

São Paulo, 18 de fevereiro de 2022.

AO

WORLD BANK GROUP

Setor Comercial Norte, Quadra 2, Bloco A s/n Conjuntos 702/703

Corporate Financial Center

Brasília/DF, CEP 70712-900 - Brasil

A/C: Sra. Megan Meyer / Sr. Carlos Antonio Costa / Sra. Julia Conter

**Referência: Parecer Jurídico (Contrato n.º 7202820) – Task 3: Final Report.
Versão Final do Estudo de viabilidade jurídica para estruturação de
Projeto de Gestão Associada de Iluminação Pública (IP)**

Prezados Senhores,

Fazemos referência ao Parecer solicitado por Vossas Senhorias objetivando a análise, do ponto de vista jurídico, da viabilidade de se estruturar um modelo de contratação de PPPs de prestação do serviço de iluminação pública, via Consórcio Público, composto por um conglomerado de Municípios com diferentes capacidades contributivas, tendo, como objeto de avaliação, os seguintes tópicos:

- (i) Eventual tratamento desigual entre consumidores a partir do uso da COSIP para fins de financiar pagamentos no âmbito de um Consórcio Público contratante de uma PPP de prestação do serviço de iluminação pública;

- (ii) Confirmação da existência de impedimentos legais para que parte da arrecadação da COSIP de um Município sirva para subsidiar despesas de iluminação pública em outros Municípios, sob a forma de subsídio cruzado, admitido para preços públicos;
- (iii) Avaliação da natureza jurídica específica da COSIP, incluindo-se a análise de obstáculo à repartição pretendida (em caso afirmativo, fornecimento de recomendações sobre como a PPP deve ser estruturada para tratar, adequadamente, desta questão);
- (iv) Quaisquer outras questões jurídicas, além das acima descritas, que venham a ser levantadas durante o processo de estruturação do Consórcio Público;
- (v) Avaliação dos possíveis cenários que podem surgir de um Consórcio Público em iluminação pública (por exemplo, subsídios cruzados, diferenças nas tarifas, benefícios *per capita* etc.); e
- (vi) Inclusão de insumos sobre o que deve ser observado, ao longo da estruturação do Projeto, visando o desenvolvimento de uma PPP de prestação do serviço de iluminação pública, utilizando-se, para tanto, a figura do Consórcio Público (mesmo que a análise acima acabe concluindo que a COSIP não pode ser utilizada para financiar outros Municípios além daquele em que foi coletada).

Após ouvir os comentários de Vossas Senhorias, comprometemo-nos a avaliar, sob o ponto de vista jurídico, os arranjos possíveis para o aproveitamento de recursos provenientes da arrecadação da COSIP por meio de formalização de Consórcios Públicos, indicando os riscos e as mitigações correspondentes para fins de viabilizar o modelo ora proposto.

Insta esclarecer, por oportuno, que o presente Parecer não tem por finalidade abordar e dar soluções específicas, sendo certo que as particularidades relacionadas a cada Município serão tratadas, futuramente, no âmbito das respectivas modelagens.

Sendo o que cabia expor para o momento, aproveitamos a oportunidade para reiterar nossos votos de elevada estima e consideração.

Atenciosamente,

Maurício Boudakian Moysés

OAB/SP 221.705

Marina Fochesato Cintra

OAB/SP 195.413

Patricia Ferrari

OAB/SP 377.730

Rafaella Lombardi Borelli

OAB/SP 374.347

PARECER JURÍDICO

VERSÃO FINAL DO ESTUDO DE VIABILIDADE JURÍDICA PARA ESTRUTURAÇÃO DE PROJETO DE GESTÃO ASSOCIADA, POR MEIO DE CONTRATAÇÃO DE PPP, POR MEIO DE CONSÓRCIO PÚBLICO, TENDO POR OBJETO A PRESTAÇÃO DO SERVIÇO DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA POR UM ÚNICO PRESTADOR DE SERVIÇO.

FEVEREIRO DE 2022.

SUMÁRIO

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS	9
1.1. Contexto.....	9
1.2. Escopo do Relatório	9
2. MARCO REGULATÓRIO	11
3. ATIVIDADE DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA	12
3.1. Competência, natureza jurídica e conceituação dos serviços de iluminação pública.....	12
4. CONTRIBUIÇÃO PARA O CUSTEIO DO SERVIÇO DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA (COSIP)	13
4.1. Histórico.....	13
4.2. O caráter <i>sui generis</i> da COSIP.....	15
4.2.1. Precedentes judiciais relacionados à COSIP e sua destinação	17
4.3. Aspectos tributários.....	22
5. CONSÓRCIOS PÚBLICOS	24
5.1. Natureza jurídica.....	24
5.2. Principais características.....	25
6. MODELAGEM JURÍDICA PARA A ESTRUTURAÇÃO DE UM PROJETO DE PPP DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA CONTRATADA POR MEIO DE UM CONSÓRCIO PÚBLICO	27
6.1. A relação entre o Consórcio Público e os serviços de iluminação pública	27
6.2. Requisitos para formalização de um Consórcio Público para a gestão associada dos serviços de iluminação pública por meio de uma PPP	28
6.3. Tratamento da COSIP no modelo de contratação da PPP de Iluminação pública por meio de um Consórcio Público.....	30
6.4. Alternativas jurídicas para utilização da COSIP em uma PPP de iluminação pública contratada por Consórcio Público	34
6.5. Destinação dos Recursos de COSIP Arrecadados	35
6.5.1. Considerações Iniciais	35
6.5.2. Entendimento sobre a política de subsídio cruzado	36
6.5.3. Possibilidade de modelagem conjunta da PPP dos Municípios integrantes do Consórcio Público – Indicador na receita.....	38
6.5.4. Possibilidade de modelagem conjunta da PPP dos Municípios integrantes do Consórcio Público – Indicador nos custos.....	41
6.5.4.1. CAPEX	41

6.5.4.2. OPEX	43
6.5.4.3. Faturas de energia elétrica.....	44
6.5.4.4. Aproveitamento das sinergias da contratação em bloco	45
6.5.5. Considerações finais sobre o uso da COSIP para modelagem do Projeto de PPP contratado por Consórcio Público.	46
7. ASPECTOS CONTRATUAIS.....	48
7.1. O Consórcio Público como Poder Concedente	48
7.2. Peculiaridades inerentes às contraprestações públicas.....	49
7.2.1. Legislação da COSIP	50
7.2.2. Comprometimento da Receita Corrente Líquida – RCL	52
7.3. Desvinculação de recursos arrecadados pelos Municípios/Distrito Federal	53
7.4. Operacionalização de contas vinculadas	55
7.5. Emissão de faturas	57
7.6. Riscos relacionados à alteração da composição do Consórcio Público.....	58
8. CONCLUSÃO	60

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

1.1. Contexto

O presente Parecer (**Task 3**) tem por finalidade apresentar, de forma objetiva, a conclusão e complementação do Parecer anteriormente apresentado (**Task 2**), acerca de todos os aspectos relacionados à análise da viabilidade jurídica da estruturação de um futuro Consórcio Público que tenha por objetivo, por meio de um modelo de Parceria Público Privada (“PPP”), realizar a modernização, eficientização, expansão, operação e manutenção da rede de iluminação pública dos Municípios consorciados.

A estruturação de um Consórcio Público tendo, como objetivo, a reunião de diversos Municípios interessados na delegação dos serviços público de iluminação pública à iniciativa privada visa possibilitar a união de recursos financeiros entre entes federativos de portes distintos que, isoladamente, não teriam condições econômico-financeiras de viabilizar um Projeto de PPP próprio.

1.2. Escopo do Relatório

O Parecer abordará, dentre outros aspectos, o tributo municipal denominado Contribuição para Custeio de Iluminação Pública (“**COSIP**”) utilizado para custear a energia, os serviços e a expansão da rede de iluminação pública dos Municípios brasileiros, como será melhor explicado adiante.

Para tanto, em atenção ao *Term of Reference* (“**TOR**”), serão analisados:

- (i) Eventual tratamento desigual entre consumidores, a partir do uso da COSIP, para fins de financiar pagamentos no âmbito de um Consórcio Público contratante de uma PPP de prestação do serviço de iluminação pública;

- (ii) Confirmação da existência de impedimentos legais para que parte da arrecadação da COSIP de um Município sirva para subsidiar despesas de iluminação pública em outros Municípios, sob a forma de subsídio cruzado, admitido para preços públicos;
- (iii) Avaliação da natureza jurídica específica da COSIP, incluindo-se a análise de obstáculo à repartição pretendida (em caso afirmativo, fornecimento de recomendações sobre como a PPP deve ser estruturada para tratar, adequadamente, desta questão);
- (iv) Quaisquer outras questões jurídicas, além das acima descritas, que venham a ser levantadas durante o processo de estruturação do Consórcio Público;
- (v) Avaliação dos possíveis cenários que podem surgir de um Consórcio Público em iluminação pública (por exemplo, subsídios cruzados, diferenças nas tarifas, benefícios *per capita* etc.); e
- (vi) Inclusão de insumos sobre o que deve ser observado, ao longo da estruturação do Projeto, visando o desenvolvimento de uma PPP de prestação do serviço de iluminação pública, utilizando-se, para tanto, a figura do Consórcio Público (mesmo que a análise acima acabe concluindo que a COSIP não pode ser utilizada para financiar outros Municípios além daquele em que foi coletada).

