi*, insuscetível, portanto, de utilização individual e mensurável.' (Hely Lopes Meirelles, 'Direito Municipal Brasileiro', 10ª ed., pág. 147, nota 14).

Sérgio Pinto Martins tem o mesmo entendimento. Leciona:

'5.1. O serviço de iluminação pública não pode ser cobrado por meio de taxa, pois é um serviço dirigido a toda a coletividade, não podendo ser dividido em unidades autônomas para cada contribuinte. Trata-se de serviço *uti universi* e não *uti singuli*, quer dizer: prestado a toda a comunidade e não individualmente a cada contribuinte. Deve, portanto, ser custeado por meio de impostos e não de taxas, por ser indivisível, contrariando o inciso III do art. 79 do CTN e o inciso II do art. 145 da Constituição...'"

Como bem afirmado na v. decisão transcrita, o serviço de iluminação pública não poderia, de forma alguma, ser custeado pela cobrança de taxa, visto não se tratar de serviço público específico e divisível, os únicos ensejadores da imposição desta espécie tributária.

Ao instituir a taxa como espécie tributária, o constituinte teve em vista que o usuário de serviço público, específico e divisível, arcasse com o respectivo custo através da imposição tributária. É uma forma adotada pelo constituinte para se chegar à justiça fiscal, ou seja: em se tratando de um serviço que não beneficia a generalidade, nada mais justo que seja custeado pelo beneficiário do mesmo, na medida da despesa que ensejar aos cofres públicos.

Por outro lado, os serviços que não são específicos e divisíveis, cujos beneficiários são todos os cidadãos, são custeados pelas receitas arrecadadas pelo Poder Público através do recolhimento de impostos. É exatamente este o entendimento do ilustre Ministro Carlos Velloso em sua decisão supratranscrita, baseado na doutrina do Prof. Sérgio Pinto Martins.

No caso específico do serviço de iluminação pública, o constituinte, criando uma nova figura tributária, *sui generis*, previu a instituição de contribuição para tal custeio.

Assim como no caso das taxas, instituídas como forma de custeio do serviço público prestado ao particular, também a contribuição para o custeio da iluminação pública deve ser calculada a partir da mensuração da despesa pública necessária à prestação de tal serviço. Não pode a contribuição, de forma alguma, destinar-se à arrecadação de receitas públicas pura e simplesmente, já que, se assim fosse, desnaturar-se-ia, transformando-se em imposto.

Em havendo o constituinte autorizado a instituição de contribuição **para o custeio da iluminação pública**, a arrecadação dela decorrente, em primeiro lugar, deve destinar-se exclusivamente a tal fim e, em segundo lugar, deve ser calculada para o atendimento ao fim a que se destina. Não pode, portanto, o legislador, fixar a base de cálculo da contribuição desvinculando-a das despesas com a prestação estatal a que visa custear, estabelecendo base de cálculo própria de imposto, variável de acordo com o consumo particular de energia elétrica de cada contribuinte, ou diante da mensuração do valor venal do imóvel vago.

Ora, a variação do montante da contribuição devida conforme o consumo particular de energia elétrica e do valor do imóvel é patentemente ofensivo ao ordenamento jurídico pátrio, uma vez que a despesa dos cofres municipais com a iluminação pública não varia nos mesmos moldes. Não é porque em determinado período um cidadão consumiu mais energia elétrica em sua residência, ou tenha valorizado seu imóvel vago, que a iluminação das vias públicas e praças vai ser mais onerosa.

Da forma como se encontra desenhada a contribuição, na verdade, se revela como imposto disfarçado, e imposto que se encontra dentro da esfera de competência dos Estados, já que seu fato gerador é a circulação de energia elétrica, hipótese de incidência do ICMS.

Por outro lado, há que se considerar que a exigência da contribuição calculada de forma desvinculada dos custos do serviço de iluminação pública acarreta manifesto locupletamento do Município, o que é inadmissível frente ao ordenamento jurídico pátrio.

3 Da ausência de previsão do destino da contribuição arrecadada

Lado outro, a lei 1.115/2002 de Belo Vale, instituidora da **Contribuição para Custeio de serviços de Iluminação Pública** não vincula a receita arrecadada a qualquer destinação, se limitando a afirmar que *“o produto da contribuição (...) constituirá receita destinada prioritariamente a cobrir e remunerar os dispêndios da municipalidade decorrentes de obras públicas de extensão de rede elétrica, bem como manutenção dos serviços, instalação, custeio e consumo de energia elétrica para a iluminação pública, melhoria e ampliação do serviço”*¹¹ (grifos nossos). Como se vê, a destinação do produto da contribuição não é rigidamente o custeio da iluminação pública, visto que fará face a tais despesas apenas “prioritariamente”, sendo que, a lei não regulamentou, ainda, o caminho a ser percorrido pela receita arrecadada até chegar a seu fim.

Face à disciplina desta nova espécie tributária na Constituição Federal, é indispensável que a lei instituidora da contribuição determine, pormenorizadamente, o destino dos recursos arrecadados após seu recolhimento pelos contribuintes. Não podem as contribuições, que

¹¹ Parágrafo 2º do artigo 1º da Lei 1.115/2002 de Belo Vale.

se caracterizam primordialmente por possuir uma destinação específica, simplesmente adentrar o caixa do governo com um determinado fim último, ou seja, para o atendimento de uma certa necessidade-fim do Estado, no caso, a iluminação pública, sem que haja o estabelecimento da forma pela qual esta necessidade-fim do Estado será atendida. É necessário que a lei instituidora da contribuição designe a destinação orçamentária da receita pública arrecadada, que estabeleça as necessidades-meio indispensáveis ao atendimento da necessidade-fim, ou seja, que determine a forma de alcance desta última.

Entretanto, a norma instituidora da **Contribuição para Custeio de serviços de Iluminação Pública** pelos Municípios vem restringindo-se a apontar a necessidade-fim a cujo atendimento se destina: o custeio da iluminação pública. Omitindo-se, assim, em determinar o regime de gestão dos recursos arrecadados, em estabelecer como os mesmos serão gastos para a adequada prestação do serviço a ser custeado. Tal omissão acarreta a inconstitucionalidade da exação em pauta.

É exatamente este o entendimento do Desembargador Federal Nery Júnior, do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que, ao tratar da contribuição de intervenção no domínio econômico instituída pela Lei Federal nº 10.336/2001, assim se manifestou, em decisão proferida nos autos do Agravo nº 150170 (*in RDDT 82/186-188*):

“(…)

Há de ser analisada, com mais vagar, a questão da destinação do produto da arrecadação.

Realmente, as contribuições, como gênero, de um lado, abrangendo as interventivas, as sociais e as de interesse das categorias profissionais, e de outro, como espécie tributária ao lado dos impostos, das taxas e das contribuições de melhoria, são tributos qualificados constitucionalmente pela finalidade.

São tributos instituídos e previstos originariamente pelo Constituinte para alcançar determinada finalidade. Daí ser de sua essência a afetação do produto de sua arrecadação a determinada finalidade a ser alcançada pelo Poder Público, gestor que é dos fundos a esse título arrecadados.

(…)

Isto afirmo em função da dicção legal, constante do parágrafo 1º do art. 1º da Lei nº 10.336/2002:

‘O produto da arrecadação da Cide será destinado, na forma da lei orçamentária (...)’

Há, aqui, *prima facie*, evidente desvio dos superiores desígnios traçados pelo constituinte. O espectro de atuação da intervenção estatal federal no domínio privado não é livre, desimpedido ou desvinculado. O que ficou gizado na Constituição Federal é que essa atividade intervencionista deve ser direcionada ao atingimento daquelas finalidades já apontadas nesta decisão.

Ora, ao relegar às determinações orçamentárias a destinação do produto da arrecadação do tributo em comento, é evidente que tais recursos serão integrados ao patrimônio ou ao caixa geral da União, lá confundindo-se e fundindo-se com os recursos provenientes de outras receitas originárias ou derivadas.

Isso não se pode admitir, em termos da atividade tributante de que tratamos.

A lei deveria ter afetado o produto da arrecadação às finalidades que ela mesma elenca. Mas para tanto, haveria que se ter a criação de um fundo ou de um órgão gestor, que à frente deste, direcionasse a sua utilização ao atingimento exclusivo dos princípios elencados pela Constituição Federal, no que tange à atividade econômica e financeira.

(...)