2. MARCO REGULATÓRIO

Marco Regulatório	Dispositivos
Constituição Federal	Art. 30. Compete aos Municípios: V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial;
	Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.
	Art. 149. A Os Municípios e o Distrito Federal poderão instituir contribuição, na forma das respectivas leis, para o custeio do serviço de iluminação pública, observado o disposto no art. 150, I e III. Parágrafo único. É facultada a cobrança da contribuição a que se refere o caput, na fatura de consumo de energia elétrica.
Lei Federal n.º 5.172/1966	Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios.
Lei Federal n.º 8.987/1995	Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências.
Lei Complementar n.º 116/2003	Dispõe sobre o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, e dá outras providências.
Lei Federal n.º 11.079/ 2004	Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública.
Lei Federal n.º 11.107/2005	Dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos e dá outras providências.
Resolução Normativa da ANEEL n.º 414/2010	Estabelece as Condições Gerais de Fornecimento de Energia (Revogada).
Resolução Normativa da ANEEL n.º 888/2020	Aprimora as disposições relacionadas ao fornecimento de energia elétrica para o serviço público de iluminação pública.
Resolução Normativa da ANEEL n.º 1.000/2021	Estabelece as Regras de Prestação do Serviço Público de Distribuição de Energia Elétrica; revoga as Resoluções Normativas ANEEL n.º 414, de 9 de setembro de 2010; n.º 470, de 13 de dezembro de 2011; n.º 901, de 8 de dezembro de 2020 e dá outras providências.

3. ATIVIDADE DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA

3.1. Competência, natureza jurídica e conceituação dos serviços de iluminação pública

A Constituição Federal, em seu art. 30, inciso V, prevê, como competência dos Municípios, a organização e a prestação, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, dos serviços públicos de interesse local, dentre os quais o serviço de iluminação de logradouros públicos.

Em que pese a competência municipal para a prestação dos serviços de iluminação pública tenha sido estabelecida na atual Constituição Federal, tradicionalmente, com base em legislação da década de 40¹, os Municípios contratavam o fornecimento de energia elétrica para iluminação pública e transferiam a prestação de serviços de iluminação pública, bem como os ativos a ele afetos, para as empresas distribuidoras de energia.

Após o advento do novo regramento introduzido na Resolução da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL (“ANEEL”) n.º 414/2010 (“**Resolução da ANEEL n.º 414/2010**”, revogada pela Resolução da ANEEL n.º 1.000, de 20 de dezembro de 2021 - “**Resolução da ANEEL n.º 1.000/2021**”), contudo, os serviços de iluminação pública, assim entendidos como a elaboração de projeto, a implantação, expansão, operação e manutenção das instalações de iluminação pública, passaram a ser expressamente previstos como de responsabilidade do ente municipal ou de quem tenha recebido deste último a delegação para prestar tais serviços (art. 451, da Resolução da ANEEL n.º 1.000/2021).

¹ Conforme artigo 8º, do Decreto-Lei 3.763/41: “O estabelecimento de redes de distribuição e o comércio de energia elétrica dependem exclusivamente de concessão ou autorização federal. Parágrafo único. Os fornecimentos de energia elétrica para serviços de iluminação pública, ou para quaisquer serviços públicos de caráter local explorados pelas municipalidades, serão regulados por contratos de fornecimentos entre estas e os concessionários ou contratantes, observado o disposto nos respectivos contratos de concessão ou de exploração, celebrados com o Governo Federal, para distribuição de energia elétrica na zona em que se encontrar o município interessado.”

Assim, os serviços de iluminação pública são de responsabilidade do Poder Público Municipal ou Distrital, ou ainda daquele que receba essa delegação, sendo de competência do responsável zelar pelo fornecimento de iluminação de *“vias públicas destinadas ao trânsito de pessoas ou veículos, tais como ruas, avenidas, logradouros, caminhos, passagens, passarelas, túneis, estradas e rodovias”*, bem como pela iluminação de *“bens públicos destinados ao uso comum do povo, tais como abrigos de usuários de transportes coletivos, praças, parques e jardins, ainda que o uso esteja sujeito a condições estabelecidas pela administração, inclusive o cercamento, a restrição de horários e a cobrança”*, nos termos dos incisos I e II, do Artigo 189, da Resolução da ANEEL n.º 1.000/2021.

De acordo com o § 1.º, do artigo supracitado, não são classificados, como serviços de iluminação pública, o fornecimento de energia elétrica que tenha por objetivo qualquer forma de propaganda ou publicidade, a realização de atividades que visem a interesses econômicos, a iluminação das vias internas de condomínios e o atendimento a semáforos, radares e câmeras de monitoramento de trânsito.

4. CONTRIBUIÇÃO PARA O CUSTEIO DO SERVIÇO DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA (COSIP)

4.1. Histórico

Os serviços de iluminação pública, tradicionalmente prestados pelas distribuidoras de energia elétrica, eram custeados pela taxa de iluminação pública, criada por alguns Municípios na década de oitenta, com base no art. 145, II, da Constituição Federal e no art. 77, do Código Tributário Nacional (“**CTN**”).

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal (“STF”)² decidiu, após a criação da aludida taxa por alguns Municípios, que “*o serviço de iluminação pública não pode ser remunerado mediante taxa*”, já que esta espécie de tributo somente pode ser criada para tributar fato gerador relacionado ao exercício regular do poder de polícia ou para utilização de serviço público específico e divisível, ao passo que o serviço de iluminação pública é utilizado por toda a sociedade, de forma indivisível.

Nesse sentido, a Súmula n.º 670, do STF, posteriormente convertida na Súmula Vinculante n.º 41, estabelece que “*o serviço de iluminação pública não pode ser remunerado mediante taxa.*”

Com a promulgação da Emenda Constitucional n.º 39/2002, a Constituição Federal foi acrescida do art. 149-A, segundo o qual os Municípios e o Distrito Federal poderiam instituir contribuição, na forma das respectivas leis, para custeio do serviço de iluminação pública, facultando a sua cobrança nas contas de consumo de energia elétrica:

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.*
Parágrafo único. É facultada a cobrança da contribuição a que se refere o caput, na fatura de consumo de energia elétrica.”

A partir desta nova previsão constitucional, os Municípios ficaram autorizados a instituir, por meio de lei, a contribuição para custeio do serviço de iluminação pública, chamada de COSIP (ou CIP, a depender da sigla atribuída ao tributo por cada Município).

²RE 231.764 - IG - Pleno - 10/03/99 - DJU de 21/05/99; RE 233.332 - IG - Pleno - 10/03/99 - DJU de 14/05/99 AG (AgRg) 231.132 - CV; e- 2ª T. - 25/05/99 - DJU de 06/08/99.

4.2. O caráter *sui generis* da COSIP

A COSIP tem por finalidade, conforme disposto no art. 149-A, da Constituição Federal, o custeio do serviço de iluminação pública de cada Município em que restar constituída, não se tratando de um tributo comum, mas sim de um tributo com caráter *sui generis* que se diferencia de qualquer outro tributo federal, estadual ou municipal.

Como supramencionado, a COSIP surgiu com a promulgação da Emenda Constitucional n.º 39/2002, que acrescentou o art. 149-A à Constituição Federal. Como será abordado adiante, o **STF entendeu que a COSIP é um tributo com caráter *sui generis* e a ela se aplicam os princípios que regem as taxas e as contribuições, no que couber.** Conforme se verifica no CTN, a COSIP sequer entra no rol dos tributos elencados no art. 5.º, a saber: impostos, taxas e contribuições de melhoria.

O art. 16, do CTN, define imposto como “o tributo cuja obrigação **tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica**, relativa ao contribuinte” (ênfase acrescentada). Como se sabe, a COSIP tem como objetivo custear os serviços de iluminação pública, portanto, pressupõe uma atividade estatal específica, não se confundindo, assim, com um tributo.

Já as taxas, de acordo com o art. 77, do CTN, são “cobradas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, **têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível**, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição” (ênfase acrescentada). Como se sabe, os serviços de iluminação pública não são específicos e divisíveis, não exigindo a contraprestação individualizada a um contribuinte específico.

Difere-se a COSIP, também, das contribuições de melhoria, posto que estas, nos termos do art. 81, do CTN, são instituídas para “fazer face ao custo de obras públicas de

que decorra valorização imobiliária, tendo como limite total a despesa realizada e como limite individual o acréscimo de valor que da obra resultar para cada imóvel beneficiado”. A COSIP não possui relação com valorização imobiliária, tampouco pode-se aferir que acréscimo de valor gerado pela implementação dos serviços de iluminação pública dão origem à cobrança da COSIP, não se confundindo, assim, com as contribuições de melhoria.

Por fim, a COSIP não consiste em uma tarifa, nem mesmo em um preço público, posto que estes sequer são considerados como tributos. Conforme Acórdão proferido pelo Ministro Teori Zavascki do STF, nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 800, preço público/tarifa se diferenciam de tributo, haja vista que não podem ser exigidos indiscriminadamente, além de não serem compulsórios, conforme a seguir exposto:

“O Ministro Ilmar Galvão, em seu voto, entendeu que o pedágio é espécie de preço público por não ser cobrado compulsoriamente de quem não utilizar a rodovia; ou seja, é uma retribuição facultativa paga apenas mediante o uso voluntário do serviço. Em suas palavras:

Por isso mesmo que de tributo não se trata, mas sim de tarifa, não pode ser exigido, indiscriminadamente, pela utilização de todas as estradas, mas tão somente em relação a estradas que apresentam ‘condições especiais de tráfego’ (via expressa de alta velocidade e segurança) seja bloqueada e ofereça possibilidade de alternativa para o usuário (outra estrada que o conduza livremente ao mesmo destino), embora em condições menos vantajosas de tráfego’ (ainda HELY MEIRELLES, ob. cit. pág. 19), que após observar ‘estes requisitos são hoje considerados indispensáveis pela doutrina rodoviária estrangeira e nacional’,

(...)