A destinação do produto da arrecadação da Cide ao caixa geral da União, em princípio, inviabiliza a cobrança, e inverte, em favor dos contribuintes, a constitucionalidade das normas que se presume, mas que no caso sub-exame, demonstra-se fortemente a sua ausência.”

Assim como no caso da CIDE dos combustíveis, sobre a qual trata a decisão supra, também no caso da **Contribuição para custeio de serviços de iluminação pública** a lei municipal instituidora, necessariamente, além de estar obrigada a especificar o seu fim-último, ou seja, a necessidade-fim a que se destina atender, deverá ter criado um fundo ou designado um órgão gestor que direcione os recursos ao atingimento exclusivo daquele fim: a iluminação pública.

Entretanto, o que se depreende da leitura da supracitada lei municipal é que, no caso dos contribuintes proprietários, titulares do domínio útil ou possuidores de imóveis não consumidores de energia elétrica, a contribuição será recolhida juntamente com o IPTU e, portanto, será destinada ao caixa geral do Município, não havendo determinação legal específica à sua aplicação na iluminação pública.

Da mesma forma, no caso dos contribuintes titulares de faturas de energia elétrica, a contribuição será cobrada em tais faturas mensais, ou seja, juntamente com os valores pagos pelos contribuintes como contraprestação pelo serviço particular de fornecimento de energia elétrica.

Verifica-se, pois, que não existe na legislação municipal, ora sob enfoque, instituidora da **Contribuição para Custeio de serviços de Iluminação Pública**, qualquer determinação no sentido de que tais valores, recolhidos a título da contribuição, sejam separados dos valores recolhidos como pagamento pelo fornecimento de energia elétrica à unidade residencial ou comercial e destinados tão-somente ao custeio da iluminação pública.

A questão se agrava quando se considera que a contribuição em comento não está sendo calculada com base nos gastos efetivos da Administração Pública com o serviço a que visa custear, mas sim com base no consumo de energia elétrica pelo particular em sua unidade residencial ou comercial. Daí se concluir que no caso de haver arrecadação de recursos em montante superior ao necessário para custear o serviço de iluminação pública, esta verba será utilizada pelo Município para outros fins, quando arrecadado por este juntamente com o IPTU, ou será utilizado pela fornecedora de energia elétrica também para fins outros, que não aquele constitucionalmente previsto.

Por isso, vê-se que a própria instituição da ***Contribuição para Custeio de serviços de Iluminação Pública*** padece de inconstitucionalidade, o que revela a nulidade da lei municipal em comento em sua íntegra, já que não se pode admitir a criação de contribuição sem que o produto de sua arrecadação seja expressamente vinculado, à sua destinação constitucional.

Destarte, verifica-se inegável a ilegitimidade da ***Contribuição para custeio do serviço de iluminação pública*** na forma em que se apresenta, face à desobediência aos diversos preceitos, normas e princípios constitucionais até aqui invocados.

Legitimidade do Ministério Público – defesa de contribuintes

A Constituição Federal, em seu artigo 129, III, legitimou o Ministério Público a promover a ação civil pública em defesa **do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos**.

Nesses “outros interesses difusos e coletivos” a que se refere a norma constitucional estão compreendidos os direitos dos contribuintes, porquanto eles fazem parte de uma categoria de pessoas ligadas à Fazenda Pública por uma relação jurídica base e, portanto, enquadram-se no conceito de direito coletivo.

Ainda que não sejam considerados tecnicamente consumidores, também merecem proteção através da ação civil pública, pois, como já decidiu o colendo Superior Tribunal de Justiça, “os interesses individuais, ‘in casu’ (suspensão do indevido pagamento de taxa de iluminação pública), embora pertinentes a pessoas naturais, se visualizados em seu conjunto, em forma coletiva e impessoal, transcendem a esfera de interesses puramente individuais e passam a constituir interesses coletivos da coletividade como um todo, impondo-se a proteção por via de um instrumento processual único e de eficácia imediata – a ação coletiva” (1ª Turma, REsp nº 49.272-6, Min. Relator Demócrito Reinaldo, Decisão Unânime, DJU de 17.10.94, p. 27.868). E, em outro julgamento de questão similar, afirmou-se que, “conforme disposto na Constituição de 1988, a atuação do Ministério Público foi ampliada para abranger a sua legitimidade, no sentido de promover ação civil pública para proteger interesses coletivos. Não há mais ambiente jurídico para se aplicar, em tal campo, a restrição imposta pelo art. 10 da Lei nº 7.347/85. Em se tratando de pretensão de uma coletividade que se insurge para não pagar taxa de iluminação pública, por entendê-la indevida, não há que se negar a legitimidade do Ministério Público para, por via de ação civil pública, atuar como sujeito ativo da demanda. Há situações em que, muito embora os interesses sejam pertinentes a pessoas identificadas, eles, contudo, pelas características de universalidade que possuem, atingindo a vários estamentos sociais, transcendem a esfera individual e passam a ser interesse da coletividade. O direito processual civil moderno, ao agasalhar a ação civil pública, visou