O critério distintivo da compulsoriedade/voluntariedade foi mantido pelo STF, quando definiu a contraprestação paga pelo fornecimento de energia elétrica como um preço público: “TRIBUTÁRIO. ENERGIA ELÉTRICA. ENCARGOS CRIADOS PELA LEI 10.438/02. NATUREZA JURÍDICA CORRESPONDENTE A PREÇO PÚBLICO OU TARIFA. INAPLICABILIDADE DO REGIME TRIBUTÁRIO. AUSÊNCIA DE COMPULSORIEDADE NA FRUIÇÃO DOS SERVIÇOS. RECEITA ORIGINÁRIA E PRIVADA DESTINADA A REMUNERAR CONCESSIONÁRIAS, PERMISSONÁRIAS E AUTORIZADAS INTEGRANTES DO SISTEMA INTERLIGADO NACIONAL. RE IMPROVIDO. I - Os encargos de capacidade emergencial e de aquisição de energia elétrica emergencial, instituídos pela Lei 10.438/02, não possuem natureza tributária. 11 Documento assinado digitalmente conforme MP n.º 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura. II - Encargos destituídos de compulsoriedade, razão pela qual correspondem a tarifas ou preços públicos. III - Verbas que constituem receita originária e privada, destinada a remunerar concessionárias, permissionárias e autorizadas pelos custos do serviço, incluindo sua manutenção, melhora e expansão, e medidas para prevenir momentos de escassez. IV - O art. 175, III, da CF autoriza a subordinação dos referidos encargos

à política tarifária governamental. V - Inocorrência de afronta aos princípios da legalidade, da não-afetação, da moralidade, da isonomia, da proporcionalidade e da razoabilidade. VI - Recurso extraordinário conhecido, ao qual se nega provimento” (RE 576189/RS, Pleno, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 22/04/2009, DJe de 26/06/2009). (Ênfase acrescentada).

Assim, o preço público e a tarifa são facultados ao contribuinte que só os recolhe quando usufrui do serviço prestado, diversamente do que ocorre com a COSIP, haja vista que, quando instituída pelos Municípios, salvo nos casos de isenção expressamente previstos em lei, o contribuinte é obrigado a pagar referido tributo.

4.2.1. Precedentes judiciais relacionados à COSIP e sua destinação

A partir do levantamento e da análise de decisões judiciais, verificou-se que, quando da instituição da COSIP, pela Emenda Constitucional já citada, tornou-se comum que os munícipes propusessem ações judiciais questionando a sua cobrança.

Os principais questionamentos se referiam à constitucionalidade e à legalidade da cobrança do tributo, em especial aos critérios para definição da base de cálculo, forma de cobrança na conta de luz, dentre outros. Exemplificativamente, transcreve-se a decisão proferida pelo TJ-RJ, por meio da qual se legitimou a cobrança da COSIP diretamente na conta de luz dos munícipes:

“AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO.CONTRIBUIÇÃO DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA -CIP. MUNICÍPIO DE SÃO GONÇALO. INCONFORMISMO DA APELANTE QUANTO À FORMA COMO FOI FEITA A COBRANÇA, COM A INCLUSÃO DA CIP EM SUA CONTA DE LUZ SEM QUE TENHA SIDO CONSULTADA. A COBRANÇA DA CONTRIBUIÇÃO EM QUESTÃO NÃO SE REFERE A SERVIÇO, MAS SIM A TRIBUTO, PREVISTO EM SEDE CONSTITUCIONAL. A EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 39/2002 INTRODUZIU O ART. 149-A NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, FACULTANDO AOS MUNICÍPIOS A INSTITUIÇÃO DA CONTRIBUIÇÃO PARA CUSTEIO DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA, DESDE QUE OBSERVADOS OS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, DA ANTERIORIDADE E DA ANULIDADE, CONFORME O ART. 150, II E III, DA CF/88.EXISTÊNCIA DE LEI QUE REGULA ESTE DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL NO MUNICÍPIO DE SÃO GONÇALO, LEI Nº 44/2002, TAMBÉM TRAZ PREVISÃO ACERCA DA COBRANÇA POR MEIO DAS CONTAS DE LUZ PAGAS PELOS CONTRIBUINTES INSTITUÍDA PELA LEI. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO QUANTOS AOS VALORES COBRADOS, QUE DEVEM SER CONSIDERADOS COMO CORRETOS, NÃO HAVENDO NENHUMA ILEGALIDADE NA COBRANÇA EFETUADA NAS CONTAS DE LUZ DA APELANTE.DECISÃO DO ÓRGÃO ESPECIAL DESTA TRIBUNAL NO SENTIDO DE QUE A LEI N.º 44/2002 SE CONCILIA COM A ORDEM CONSTITUCIONAL. NEGA-SE

17

SEGUIMENTO AO RECURSO.” (TJ-RJ – APL: 00342532720058190004 RIO DE JANEIRO SÃO GONÇALO 4 VARA CÍVEL, Relator: HELENA CANDIDA LSBOA GAEDE, Data de Julgamento: 17/01/2007, PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 22/01/2007). (Ênfase acrescentada).

A legalidade e a constitucionalidade da COSIP, no formato adotado por diversos Municípios, já é assunto pacificado no Judiciário, visto que, em março de 2009, o STF julgou o Recurso Extraordinário (“RE”) n.º 573.675-0/SC, interposto pelo Ministério Público Estadual contra a Lei Complementar n.º 07/2002 do Município de São José. Com efeito, o STF declarou a constitucionalidade da cobrança da contribuição, a forma utilizada para estabelecer o sujeito passivo do encargo e a base de cálculo, conforme ementa a seguir transcrita:

“CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. RE INTERPOSTO CONTRA DECISÃO PROFERIDA EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE ESTADUAL. CONTRIBUIÇÃO PARA O CUSTEIO DO SERVIÇO DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA - COSIP. ART. 149-A DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. LEI COMPLEMENTAR 7/2002, DO MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ, SANTA CATARINA. COBRANÇA REALIZADA NA FATURA DE ENERGIA ELÉTRICA. UNIVERSO DE CONTRIBUINTES QUE NÃO COINCIDE COM O DE BENEFICIÁRIOS DO SERVIÇO. BASE DE CÁLCULO QUE LEVA EM CONSIDERAÇÃO O CUSTO DA ILUMINAÇÃO PÚBLICA E O CONSUMO DE ENERGIA. PROGRESSIVIDADE DA ALÍQUOTA QUE EXPRESSA O RATEIO DAS DESPESAS INCORRIDAS PELO MUNICÍPIO. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA. INOCORRÊNCIA. EXAÇÃO QUE RESPEITA OS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. RECURSO EXTRAORDINÁRIO IMPROVIDO. I - 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. II - A progressividade da alíquota, que resulta do rateio do custo da iluminação pública entre os consumidores de energia elétrica, não afronta o princípio da capacidade contributiva. III - Tributo de caráter sui generis, que não se confunde com um imposto, porque sua receita se destina a finalidade específica, nem com uma taxa, por não exigir a contraprestação individualizada de um serviço ao contribuinte. IV - Exação que, ademais, se amolda aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. V - Recurso extraordinário conhecido e improvido.” (RE 573675, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 25/03/2009, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-094 DIVULG 21-05-2009 PUBLIC 22-05-2009 EMENT VOL-02361-07 PP-01404 RDDT n. 167, 2009, p. 144-157 RF v. 105, n. 401, 2009, p. 409-429)”. (Ênfase acrescentada).

Verifica-se, da leitura e análise da ementa acima transcrita, o questionamento sobre a isonomia da cobrança da contribuição de iluminação pública, sob o argumento de que o contribuinte deveria ser todo aquele que usufrui da iluminação pública e não somente os usuários de energia elétrica.

No caso, o STF entendeu que a contribuição de iluminação pública é um tributo com caráter *sui generis*, sendo impossível destacar os cidadãos que usufruem ou não da iluminação, e em que medida, conseqüentemente, a forma de cobrança da contribuição prevista na Constituição Federal e instituída pelo Município é razoável e não fere a isonomia.

No entendimento do STF, **a COSIP não se confunde com um imposto porque sua receita se destina a uma finalidade específica. Tampouco a COSIP se confunde com taxa, já que não exige a contraprestação individualizada de um serviço ao contribuinte, não havendo inconstitucionalidade ou ilegalidade na sua cobrança,** observadas as alíquotas que promovem o rateio, entre os consumidores, do valor devido, desde que observados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Como a decisão foi tomada em processo com repercussão geral³, o precedente tornou-se aplicável a todos os casos similares.

Ademais, na decisão do RE n.º 573.675-0/SC, o Ministro Relator Ricardo Lewandowski entendeu que, *“respeitados os demais princípios tributários e os critérios de razoabilidade e proporcionalidade, nada há de inconstitucional em identificarem-se os sujeitos passivos da obrigação em função de seu consumo de energia elétrica”* e ainda que os *“principais beneficiários do serviço serão sempre aqueles que residem ou exercem as suas atividades no âmbito do Município ou do Distrito Federal, isto é, pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, identificáveis por meio das respectivas faturas de energia elétrica”*.

Nesse sentido, verifica-se não haver qualquer violação em se ratear o valor gasto pelo referido Município com a iluminação pública, pelos contribuintes, de acordo com

³Supremo Tribunal Federal. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaRepercussaoGeralMeritoJulgado/anexo/18_RG_JulgamentoMerito.pdf - Acesso em: 14 de dezembro de 2021.

as alíquotas propostas que variam conforme o tipo de usuário do serviço. Isto porque, ainda de acordo com o voto do Relator, Ministro Ricardo Lewandowski não há “*um critério seguro de discriminação para se conferir determinado contribuinte uma carga tributária maior*”, haja vista o silêncio da Constituição Federal quanto à hipótese de incidência da COSIP, possibilitando a escolha da forma de cobrar tal tributo. Assim, vislumbrou-se que a Lei Complementar n.º 07/2002, do Município de São José, ao instituir um sistema progressivo de alíquotas, não feriu o princípio da isonomia e a capacidade contributiva dos sujeitos passivos.

Complementarmente, há também que ser citado, como outro tema polêmico relacionado ao alcance da destinação da COSIP, a possibilidade de aplicação dos recursos provenientes da arrecadação da COSIP para melhoramento e expansão da rede de iluminação pública.

O Ministro do STF Marco Aurélio reconheceu a repercussão geral do tema debatido no RE n.º 666.404/SP, que foi assim resumido “*Validade da destinação de recursos advindos da contribuição para o custeio do serviço de iluminação pública também ao melhoramento e à expansão da rede*”.