contribuir para o aceleramento da entrega da prestação jurisdicional, permitindo que, por via de uma só ação, muitos interesses de igual categoria sejam solucionados, pela atuação do Ministério Público” (1ª Turma, AGRESP nº 98.286, Min. Relator José Delgado, DJU de 23.03.98, p. 00017).

Os que não admitem a legitimidade do Ministério Público não se aperceberam, *concessa venia*, da importância dessa evolução jurídica, quiçá porque não compreenderam o exato alcance das ações coletivas e o conceito de interesse coletivo em sentido amplo, pois, ao contrário do que afirmam, as necessidades comuns de uma pluralidade de pessoas merecem análise coletiva, ainda que individualmente sentidas, por serem interesses singulares de dimensão comunitária e, portanto, de interesse social. São os chamados interesses individuais homogêneos, que, a propósito, são também considerados coletivos em sentido amplo.

Em outras palavras: os interesses dessa categoria de pessoas não são, obviamente, transindividuais, mas individuais, como o próprio nome revela (individuais homogêneos), e a criação do processo para a tutela desses interesses teve por objetivo facilitar o acesso à Justiça e garantir tratamento global às inúmeras pretensões individuais que, por serem decorrentes de origem comum e de interesse social, exigem um julgamento único, evitando-se decisões contraditórias. A todos interessa que o tributo exigido pelo Poder Público esteja em compasso com os princípios da legalidade, da finalidade, da razoabilidade etc.

O professor Kazuo Watanabe, ao conceituar os interesses ou direitos coletivos, ensina que **“os interesses ou direitos dos contribuintes (...) constituem um bom exemplo”,** pois **“entre o fisco e os contribuintes já existe uma relação jurídica-base, de modo que, a adoção de alguma medida ilegal ou abusiva, será perfeitamente factível a determinação das pessoas atingidas pela medida”** – sublinhei (*Código brasileiro de defesa do consumidor*. 4ª ed., Forense Universitária, p. 503/504).

O jurista Milton Flaks adota idêntico entendimento. Ensina que a ação civil pública transformou-se **“em instrumento hábil para a defesa do interesse difuso da sociedade civil na preservação do patrimônio público e da moralidade administrativa, bem como dos interesses coletivos de aposentados e contribuintes, entre outros”** – sublinhei (*Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*. v. 21, p. 239/259).

Essa evolução processual não pode ser ignorada, eis que, como bem frisou Dinamarco, citando Cappelletti, **“um processo civil realmente transformador exige o revelar da natureza das questões postas em Juízo, pois nenhuma ação transformadora poderá ser bem**

sucedida se ignorarmos a natureza das coisas com que lidamos” (*Inconstitucionalidade do processo*. 1987, p. 20).

Anote-se que a questão da legitimidade do Ministério Público para a defesa dos direitos dos contribuintes não passa exclusivamente pela interpretação do artigo 129, III, da Constituição Federal. Está expressamente assegurada pelo artigo 5º, II, “a”, da Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993, que atribuiu ao *Parquet*, entre outras funções, a de “zelar pela observância dos princípios constitucionais relativos ao sistema tributário, às limitações do poder de tributar, à repartição do poder impositivo e das receitas tributárias e aos *direitos do contribuinte*”.

A Lei Complementar nº 75/93, embora disponha sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União, é aplicável aos Ministérios Públicos dos Estados (artigo 80 da Lei Federal nº 8.625/93) e demonstra o equívoco que tem sido cometido por aqueles que não admitem a legitimidade ministerial.

Portanto, foi o próprio legislador que explicitou essa hipótese de interesse coletivo e, por conseguinte, não pode o aplicador do Direito desconsiderar essas normas e inibir a atuação ministerial.

Nem se diga que a Medida Provisória nº 1.984 proibiu a utilização da ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, eis que, como se sabe, a medida provisória está em grau equivalente a lei ordinária e, por conseguinte, não tem o condão de revogar a Lei Complementar nº 75/93. Ademais, com a reforma constitucional introduzida pela Emenda nº 32, vedou-se a edição de medidas provisórias sobre matéria reservada a lei complementar. Vedou-se, também, entre outras hipóteses, que medida provisória disponha sobre matéria relativa a direito processual e a organização do Ministério Público, o que confirma a inconstitucionalidade da referida Medida Provisória nº 1.984.

Em suma, é cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, porquanto os contribuintes fazem parte de uma categoria de pessoas ligadas à Fazenda Pública por uma relação jurídica base, e o fato de os beneficiários poderem ser individualmente determinados não desconstitui, por si só, a natureza coletiva desses interesses, pois é justamente a possibilidade da determinação do titular que diferencia o coletivo do difuso.

Outrossim, em recentes julgados o STJ se manifestou favorável a legitimidade do *Parquet* para o manejo de Ação Civil Pública em defesa dos contribuintes, a saber:

PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ILEGALIDADE DE LEI MUNICIPAL. COBRANÇA DE IPTU. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO RECONHECIDA. PRECEDENTES DESTA CORTE.

1. A pretensão não está dirigida a se declarar a inconstitucionalidade de uma norma geral e abstrata. Pretende-se tirar do mundo jurídico uma norma, por afrontar a Constituição Federal, que incide sobre uma situação concreta. A Ação Civil Pública em exame trata de fato materializado, individualizado, a qual se aplica uma norma considerada inconstitucional. Ela busca alcançar, pela via do controle concentrado, a invalidade da norma e, conseqüentemente, a sua não-aplicação. 2. A declaração incidental de inconstitucionalidade é causa de pedir. Os pedidos decorrem da fundamentação, sendo que, no caso específico de controle difuso da constitucionalidade das leis, em sendo prejudicial do mérito, a referida declaração é destacada por motivos técnicos também quando da elaboração do pedido. A declaração de inconstitucionalidade no contexto dos autos não pode ser vista como integrante do pedido principal. 3. O controle difuso da constitucionalidade é permitido a todo e qualquer órgão do Poder Judiciário, em qualquer grau, uma vez que a questão da inconstitucionalidade é resolvida apenas incidentalmente, como matéria prejudicial. Não gera usurpação da competência do colendo STF o controle difuso de constitucionalidade em ação civil pública, conforme já pronunciado também aquela Corte. 4. Este Relator, por diversas vezes, com base em inúmeros precedentes desta Casa Julgadora, externou entendimento no sentido de que a ação civil pública não poderia servir de meio para a declaração, com efeito erga omnes, de inconstitucionalidade de lei, sendo o Ministério Público parte ativa ilegítima para tanto. 5. Entretanto, em face do novo posicionamento desta Corte, pelo seu caráter uniformizador, revejo minha posição, a fim de reconhecer a legitimidade do Parquet para tal desiderato, com suporte, dentre tantos, nos seguintes julgados: EREsp nº 303994/MG, 1ª Seção, DJ de 01/09/2003; EREsp nº 327206/DF, 1º Seção, DJ de 15/03/2004; EREsp nº 303174/DF, 1ª Seção, DJ de 01/09/2003; REsp nº 439509/SP, 4ª Turma, DJ de 30/08/2004; REsp nº 364380/RO, 5ª Turma, DJ de 30/08/2004; AGA nº 290832/SP, 2ª Turma, DJ de 23/08/2004; AGREsp nº 566862/SP, 3ª

Turma, DJ de 23/08/2004; REsp nº 373685/DF, 1ª Turma, DJ de 16/08/2004; REsp nº 556618/DF, 4ª Turma, DJ de 16/08/2004; REsp nº 574410/MG, 1ª Turma, DJ de 05/08/2004; REsp nº 557646/DF, 2ª Turma, DJ de 30/06/2004.