Em que pese ter reconhecido o tema como repercussão geral, o Ministro Marco Aurélio apresentou seu voto de mérito que foi contrário à utilização dos recursos da COSIP para melhoramento e expansão da rede. Entretanto, o Ministro Alexandre de Moraes apresentou voto divergente entendendo ser constitucional a cobrança, por Municípios e Distrito Federal, da COSIP para satisfazer despesas relativas à expansão da rede, a fim de atender as novas demandas oriundas do crescimento urbano, bem como ao seu melhoramento, para ajustar-se às necessidades da população local, voto que acabou prevalecendo pela maioria, nos seguintes termos:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 696. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PARA O CUSTEIO DO SERVIÇO DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA. DESTINAÇÃO DOS RECURSOS ARRECADADOS. MELHORAMENTO E EXPANSÃO DA REDE. POSSIBILIDADE. 1. O artigo 149-A, da Constituição Federal,

20

incluído pela Emenda Constitucional 39/2002, dispõe que “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”. 2. O constituinte não pretendeu limitar o custeio do serviço de iluminação pública apenas às despesas de sua execução e manutenção. Pelo contrário, deixou margem a que o legislador municipal pudesse instituir a referida contribuição de acordo com a necessidade e interesse local, conforme disposto no art. 30, I e III, da Constituição Federal. 3. A iluminação pública é indispensável à segurança e bem estar da população local. Portanto, limitar a destinação dos recursos arrecadados com a contribuição ora em análise às despesas com a execução e manutenção significaria restringir as fontes de recursos que o Ente Municipal dispõe para prestar adequadamente o serviço público. 4. Diante da complexidade e da dinâmica características do serviço de iluminação pública, é legítimo que a contribuição destinada ao seu custeio inclua também as despesas relativas à expansão da rede, a fim de atender as novas demandas oriundas do crescimento urbano, bem como o seu melhoramento, para ajustar-se às necessidades da população local. 5. Recurso Extraordinário a que se dá provimento. Fixada a seguinte tese de repercussão geral: “É constitucional a aplicação dos recursos arrecadados por meio de contribuição para o custeio da iluminação pública na expansão e aprimoramento da rede”. (RE 666404, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 18/08/2020, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-221 DIVULG 03-09-2020. PUBLIC. 04-09-2020). (Ênfase acrescentada).

A controvérsia dirimida nos autos deste precedente diz respeito à delimitação do alcance da expressão “custeio do serviço”, considerada a previsão contida no artigo 149-A, da Constituição Federal; e se os investimentos e a expansão da estrutura de iluminação pública poderiam ser custeados pela COSIP ou se os Municípios/Distrito Federal deveriam recorrer aos meios adequados para tanto – os impostos.

De acordo com o entendimento acolhido pelo STF, diante da complexidade e dinâmica características do serviço de iluminação pública, é necessário que a contribuição destinada ao seu custeio inclua, também, as despesas relativas à expansão da rede, a fim de atender às novas demandas oriundas do crescimento urbano, bem como o seu melhoramento, para se ajustar às necessidades da população local.

Ademais, o Ministro Gilmar Mendes, que acompanhou o voto do Ministro Alexandre de Moraes, esclareceu que:

“(…)

Naquela oportunidade, o Supremo Tribunal Federal assentou a natureza tributária da exação como “contribuição”, diferenciando-a da taxa e do imposto, em razão de

*ser destinada a uma atuação estatal vinculada e ligada indiretamente ao contribuinte. Ressaltou, dessa forma, que a referida atividade **caracteriza-se como sendo uti universi e não uti singuli, pois possui um “caráter geral e indivisível, prestado a todos os cidadãos, indistintamente”**.*

O texto constitucional que prevê a incidência do referido tributo não restringe a interpretação do termo “custeio” do serviço. Note-se que o referido termo custeio é encontrado em diversas passagens da Constituição (arts. 8º, IV; 98, § 2º; 149, § 1º; 194, V; 195, § 5º; e 10, § 2º; 58; 59; 71; 75, § 2º e 3º; 84, II; 97, § 3º, II, do ADCT), sem corresponder ao sentido técnico da palavra. Nessas hipóteses, a expressão é usada com o significado de contraprestação geral por despesas, uma vez que não se encontra associada a determinações específicas relacionadas a regras orçamentárias.

Do mesmo modo, a interpretação do art. 149-A da Constituição também se refere a esse conceito mais abrangente, que corresponde à retribuição pelo serviço de energia elétrica prestado indistintamente à uma determinada coletividade.

A partir dessas considerações, percebe-se que a expressão utilizada na redação do art. 149-A da Constituição diz respeito a todas as despesas destinadas ao oferecimento do serviço pela municipalidade, de modo a abarcar o maior universo possível de cidadãos – sobretudo por tratar-se de serviço essencial – e com a melhor qualidade possível.

Nesses termos, além das ações necessárias para a implementação e a manutenção do serviço, a melhoria e a expansão da rede também se mostram fundamentais à prestação ampla e eficiente da iluminação pública a toda a comunidade”. (Ênfase acrescentada).

Assim, considerando-se os argumentos citados, bem como a jurisprudência atual do STF, plenamente viável a utilização dos recursos provenientes da arrecadação da COSIP para remunerar os investimentos realizados na rede de iluminação pública, tais como melhoramentos e expansão.

4.3. Aspectos tributários

Em relação aos aspectos tributários, embora cada Município tenha sua particularidade, há conceitos comuns que são aplicados à COSIP cobrada e arrecadada por todos os entes federativos municipais, conforme se passará a detalhar.

A COSIP é um tributo cuja arrecadação é vinculada aos custos com consumo de energia destinada à iluminação de vias, logradouros e demais bens públicos, bem como aos serviços de instalação, manutenção, melhoramento e expansão de rede de iluminação pública.

Caracteriza-se, como sujeito ativo da relação tributária, o próprio Município, visto ser este o sujeito competente para exigir a cobrança da COSIP, conforme competência outorgada por meio do artigo 149-A, da Constituição Federal.

Por sua vez, como sujeito passivo da relação tributária (contribuinte), encontra-se o consumidor de energia elétrica residente ou estabelecido no território do Município em que possui imóvel que esteja cadastrado junto à concessionária distribuidora e/ou permissionária de energia elétrica titular da concessão no Município.

Com relação à base de cálculo da COSIP, o art. 149-A, da Constituição Federal, não fixou uma base de cálculo a ser utilizada pelos Municípios para promoverem a cobrança da COSIP, cabendo à Administração Municipal estabelecer essa base de maneira detalhada em sua legislação própria. Entretanto, é certo que as alíquotas da COSIP devem ser compatíveis com as despesas correspondentes aos serviços de iluminação pública, incluindo a energia fornecida, bem como os custos e investimentos relacionados.

Com relação ao fornecimento de energia elétrica para iluminação pública, conforme determina o art.190, da Resolução da ANEEL n.º 1.000/2021, tem-se que a tarifa adequada a ser adotada é a Tarifa B4a, estritamente relacionada à iluminação pública/rede de distribuição, estabelecida anualmente pela ANEEL.

Em relação ao lançamento da COSIP, como previsto no art. 149-A, parágrafo único, da Constituição Federal, a empresa concessionária de serviço público e distribuição de energia elétrica, poderá lançar a cobrança da COSIP, mensalmente, juntamente com a fatura de energia elétrica emitida.

Tem-se, como fato gerador da COSIP, o consumo de energia elétrica por pessoa natural ou jurídica, mediante ligação regular de energia elétrica no território do Município (quando não cobrada também no IPTU).

5. CONSÓRCIOS PÚBLICOS

Após a análise dos aspectos relacionados à COSIP e antes de se adentrar ao cerne deste Parecer, ou seja, da utilização da COSIP para uma PPP de prestação do serviço de iluminação pública a ser realizada por um consórcio de Municípios, importante esclarecer e detalhar a natureza jurídica dos Consórcios Públicos e suas principais características.

5.1. Natureza jurídica

Os Consórcios Públicos (“**Consórcios Públicos**”) são pessoas jurídicas de direito público ou de direito privado, criados, exclusivamente, por entes da Federação (União, Estados, Municípios e Distrito Federal), mediante aprovação de lei, que têm, por finalidade, a reunião de recursos financeiros, técnicos e administrativos, para a gestão associada de serviços ou a realização de objetivos/finalidades de interesse comum.

Os Consórcios Públicos têm respaldo no art. 241, da Constituição Federal, que assim estabelece:

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

O dispositivo constitucional dos Consórcios Públicos foi disciplinado pela Lei Federal n.º 11.107, de 6 de abril de 2005 (“**Lei Federal n.º 11.107/2005**” ou “**Lei dos Consórcios Públicos**”). De acordo com referida lei, os Consórcios Públicos podem possuir personalidade jurídica de Direito Público - no caso de constituir associação pública, mediante a vigência das leis de ratificação do protocolo de intenções

(“**Protocolo de Intenções**” - art. 3º, da Lei dos Consórcios Públicos) - ou de Direito Privado - mediante o atendimento dos requisitos da legislação civil.

5.2. Principais características

O Consórcio de direito público integrará a Administração Pública indireta de todos os entes da Federação consorciados. O Consórcio Público, independentemente do regimento escolhido (público ou privado), deverá observar as normas de direito público no que concerne à realização de licitação, à celebração de contratos, à prestação de contas e à admissão de pessoal – que será regida pela Consolidação das Leis do Trabalho (“**CLT**”).

O Consórcio Público deve possuir estatuto social que disponha sobre a organização e o funcionamento de cada um de seus órgãos constitutivos, sendo obrigatório, por lei, a existência de uma Assembleia Geral. A despeito de não ser obrigatório, os Consórcios existentes costumam possuir, na sua estrutura organizacional, os seguintes órgãos: *(i)* Presidência (ou Conselho de Administração); *(ii)* Secretaria Executiva; e *(iii)* Conselho Fiscal.

A Assembleia Geral é o órgão colegiado máximo do Consórcio Público, sendo composta pelo Chefe do Poder Executivo de cada ente consorciado. A Presidência, por sua vez, é composta pelos cargos de Presidente e Vice-Presidente, eleitos pela Assembleia Geral e, no caso de Conselho de Administração, tais cargos se equivalem aos cargos de conselheiros. A Secretaria Executiva é o órgão responsável pela execução de atividades administrativas, composta por membros escolhidos pela Presidência. Por fim, o Conselho Fiscal é o órgão fiscalizador do Consórcio Público, responsável por exercer o controle, a fiscalização e a avaliação da legalidade, legitimidade e economicidade das atividades patrimoniais e financeiras do Consórcio Público, composto por membros escolhidos pela Assembleia Geral.

Para cumprimento de seus objetivos/finalidades, o Consórcio Público poderá firmar convênios, contratos, acordos de qualquer natureza, bem como receber auxílios, contribuições e subvenções sociais ou econômicas de outras entidades e órgãos do governo; poderá, ainda, promover desapropriações e instituir servidões, nos termos de declaração de utilidade ou necessidade pública, ou interesse social, e ser contratado pela administração direta ou indireta dos entes da Federação consorciados, dispensada a licitação (art. 2.º, § 1º, incisos I a III, da Lei dos Consórcios Públicos).

Ao Consórcio Público cabe, ainda, a possibilidade de emissão documentos de cobrança e o exercício de atividades de arrecadação de tarifas e outros preços públicos pela prestação de serviços ou pelo uso ou outorga de uso de bens públicos por eles administrados ou, mediante autorização específica, pelo ente da Federação consorciado.

Os entes consorciados somente poderão repassar recursos financeiros ao Consórcio Público mediante contrato de rateio (“**Contrato de Rateio**”), o qual será formalizado em cada exercício financeiro e seu prazo de vigência não deverá ser superior ao das dotações que o suportam, com execução dos contratos que tenham por objeto exclusivamente projetos consistentes em programas e ações contemplados em plano plurianual ou a gestão associada de serviços públicos custeados por tarifas ou outros preços públicos, sendo vedado o repasse de recursos para o atendimento de despesas genéricas, inclusive transferências ou operações de crédito.

A retirada de qualquer ente do Consórcio dependerá de ato formal de seu representante na Assembleia Geral, observadas as formalidades previstas no Contrato de Consórcio Público, sendo que a retirada do ente não prejudicará as obrigações já constituídas, inclusive os Contratos de Programa, cuja extinção dependerá de prévio pagamento das indenizações devidas. Já a alteração ou extinção do Contrato de Consórcio Público dependerá de instrumento aprovado pela Assembleia Geral, ratificado, mediante lei, por todos os entes consorciados.

Por possuir natureza contratual, os entes consorciados, isolados ou em conjunto, bem como a própria pessoa jurídica do Consórcio, podem exigir, do ente consorciado inadimplente, o cumprimento das obrigações assumidas, especialmente das estabelecidas no Contrato de Rateio.

Cumpre registrar, ainda, que os entes consorciados respondem, solidária e subsidiariamente, pelas obrigações assumidas pelo Consórcio, sendo garantido o direito de regresso em face dos entes beneficiados ou que deram causa à obrigação.

6. MODELAGEM JURÍDICA PARA A ESTRUTURAÇÃO DE UM PROJETO DE PPP DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA CONTRATADA POR MEIO DE UM CONSÓRCIO PÚBLICO

No presente tópico, serão abordadas, especificamente, as questões necessárias para a modelagem jurídica de um Projeto de PPP de Iluminação Pública a ser contratada por um Consórcio, tendo por objetivo avaliar os riscos e encaminhamentos necessários para que seja viável o modelo proposto, considerando os aspectos anteriormente tratados sobre a atividade de iluminação pública, o entendimento da COSIP e o funcionamento do Consórcio Público.

No tópico seguinte, serão abordadas as questões jurídicas inerentes à fase contratual do Projeto, elencando-se questões relevantes que devem ser endereçadas na execução efetiva do Projeto de forma a torná-lo viável, com a segurança jurídica necessária.

6.1. A relação entre o Consórcio Público e os serviços de iluminação pública

Como acima demonstrado, uma das finalidades principais do Consórcio Público é a reunião de recursos financeiros, técnicos e administrativos, para promoção da mútua

gestão associada de serviços ou da realização de objetivos de interesse comum dos entes envolvidos.

No presente caso, pensou-se na criação de um Consórcio Público, formado por Municípios, para a gestão associada dos serviços de iluminação pública, posto haver Municípios que, isoladamente, não possuiriam condições de promover um projeto estruturado e robusto, tal como uma PPP de Iluminação Pública, em razão de seu pequeno porte, seja porque não teriam pontos de iluminação pública suficientes, seja porque não teriam condição financeira de arcar com um projeto de longo prazo e que demanda grandes investimentos, necessitando, assim, de um auxílio de outro(s) ente(s) que também estejam dispostos à promoção de objetivos comuns àquele(s) Município(s) menor(es), de modo a cooperarem, mutuamente, nesse sentido.

A formalização de um Consórcio Público composto por Municípios interessados em implementar um Projeto de PPP se mostra uma alternativa viável para mitigar entraves enfrentados por Municípios menores, que se utilizarão da gestão associada, por meio da contratação de uma PPP, via Consórcio Público, tendo, como objetivo, a prestação do serviço de iluminação pública por um único prestador de serviços.

Nesse sentido, tendo em vista que o Consórcio Público de Municípios será o arranjo a ser utilizado para gerir os serviços de iluminação pública, passa-se a expor como ocorreria a modelagem jurídica necessária para a gestão associada desses serviços.

6.2. Requisitos para formalização de um Consórcio Público para a gestão associada dos serviços de iluminação pública por meio de uma PPP

Considerando as características principais do Consórcio já expostas anteriormente, o presente tópico pretende indicar, de forma sucinta, os principais requisitos para a formalização do Consórcio (caso ele não esteja constituído), bem como

os demais aspectos necessários para que tal consórcio formalize um contrato de PPP de iluminação pública, ressaltando-se que a questão específica da COSIP será tratada no tópico seguinte. Assim, como principais requisitos e demais aspectos necessários à formalização do Consórcio para fins de propiciar a gestão associada dos serviços de iluminação pública, mediante uma PPP, há:

- **Formalidades para constituição do Consórcio Público:** os Municípios deverão formalizar Protocolo de Intenções, aprovar lei municipal ratificando o Protocolo, assinar o Contrato de Consórcio Público e o Contrato de Rateio. Após constituído o Consórcio, por meio de sua Assembleia Geral, deverá aprovar o estatuto social. A entrada e saída do Consórcio exige o cumprimento de formalidades, bem assim o pagamento de indenização, se o caso.
- **Ente licitante da PPP:** após a constituição do Consórcio Público, ele passará a deter personalidade jurídica própria e será o responsável pela condução do processo licitatório destinado à escolha do prestador do serviço de iluminação pública no âmbito dos Municípios consorciados, uma vez que os Municípios teriam delegado a gestão associada deste serviço ao Consórcio.
- **Ente competente para assinatura do contrato de PPP:** do mesmo modo que a licitação, considerada a delegação da gestão associada ao Consórcio Público, este novo ente é que será o responsável pela assinatura do contrato de PPP com o parceiro privado.
- **Regulação e fiscalização do serviço:** independentemente do modelo formal de gestão associada ser por meio de um consórcio, a regulação e fiscalização poderá ser exercida (i) pelo próprio Consórcio Público, ou (ii) por outra agência reguladora (municipal, interestadual ou estadual), desde

que originalmente os Municípios tenham delegado esta parte da gestão associada dos serviços à Agência Reguladora.

6.3. Tratamento da COSIP no modelo de contratação da PPP de Iluminação pública por meio de um Consórcio Público

Como acima mencionado, por possuir natureza de tributo, a COSIP deverá ser cobrada e arrecadada pelo respectivo Município, uma vez que este ente é o que possui a competência tributária outorgada pela Constituição Federal para realizar referida arrecadação.

De acordo com o art. 147, da Constituição Federal, abaixo transcrito, o exercício da competência tributária é uma faculdade atribuída, constitucionalmente, à União, aos Estados, Distrito Federal e Municípios, para angariar recursos financeiros indispensáveis à atuação estatal:

Constituição Federal. “Art. 147. Competem à União, em Território Federal, os impostos estaduais e, se o Território não for dividido em Municípios, cumulativamente, os impostos municipais; ao Distrito Federal cabem os impostos municipais.”

Referida faculdade, todavia, é indelegável (art. 7.º, do CTN), intransferível (art. 8.º, do CTN) e irrenunciável (art. 145, da Constituição Federal), podendo ser exercida, a qualquer tempo, pelo ente político, obstada a sua ampliação para além dos ditames constitucionais, conforme transcrições a seguir:

CTN. “Art. 7º **A competência tributária é indelegável**, salvo atribuição das funções de arrecadar ou fiscalizar tributos, ou de executar leis, serviços, atos ou decisões administrativas em matéria tributária, conferida por uma pessoa jurídica de direito público a outra, nos termos do § 3º do artigo 18 da Constituição.” (Ênfase acrescentada).

* * *

CTN. “Art. 8º **O não-exercício da competência tributária não a defere** a pessoa jurídica de direito público diversa daquela a que a Constituição a tenha atribuído.” (Ênfase acrescentada).

* * *

CF. “Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos: (...)”. (Ênfase acrescentada).

Por **indelegável**, entende-se a exclusividade do ente federativo indicado na Constituição Federal para legislar sobre o tributo, cabendo apenas e tão somente a este ente a edição de normas relativas à operacionalização de determinado tributo.

Por **intransferível**, entende-se a responsabilidade e competência de cada ente federativo pela arrecadação de seus próprios tributos, não podendo transferi-las a qualquer outro ente federativo, ainda que determinado ente de direito público tenha interesse em assumir a competência alheia.

Por fim, por **irrenunciável**, entende-se a não abdicação do ente federativo acerca de sua competência de legislar e/ou exigir a cobrança de determinado tributo, desde que a Constituição Federal, assim, tenha-lhe outorgado poderes para tanto. Isto é, ainda que tal ente federativo não esteja exercendo tal poder em determinado período, poderá o fazer sempre quando se fizer necessário.