6. Agravo conhecido com o provimento do recurso especial (art. 544, § 3º, do CPC). Cuida-se de agravo de instrumento oposto pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais para reformar decisão que inadmitiu recurso especial intentado contra acórdão que, em preliminar, acolheu a ilegitimidade ativa do recorrente para a propositura de ação civil pública visando impugnar a cobrança do IPTU instituído pelo Município recorrido para o exercício de 2001. Alega-se violação aos arts. 5º, II, “a”, da LC nº 75/93, 1º, IV, e 21 da Lei nº 7.347/85, e 83 da Lei nº 8.078/90, além de se apontar dissenso pretoriano. Sustenta-se a legitimidade do Parquet para o ajuizamento da ação civil pública referenciada. Relatados, decido. Não nego que, por diversas vezes, com base em inúmeros precedentes desta Casa Julgadora, externei entendimento no sentido de que a ação civil pública não poderia servir de meio para a declaração, com efeito erga omnes, de inconstitucionalidade de lei, sendo o

Ministério Público parte ativa ilegítima. Entretanto, em face do novo posicionamento desta Corte, pelo seu caráter uniformizador, revejo minha posição, a fim de reconhecer a legitimidade do Parquet para tal desiderato, com suporte, dentre tantos, nos seguintes julgados: EREsp nº 303994/MG, 1ª Seção, DJ de 01/09/2003; EREsp nº 327206/DF, 1º Seção, DJ de 15/03/2004; EREsp nº 303174/DF, 1ª Seção, DJ de 01/09/2003; REsp nº 439509/SP, 4ª Turma, DJ de 30/08/2004; REsp nº 364380/RO, 5ª Turma, DJ de 30/08/2004; AGA nº 290832/SP, 2ª Turma, DJ de 23/08/2004; AGREsp nº 566862/SP, 3ª Turma, DJ de 23/08/2004; REsp nº 373685/DF, 1ª Turma, DJ de 16/08/2004; REsp nº 556618/DF, 4ª Turma, DJ de 16/08/2004; REsp nº 574410/MG, 1ª Turma, DJ de 05/08/2004; REsp nº 557646/DF, 2ª Turma, DJ de 30/06/2004. A pretensão do recorrente apresenta-se, a meu pensar, em harmonia com as regras do nosso ordenamento jurídico e com a mais recente jurisprudência esta Corte Superior sobre o assunto. Por tais razões, conheço do agravo para prover o recurso especial (art. 544, § 3º, do CPC). Determino que o Tribunal a quo proceda ao exame do agravo de instrumento ofertado pelo MP nos demais aspectos. (AG Nº 596.345/MG (2004/0043574-Resp. Rel. MINISTRO JOSÉ DELGADO, DJ 17.09.2004.)

E mais,

PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE *INCIDENDER TANTUM*. LEGITIMIDADE ATIVA. MINISTERIO PÚBLICO. TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA. DIREITOS DE CONTRIBUINTE. 1 Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público anteriormente à MP 2.180-35 de 24/08/2001. *Legitimatío ativa ad causam*. A legitimidade, como uma das condições da ação, rege-se pela lei vigente à data da propositura da ação. À época da propositura vigorava no E. STJ e no E.STF o entendimento a cerca da legitimação do Ministério Público, por força do artigo 129, inciso III da Constituição de 1988, para promover qualquer espécie de ação na defesa de direitos transindividuais, neste incluídos os direitos dos contribuintes de taxa de iluminação pública, ainda que por ação civil pública, cuja eficácia da decisão acerca do objeto mediato é *erga omnes* ou *ultra partes*. A soma dos interesses múltiplos dos contribuintes constitui o interesse transindividual, que possui dimensão coletiva, tornando-se público e indisponível, apto a legitimar o *Parquet* a velá-lo em juízo. 2 – Deveras a arguição, *in casu*, é incidental de inconstitucionalidade de norma tributária em sede de Ação Civil Pública, porquanto nesses casos a questão da ofensa à Carta Federal tem natureza de ‘prejudicial’, sobre a qual não repousa o manto da coisa julgada. Precedente do E.STF. 3 – Recurso Especial provido. (Resp 574.410/MG, Rel. Ministro Luiz Fux, 1ª Turma do STJ, publicado em 05/08/2004.)

Em suma, não há como negar a legitimidade ministerial para a defesa dos contribuintes.