No caso específico do Consórcio Público, a legislação de regência é clara quanto à possibilidade de delegação para a gestão associada dos serviços. No entanto, o ordenamento jurídico brasileiro atualmente vigente não permite que os entes consorciados transfiram a sua competência tributária, ainda que se cogite na possibilidade de criação de normas autorizativas supervenientes relacionadas ao tema.

Isto porque as normas tributárias são regidas pela Constituição Federal, sujeitas ainda ao princípio da legalidade estrita, não sendo passíveis de alteração por normas infraconstitucionais que, porventura, sejam editadas, conforme exposto no entendimento doutrinário abaixo transcrito.

“As normas constitucionais que arquitetam e partilharam as competências tributárias são inalteráveis por normas infraconstitucionais, como já tratamos de demonstrar. Em resumo, o modelo tributário brasileiro não pode mudar a grado seja do Legislador ordinário de cada pessoa política, seja (o que é muito mais grave) do Fisco, ao qual só é permitido cumprir a lei que lhe diz respeito” (CARRAZZA, Roque Antonio. Curso de direito constitucional tributário. 28ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 757 – Ênfase acrescentada).

Relativamente à arrecadação de recursos no âmbito dos Consórcios Públicos, cumpre transcrever, abaixo, o artigo 2º, da Lei dos Consórcios Públicos, de acordo com o qual poderão ser exercidas as atividades de arrecadação de tarifas e outros preços públicos pela prestação de serviços administrados pelos Consórcios, *in verbis*:

Lei dos Consórcios Públicos. *“Art. 2º Os objetivos dos consórcios públicos serão determinados pelos entes da Federação que se consorciarem, observados os limites constitucionais.*

(...)

*§ 2º Os consórcios públicos poderão emitir documentos de cobrança e exercer **atividades de arrecadação de tarifas e outros preços públicos** pela prestação de serviços ou pelo uso ou outorga de uso de bens públicos por eles administrados ou, mediante autorização específica, pelo ente da Federação consorciado.”* (Ênfase acrescentada).

Como explanado nos Capítulos anteriores, a COSIP é um tributo de caráter *sui generis*, que tampouco se confunde com tarifa ou com preço público. Dessa forma, seja em decorrência da legislação constitucional e tributária supracitada, seja em função da Lei dos Consórcios Públicos que limita a cobrança e o exercício das atividades de arrecadação às tarifas e aos preços públicos, não se admite que os recursos provenientes da arrecadação de tributos sejam manipulados pelos Consórcios Públicos.

Especificamente em relação à COSIP, como já mencionado anteriormente, o art. 149-A, da Constituição Federal, outorgou, aos Municípios e ao Distrito Federal, o poder para *“instituir contribuição, na forma das respectivas leis, para o custeio do serviço de iluminação pública, observado o disposto no art. 150, I e III.”*

Foi a partir desta nova previsão constitucional que os Municípios e o Distrito Federal ficaram autorizados a instituir, por meio de lei, a COSIP. Referidas Leis preveem,

geralmente, que a empresa de distribuição de energia elétrica responsável pelo Município será, também, a responsável tributária, encarregada de cobrar a COSIP na fatura de consumo de energia elétrica e repassar o valor do tributo arrecadado ao Município ou à concessionária responsável pela prestação dos serviços públicos de iluminação pública.

Ainda assim, a competência tributária e, portanto, a capacidade arrecadatória, permanece sob a titularidade dos Municípios correspondentes nos quais os serviços são efetivamente prestados, sendo a COSIP classificada como um tributo (e por isso, dotada de características relacionadas ao seu caráter indelegável, intransferível e irrenunciável), a ser utilizada exclusivamente para as atividades de iluminação pública daquele Município (vide RE n.º 666.404).

Portanto, a competência para cobrar a COSIP se limita à competência tributária municipal, conforme supramencionado, sendo inviável atribuir ao Consórcio Público a competência tributária para arrecadar a COSIP de todos os Municípios consorciados, uma vez que só quem detêm este poder são os próprios Municípios (ou o Distrito Federal), sendo o Consórcio um mero órgão de direito público integrante da Administração Pública indireta.

O fato de o Consórcio integrar a Administração Pública indireta não legitima a realização de uma cessão tributária pelos entes consorciados, haja vista o próprio Consórcio Público não ter sequer competência constitucional para editar uma norma para reger a cobrança/arrecadação e principalmente, para realizar a cobrança de qualquer tributo em nome próprio.

Conforme previsto no art. 2.º, da Lei dos Consórcios Públicos, os objetivos dos Consórcios Públicos são determinados pelos entes da Federação que almejam se consorciar (no presente caso, os Municípios interessados no Projeto) **observados os regramentos e demais limites constitucionais.**

Como visto, para além de não haver qualquer previsão de que o Consórcio Público poderia ser responsável, em nome dos Municípios, pela arrecadação de um tributo, ainda existem dispositivos constitucionais e infraconstitucionais que determinam que a arrecadação dos tributos deve ficar adstrita aos entes federativos para os quais a Constituição outorgou a competência tributária.

6.4. Alternativas jurídicas para utilização da COSIP em uma PPP de iluminação pública contratada por Consórcio Público

Como referido anteriormente neste Parecer, é possível que os entes consorciados repassem recursos financeiros ao Consórcio Público mediante Contratos de Rateio. Entretanto, necessário se faz que haja a formalização da aprovação destes contratos anualmente, para além fato de sua vigência não poder ser superior ao das dotações que o suportam.

Assim, ao se pensar na prestação associada do serviço de iluminação pública por meio de um Consórcio Público e de um contrato de PPP, verifica-se que cada Município deveria aprovar, anualmente, os Contratos de Rateio para repassar os recursos originados da COSIP ao Consórcio.

No entanto, para a viabilidade da contratação de PPPs, faz-se necessário que o parceiro privado tenha a segurança e garantia do recebimento da contraprestação pública, em especial por ser a PPP um contrato de longo prazo, em que o parceiro privado financia os investimentos, necessitando de recursos futuros para amortizar estes investimentos.

Assim, considerando-se que o Consórcio Público não poderá avocar a competência para cobrança da COSIP, em razão da sua natureza jurídica tributária, será apresentada a alternativa jurídica adequada para propiciar a composição dos recursos

financeiros necessários à gestão associada dos serviços de iluminação pública, por meio do arranjo de um Consórcio Público e de um contrato de PPP.

A seguir, serão detalhadas as peculiaridades, os riscos e, por fim, as recomendações acerca da destinação dos recursos da COSIP no modelo em questão.

6.5. Destinação dos Recursos de COSIP Arrecadados

6.5.1. Considerações Iniciais

Como explicitado anteriormente, o cerne deste Parecer é avaliar eventuais impedimentos legais, riscos e eventuais alternativas à utilização parcial de recursos provenientes da arrecadação da COSIP para subsidiar despesas de iluminação pública em Municípios diferentes do Município arrecadador, na forma de subsídio cruzado.

Nos tópicos anteriores, buscou-se expor o contorno jurídico existente em relação à competência tributária, de maneira abrangente, e, também, em relação à COSIP e sua classificação, sob o ordenamento jurídico tributário vigente. Por todo o exposto acima, resumidamente, conclui-se que:

- (i) A COSIP é um tributo com destinação clara e específica, que deve ser suportada pelos munícipes que efetivamente usufruí dos serviços de iluminação pública;
- (ii) A princípio, os recursos provenientes da arrecadação da COSIP de um Município não podem ser utilizados para fins de custear serviços e investimentos de outro Município; e
- (iii) Não é possível que haja delegação de competência constitucional tributária específica do Município para pessoa jurídica diversa da qual a Constituição

Federal assim a tenha atribuído, de modo a impossibilitar que o Consórcio Público substitua os Municípios nesse sentido.

A seguir, serão tratadas, em subtópicos, as principais considerações relacionadas à modelagem do Projeto, de modo a abordar não somente as fragilidades existentes, como também indicar as premissas a serem adotadas para fins de viabilizar o Projeto sob a perspectiva jurídica, consistente na contratação unificada de uma PPP, por meio de um Consórcio Público, com a efetiva utilização da COSIP, preservando-se a constitucionalidade e legalidade da utilização destes recursos.

6.5.2. Entendimento sobre a política de subsídio cruzado

O mecanismo de subsídio cruzado consiste na transferência de recursos obtidos em determinado segmento de usuários (no caso em análise, recursos obtidos por Municípios maiores e superavitários) para outro (Municípios menores e deficitários), a fim de que o segmento beneficiado possa pagar valores mais baixos⁴.

Tem-se, como função precípua do subsídio cruzado, a promoção da redistribuição dos recursos entre um determinado grupo de agentes, servindo como ferramenta de redistribuição do bem-estar de um grupo de consumidores em benefício de outro grupo, para viabilizar o atendimento da política pública que visa à universalização de determinado serviço.

Como mero exemplo da utilização efetiva da política de subsídios cruzados no Brasil, vale mencionar o setor de energia elétrica, conforme precedentes listados abaixo:

⁴ De acordo com a definição contida no *Cambridge Dictionary*, subsídio cruzado é “*uma situação em que os lucros gerados em decorrência de uma atividade são utilizados para pagar por outra atividade que está perdendo ou gerando menos recursos* [Tradução livre: *A situation in which profits from one activity are used to pay for another activity that is losing Money or making less money*].”

- (i) CCC-ISOL (Conta de Consumo de Combustíveis para os Sistemas Isolados) – subsídio cruzado destinado a subvencionar a geração de energia por fontes térmicas nos sistemas isolados, gerido pelas Centrais Elétricas Brasileiras - ELETROBRÁS⁵;

- (ii) CDE (Conta de Desenvolvimento Energético) – subsídio cruzado destinado a prover recursos para i) o desenvolvimento energético dos Estados; ii) a competitividade da energia produzida a partir de fontes eólica, pequenas centrais hidroelétricas, biomassa, gás natural e carvão mineral, nas áreas atendidas pelo Sistema Elétrico Nacional Interligado (SIN); iii) a universalização do serviço de energia elétrica em todo o território nacional e, iv) subsídio ao consumidor da subclasse residencial baixa-renda⁶.

A utilização de subsídios cruzados no setor de energia é justificada, primordialmente, por duas razões: (i) os serviços relacionados ao fornecimento de energia elétrica são remunerados mediante tarifa, a qual não se submete às restrições legais relacionadas à competência, descritas ao longo deste Parecer; e (ii) os serviços de geração, transmissão e distribuição são nacionais, eliminando-se quaisquer argumentações relacionadas ao benefício ou prejuízo atribuído aos entes federativos envolvidos no mecanismo de subsídio cruzado.

Nota-se que o subsídio cruzado acaba sendo utilizado, em especial, quando se trata de tarifas (como no caso dos precedentes relacionados ao setor de energia colacionados anteriormente), e não de tributos, como é o caso da COSIP.

A situação sob análise neste Parecer, para além de envolver o compartilhamento de um tributo de caráter *sui generis*, como a COSIP, ainda acrescenta um nível a mais de

⁵ Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td-62-impacto-de-tributos-encargos-e-subsidios-setoriais-sobre-as-contas-de-luz-dos-consumidores>. Acesso em 15 de dezembro de 2021.

⁶ Op. Cit.

complexidade relacionado à unificação do controle na figura de um Consórcio Público, composto por diversos Municípios interessados na contratação dos serviços de iluminação pública da iniciativa privada.

6.5.3. Possibilidade de modelagem conjunta da PPP dos Municípios integrantes do Consórcio Público – Indicador na receita

Conforme anteriormente mencionado, o objetivo de se contratar uma PPP, por meio de um Consórcio Público, é o de consolidar em um único contrato a prestação de serviços em benefício dos Municípios que o integram, aproveitando os ganhos de escala e sinergia.

Assim, por se tratar de único projeto de PPP, para fins de modelagem do estudo da PPP do Consórcio Público, é possível que os estudos concluam pela existência de um indicador referencial para aquele grupo de Municípios, baseado em premissas gerais de receita por ponto de iluminação pública, conforme será a seguir explicado.

Após pesquisas independentes e entendimentos com Consultores Econômico-financeiros experientes no setor de iluminação pública, todas realizadas com o objetivo de complementar este Parecer, tem-se, como possível, o estabelecimento de um indicador que seja referenciado em um critério de receita por ponto de iluminação pública uniforme para todos os Municípios integrantes do Consórcio, observadas apenas eventuais distinções decorrentes de densidade populacional ou de situação da verticalização do Município.

Como primeira hipótese, imaginou-se a estimativa para o Indicador a partir da referência dos custos e investimentos (OPEX e CAPEX), de forma a se criar uma referência padrão. No entanto, salvo se existir alguma situação muito peculiar, seria complexo se criar um Indicador padrão, pois situações específicas e individuais dos Municípios podem distorcer estas estimativas e, eventualmente, seria mais difícil diluir, neste Indicador, os ganhos de sinergia e escala.

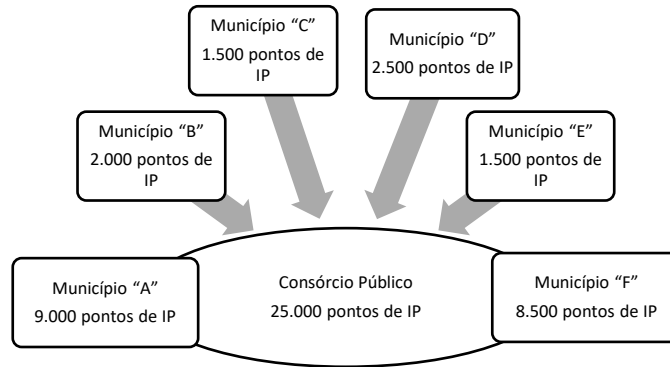
Assim, como uma segunda hipótese, foi vislumbrada a possibilidade de se criar um Indicador referenciado a uma contraprestação mínima, por ponto de iluminação pública. Para se chegar a tal Indicador, seria realizada a modelagem da PPP considerando-se a totalidade dos Municípios pretendentes a integrar o Consórcio e, a partir desta modelagem, seria obtido o valor da contraprestação mínima a ser paga por ponto de iluminação pública (independentemente do Município), passando tal valor a ser o Indicador referencial para os Municípios aprovarem suas legislações de COSIP.

Tal hipótese de modelagem econômico-financeira se mostrou viável pois, juridicamente: *(i)* estaria resguardada a correlação entre a arrecadação de recursos da COSIP e a destinação ao Município que a originou, já que a contraprestação seria dada pelo número de pontos de iluminação pública de cada Município; *(ii)* os ganhos de sinergia e de escala decorrentes da PPP conjunta estariam considerados e compartilhados, proporcionalmente, entre os Municípios, conforme o número de pontos de iluminação pública de cada um; e *(iii)* as legislações de COSIP seriam aprovadas com base em uma referência única para todos os Municípios.

A título de exemplo, menciona-se um cenário hipotético, no qual se tenha um Consórcio Público formado por 6 (seis) Municípios que, juntos, totalizariam 200.000 (duzentos mil) habitantes e, aproximadamente, 25.000 (vinte e cinco mil) pontos de iluminação pública. Neste cenário, 2 (dois) Municípios: “A” e “F” seriam responsáveis por 70% (setenta por cento) da rede de iluminação pública, isto é, aproximadamente, 17.500 (dezessete mil e quinhentos) pontos de iluminação pública.

Neste cenário, para fins de cálculo da modelagem, os 6 (seis) Municípios seriam considerados como um único Município “Y”, de modo que fosse obtido o valor de contraprestação por ponto de iluminação pública.

Suponha-se que o Indicador da contraprestação obtido seja de R\$ 30,00 (trinta reais)⁷ por ponto de iluminação pública. Neste caso, os valores das contraprestações máximas separadas de cada Município seriam assim dispostos:



Município	Valor da Contraprestação Mensal Máxima
Município "A"	R\$ 270.000,00
Município "B"	R\$ 60.000,00
Município "C"	R\$ 45.000,00
Município "D"	R\$ 75.000,00
Município "E"	R\$ 45.000,00
Município "F"	R\$ 255.000,00

Logo, em havendo o pagamento por ponto de iluminação pública, a preocupação com a utilização da COSIP de um Município para outro estaria devidamente tratada, posto que haveria essa proporcionalidade entre os Municípios e os gastos com os seus respectivos pontos de iluminação pública, ficando evidente tanto na modelagem quanto no contrato que os recursos da COSIP de determinado Município serão utilizados exclusivamente para pagamento da contraprestação dos pontos de iluminação pública do respectivo Município.

⁷ Valor meramente exemplificativo para fins de descrição do exemplo mencionado.

6.5.4. Possibilidade de modelagem conjunta da PPP dos Municípios integrantes do Consórcio Público – Indicador nos custos

Uma outra possibilidade de modelagem da PPP de um Consórcio seria a de estudar detalhadamente os custos e investimentos que serão objeto da contratação, de forma a se tentar segregar por este meio a destinação específica da COSIP. Nesta hipótese, a análise seria individualizada por Município para, posteriormente, haver a consolidação do bloco de Municípios. Para tanto, inicialmente faz-se necessário detalhar as possibilidades legais de utilização dos recursos da COSIP.

Com efeito, os recursos provenientes da arrecadação da COSIP podem ser utilizados para 3 (três) fins distintos, quais sejam: (i) pagamento das faturas de energia elétrica consumida pelos Municípios exclusivamente com iluminação pública; (ii) remuneração dos investimentos (aquisição de equipamentos e instalações) realizados no parque de iluminação pública (*CAPEX – Capital Expenditure, “CAPEX”*); e (iii) remuneração pelos custos de operação e manutenção (gastos cotidianos) do parque de iluminação pública (*OPEX - Operational Expenditure, “OPEX”*).

A seguir, serão analisadas as possibilidades de utilização da COSIP arrecadada pelos Municípios integrantes do Consórcio Público para remuneração dessas três finalidades, levando-se em consideração as restrições legais aplicadas ao compartilhamento de receitas de natureza tributária entre entes federativos.

6.5.4.1. CAPEX

Como já explicitado, por CAPEX, entendem-se todas as despesas relacionadas aos investimentos realizados no parque de iluminação pública municipal, incluindo-se a aquisição de equipamentos e instalações, necessários à viabilização do Projeto. Em sendo assim, cada Município integrante do futuro Consórcio Público demandará um

CAPEX diferente, de acordo com o tamanho e a complexidade do parque de iluminação pública tido como necessário, a depender de cada localidade.

É cediço que o pressuposto para a utilização do mecanismo de subsídio cruzado consiste no fato de se possibilitar a utilização do recurso arrecadado por um ente por outro ente, sem restrições, de modo que o sistema criado possa se autossustentar, independentemente da quantidade de recursos que cada participante produza.

Como referido no Capítulo anterior, de acordo com o art. 149-A, da Constituição Federal, a COSIP instituída e arrecadada pelos Municípios deverá ficar subordinada ao custeio dos serviços de iluminação pública, não legitimando a utilização dos recursos para o custeio de outras atividades no âmbito do Município arrecadador, tampouco autorizando a sua utilização para subsídio de serviços prestados no âmbito de Município alheio ao Município arrecadador.

Diz-se isso, primeiramente, posto que, de acordo com o entendimento do STF e a partir da exegese da Constituição Federal e demais dispositivos da legislação infraconstitucional, a receita proveniente da arrecadação da COSIP se destina a uma finalidade específica, qual seja de custear os serviços de iluminação pública do Município responsável pela sua arrecadação.

Independentemente da decisão da Corte Superior, esclarecedora para fins da adequada classificação da COSIP no ordenamento jurídico tributário, já é sedimentado o entendimento acerca do caráter indelegável, intrasferível e irrenunciável da competência atribuída aos Municípios relativamente à referida contribuição, conforme já explicitado em tópicos precedentes.