Ação Civil Pública – inconstitucionalidade incidental – possibilidade

Inicialmente, convém registrar que as Ações civis públicas são propostas com o objetivo de atingir os efeitos concretos das Leis Municipais, ou seja, impedir a cobrança da *Contribuição para serviços de Iluminação Pública* e compelir a Cessionária e o Município a restituir os valores indevidamente cobrados, e esses pedidos somente podem ser atendidos se reconhecida incidentalmente a inconstitucionalidade da norma, porquanto, no controle por via de ação, não se obtém a prestação jurisdicional em relação aos efeitos concretos da lei inconstitucional. O objeto da ação direta é exclusivamente, a questão da constitucionalidade.

No dizer do renomado professor José Afonso da Silva, a **ação direta** destina-se **“a obter a decretação de inconstitucionalidade, em tese, de lei ou ato normativo, (...) sem outro objetivo senão o de expurgar da ordem jurídica a incompatibilidade vertical; é ação que visa exclusivamente a defesa do princípio da supremacia constitucional”** (*Curso de Direito Constitucional Positivo*, 7ª ed., RT, p. 50).

Para o jurista José Carlos Moreira Alves, a ação direta é **“instrumento de controle político da constitucionalidade da lei em tese, e não estritamente meio de prestação jurisdicional”** (RTJ 94/58).

Logo, o controle abstrato, por estar voltado exclusivamente à defesa da ordem constitucional, não constitui remédio próprio para a tutela de interesses individuais e coletivos.

Nem por isso, todavia, ficarão os legitimados à ação coletiva impossibilitados de defender os interesses que lhes foram confiados pela Carta Magna, pois ao juiz compete compor o litígio e efetivar o direito ao caso concreto, analisando, se necessário, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade de norma legal. Aliás, é por essa razão que se admite o controle difuso da constitucionalidade.

Conforme observou o mestre José Afonso da Silva:

“...qualquer interessado poderá suscitar a questão de inconstitucionalidade, em qualquer processo, seja de que natureza for, qualquer que seja o juízo.” (*op. cit.*, p. 50)

Caso assim não se entenda, estar-se-á transformando o direito à jurisdição, garantido constitucionalmente, em uma injusta ilusão.

Como anotou o Juiz Aroldo Plínio Gonçalves, **“os jurisdicionados, aqueles que vêm, através do processo, buscar a proteção do Direito, constituem, estes sim, a razão de ser do Poder Judiciário, e para eles está voltada a finalidade de nossa atuação”** (citado por Carmen Lúcia Antunes Rocha, em artigo publicado na obra *As Garantias do Cidadão na Justiça*, RT, 1993, p. 50).

De mais a mais, a possibilidade de se discutir incidentalmente a inconstitucionalidade de lei em ação civil pública está prevista no artigo 83 do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90).

Dispõe o referido artigo:

“Art. 83. Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este Código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.”

Esse dispositivo, embora inserido no CDC, aplica-se à defesa de todos os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, conforme se depreende do disposto no artigo 21 da Lei nº 7.347/85 e artigos 90 e 117 da Lei nº 8.078/90.

Vale dizer: a amplitude dos remédios jurídicos colocados à disposição dos legitimados ativos autoriza o ajuizamento de ações de conhecimento, cautelares, de execução ou mandamentais. As de conhecimento podem ser declaratórias, condenatórias ou constitutivas.

Confira-se a lição do jurista Nelson Nery Júnior:

“Pelo art. 83 do Código, são admissíveis todas as ações e providências necessárias a fazerem valer os direitos previstos no CDC. Assim, podem ser ajuizadas ações de conhecimento de qualquer espécie (meramente declaratórias, condenatórias, constitutivas positivas e negativas), de execução, cautelares e mandamentais. O mesmo sistema vale para as ações movidas com base na LACP, já que o art. 83 do CDC a elas se aplica por expressa disposição dos arts. 90 e 117 do CDC, havendo este último acrescentado o art. 21 à LACP mandando aplicar a seu sistema o Título III (Defesa do Consumidor em Juízo) do CDC.”¹² (

Oportunas, também, as palavras do mestre Hugo Nigro Mazzilli, inseridas em sua obra *O inquérito Civil*, 2ª edição, Saraiva, página 134, item nº 7:

“Entretanto, nada impede que, por meio de ação civil pública da Lei n. 7347/85, se faça, não o controle concentrado e abstrato de constitucionalidade das leis, mas, sim, seu controle difuso ou incidental.

(...) assim como ocorre nas ações populares e mandados de segurança, nada impede que a inconstitucionalidade de um ato normativo seja objetada em ações individuais ou coletivas (não em ações diretas de inconstitucionalidade, apenas), como causa de pedir (não o próprio pedido) dessas ações individuais ou dessas ações civis públicas ou coletivas.”

Importante registrar, outrossim, que a instauração da ação direta não beneficiará os titulares do direito material, uma vez que a decisão não terá o condão de garantir o direito de exigir, via execução, as providências devidas, tendo-se em vista que a ação direta não tem natureza condenatória, conforme demonstrado acima.

É por essa razão que os tribunais – inclusive o Supremo Tribunal Federal – têm reconhecido a legitimidade da utilização da ação civil pública como instrumento idôneo de fiscalização incidental de constitucionalidade, desde que, nessa ação coletiva, a controvérsia

¹² Nery, Nelson Júnior in *O Processo Civil no Código de Defesa do Consumidor*, RP 61/25-(35)

constitucional, longe de identificar-se como objeto único da demanda, qualifique-se como simples questão prejudicial, indispensável à resolução do litígio principal.

Confira-se:

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTROLE INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDADE. QUESTÃO PREJUDICIAL. POSSIBILIDADE. INOCORRÊNCIA DE USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

O Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a legitimidade da utilização da ação civil pública como instrumento idôneo de fiscalização incidental de constitucionalidade, pela via difusa, de quaisquer leis ou atos do Poder Público, mesmo quando contestados em face da Constituição da República, desde que, nesse processo coletivo, a controvérsia constitucional, longe de identificar-se como objeto único da demanda, qualifique-se como simples questão prejudicial, indispensável à resolução do litígio principal. Precedentes.” (Decisão do Ministro Celso de Mello na Reclamação nº 1.733-SP, publicada no *DJ* em 01.12. 2000)

“Recurso extraordinário. Ação Civil Pública. Ministério Público. Legitimidade. 2. Acórdão que deu como inadequada a ação civil pública para declarar a inconstitucionalidade de ato normativo municipal. 3. Entendimento desta Corte no sentido de que *‘nas ações coletivas, não se nega, à evidência, também, a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade, incidenter tantum, de lei ou ato normativo federal ou local.’* 4. Reconhecida a legitimidade do Ministério Público, em qualquer instância, de acordo com a respectiva jurisdição, a propor ação civil pública (CF, arts. 127 e 129, III). 5. Recurso extraordinário conhecido e provido para que se prossiga na ação civil pública movida pelo Ministério Público.” (RE nº 227.159-4/GO, Rel. Min. Neri da Silveira, *DJ* em 17.05.2002)

Com efeito, pode-se asseverar que não há qualquer vedação legal à discussão incidental de inconstitucionalidade de lei no âmbito da ação coletiva.

Ademais, como muito bem observado pelo e. Ministro Teori Albino Zavascki no julgamento do Recurso Especial nº 547.410/MG:

“Finalmente, cumpre observar que, pelo menos quanto ao pedido de ressarcimento das quantias pagas pelos substituídos processuais, a pretensão formulada na ação civil pública refoge inteiramente ao objeto das ações de controle concentrado, nas quais, como se sabe, não há lugar para provimentos de natureza condenatória. Portanto, ainda que superados todos os argumentos expostos, é certo que,

quanto a esse aspecto, não se poderia cogitar de conflito entre ação coletiva e ação de controle concentrado.”¹³

Conclusão

Pelo exposto, pode-se asseverar que a Constituição da República, ressoante de Lei Complementar Federal que defina as regras gerais de tributação, para, que possam os municípios editar suas leis instituidoras do referido tributo criado pelo art. 149-A da Magna Carta.

A par disso, a realidade hoje vivenciada nos permite dizer que os municípios que intituíram a contribuição estão alicerçados em normas que dependem de lei federal para sua eficácia.

Outrossim, em casos assemelhados ao do município de Belo Vale, em que várias inconstitucionalidades foram verificadas, a providência que se exige do Ministério Público é a intervenção de Ação Civil Pública, já que sua legitimidade ativa para defesa dos contribuintes e a adequação da aludida via processual restaram devidamente demonstradas.

¹³ Recurso Especial n. 574410/MG- Relator Ministro Luiz Fux, julgamento em 01.06.2004