Diante das restrições legais expostas ao longo deste Parecer, tem-se que a COSIP somente pode ser arrecadada e revertida em proveito da rede de iluminação pública daquele Município assim constitucionalmente responsável, não se comportando a

transferência dos recursos daí advindos para outro ente municipal diverso daquele, ainda que a finalidade seja a de custear os serviços de iluminação pública. Significa dizer que não se vislumbra margem, na legislação atualmente vigente, capaz de possibilitar que a aquisição de luminárias, reatores, acessórios, equipamentos para controle e monitoramento remoto, entre outros a serem revertidos, exclusivamente, em proveito de um Município, sejam custeados por recursos arrecadados por outro Município diverso, ainda que se esteja diante de um Consórcio Público.

Dessa forma, faz-se necessário que a modelagem econômico-financeira do Projeto considere que todos os possíveis Municípios integrantes do Consórcio Público terão a devida capacidade de suportar os investimentos necessários à implantação do respectivo parque de iluminação pública, de acordo com padrão pré-estabelecido, por meio do emprego de recursos provenientes de seu próprio orçamento, advindos da COSIP.

6.5.4.2. OPEX

Do ponto de vista da modelagem, como acima referido, será necessário estimar e confirmar que a COSIP arrecadada pelos Municípios será suficiente para custear, ao menos, o pagamento da conta de energia e o CAPEX estimado para fins da consecução do objeto da PPP, em cada ente federativo integrante do Consórcio Público.

Por OPEX, entende-se todos os custos relacionados à operação e manutenção (“O&M”) do parque de iluminação pública, tais como os custos relacionados: *(i)* à operacionalização do sistema de telegestão, em um Centro de Controle Operacional – CCO (“CCO”); *(ii)* à contratação de Agente Depositário responsável pela administração e operacionalização das contas vinculadas nas quais transitarão os recursos provenientes da arrecadação da COSIP; e *(iii)* à contratação de empresa de verificação independente, responsável pela fiscalização, aplicação de indicadores de desempenho e eventual auxílio em pleitos de reequilíbrio econômico-financeiro, no âmbito do Contrato de PPP.

Cumpra estabelecer que todos os custos relacionados ao OPEX que forem passíveis de serem individualizados terão de ser arcados por cada um dos Municípios demandantes, ainda que se esteja diante de um cenário no qual o Poder Concedente seja representado por um Consórcio Público (“**OPEX Divisível**”). São eles, exemplificativamente: (i) materiais de manutenção consumidos, individualmente, por Município; (ii) iluminação de destaque particular a cada Município; (iii) podas de árvores em áreas de interferência direta nos pontos de iluminação pública de um Município específico; (iv) seguros e garantias de acordo com a amplitude (escopo e valores) da prestação dos serviços públicos, no âmbito de cada um dos Municípios.

Isso porque, conforme já verificado, não se admite, no ordenamento jurídico brasileiro, que um Município custeie, por meio do emprego de tributos arrecadados por si próprio, serviços realizados em um Município diverso, sob o risco de que se alegue o estabelecimento de subsídio cruzado tributário.

Com efeito, em relação aos custos tidos como indivisíveis (CCO, Agente Depositário e Verificador Independente – “**OPEX Indivisível**”), entende-se, como possível, a unificação destes custos, por meio do estabelecimento de uma unidade no âmbito do Contrato de PPP, representada pela operação de um único CCO responsável pelo controle operacional dos serviços prestados a todos os entes consorciados, bem como pela contratação unificada de um único Agente Depositário e um único Verificador Independente.

6.5.4.3. Faturas de energia elétrica

Atualmente, para além da utilização dos recursos provenientes da arrecadação da COSIP para a remuneração dos serviços de iluminação pública propriamente ditos, a COSIP também é utilizada para pagamento da fatura de energia elétrica consumida pelos Municípios exclusivamente com iluminação pública.

Cada Município é detentor da titularidade de sua própria conta de luz, sendo o pagamento realizado, comumente, de duas formas: (i) automaticamente, pela Distribuidora de Energia Elétrica, por retenção, antes de realizar o repasse dos recursos provenientes da arrecadação da COSIP; (ii) posteriormente ao depósito dos recursos provenientes da arrecadação da COSIP em conta vinculada, após a realização dos demais pagamentos devidos pelo Município nas hipóteses em que já possui um contrato de PPP em vigor (contraprestação mensal pública, constituição de saldo de garantia, remuneração do Verificador Independente etc.).

De fato, não se vislumbra a possibilidade de que a titularidade das contas de iluminação pública seja transferida para o Consórcio Público, pois, independentemente da celebração ou não da PPP, o Consórcio assumiria, para si, uma despesa que não tem contrapartida em receitas efetivas, já que a COSIP permaneceria com a titularidade dos Municípios.

Ademais, ainda que houvesse a transferência da titularidade das contas de energia de iluminação pública para o Consórcio Público, fica evidente que referidas contas são individualizadas, já que o consumo é medido por meio de pontos localizados em cada Município.

Assim, considerando-se os aspectos tributários da COSIP anteriormente apontados, não é possível a utilização de recursos da COSIP arrecadada por um Município para o pagamento da conta de energia de outro Município.

6.5.4.4. Aproveitamento das sinergias da contratação em bloco

Conforme mencionado, após a realização da modelagem individual de cada Município, os estudos, então, indicariam um modelo econômico-financeiro do bloco de Municípios (considerando no modelo que fosse um só o contratante dos serviços). Nesta

consolidação, os estudos econômico-financeiros estabeleceriam, com clareza, quais os ganhos de sinergia com a contratação em bloco que, além das já apontadas (como o rateio do OPEX indivisível), poderiam indicar outras como a eventual redução da carga tributária, a redução do próprio OPEX divisível (exemplo, no caso de aproveitamento de uma mesma equipe de manutenção para mais de um Município), eventual redução de preços de equipamentos com uma compra de maior porte, dentre outros.

Neste caso, conforme já mencionado para o OPEX Indivisível, seria possível estabelecer na modelagem um critério claro e sustentável para o rateio destes ganhos de sinergia, de forma que os recursos da COSIP arrecadados por cada Município permaneceriam vinculados aos serviços e investimentos do próprio Município (individualizados), bem como a parcela dos serviços e investimentos que seriam aproveitados por este Município com a contratação em bloco.

6.5.5. Considerações finais sobre o uso da COSIP para modelagem do Projeto de PPP contratado por Consórcio Público.

Por todo o exposto, relativamente ao compartilhamento da COSIP arrecadada pelos entes consorciados, tem-se que a modelagem proposta para o Projeto poderia seguir, em linhas gerais, da seguinte forma:

- (i) As faturas de energia elétrica seguirão sendo arcadas, individualmente, pelos Municípios, seja porque estes entes são os titulares das contas, seja porque o Consórcio Público não tem, como objetivo, o fornecimento de energia elétrica de maneira abrangente, mas tão somente a prestação dos serviços de iluminação pública municipal;

- (ii) Em relação ao modelo de Indicador na Receita:

- a. Para fins de modelagem, haverá a necessidade da criação de um Indicador referenciado na receita por ponto de iluminação pública de todos os Municípios que compõem o Consórcio;
 - b. A partir da modelagem e considerando a totalidade dos Municípios pretendentes a integrar o Consórcio, seria obtido o valor da contraprestação mínima, por ponto de iluminação pública (independentemente do Município), passando tal valor a ser o Indicador referencial para os Municípios aprovarem suas legislações de COSIP.
 - c. Assim, os ganhos de sinergia e de escala decorrentes da PPP conjunta estariam considerados e compartilhados, proporcionalmente, entre os Municípios, conforme o número de pontos de iluminação pública de cada um.
- (iii) Em relação ao modelo de Indicador por custo:
- a. Para fins de modelagem, haverá a necessidade de individualização do CAPEX, Município a Município, de modo que, para cada Município, serão estimados os investimentos necessários para viabilizar o Projeto em seu território, atendendo a padrões de quantidade e qualidade indicados na modelagem a ser feita;
 - b. Igualmente, haverá a necessidade de individualização do OPEX naquilo que for possível individualizar (*i.e.*, custos de operação que, de fato, são empregados de maneira personalizada em cada Município), de modo que, para cada Município, serão estimados os custos de operação necessários para viabilizar a regular operação e manutenção dos seus parques de iluminação pública;

- c. Naquilo que o OPEX for entendido como indivisível (CCO, Agente Depositário e Verificador Independente), é possível que haja a aglutinação dos custos, os quais serão remunerados pelos entes consorciados de forma proporcional à sua capacidade contributiva ou por meio de outro critério assim justificado;
- d. É possível avaliar o compartilhamento dos eventuais ganhos de sinergia com a realização da contratação em bloco dos Municípios, de forma a compartilhar estes ganhos entres os Municípios integrantes do Consórcio.

7. ASPECTOS CONTRATUAIS

Feita a avaliação sobre a modelagem jurídica do Projeto, no presente tópico, serão abordadas as questões jurídicas inerentes à fase contratual do Projeto, com a análise de questões relevantes que devem ser endereçadas na execução efetiva do Projeto, de forma a torná-lo viável na sua execução, com a segurança jurídica necessária.

7.1. O Consórcio Público como Poder Concedente

Como já mencionado, os Consórcios Públicos são pessoas jurídicas de direito público ou de direito privado, criados exclusivamente por entes federativos, mediante aprovação de lei, que têm por finalidade a reunião de recursos financeiros, técnicos e administrativos, para a gestão associada de serviços ou a realização de objetivos/finalidades de interesse comum.

Considerando que os Consórcios Públicos são dotados de personalidade jurídica, tem-se como legítima a deflagração de licitações em nome próprio, bem como a efetiva formalização de contratações investidas na figura de Poder Concedente, tendo como objeto a gestão associada de serviços públicos prestados a cargo dos entes consorciados.

7.2. Peculiaridades inerentes às contraprestações públicas

Considerando a imposição legal da utilização exclusiva da COSIP para remunerar o custeio do serviço de iluminação pública e os investimentos na rede de iluminação pública desenvolvidos (conforme decisão de repercussão geral do RE n.º 666.404), exclusivamente, no âmbito do Município arrecadador, recomenda-se que o contrato indique as contraprestações públicas de forma individualizadas por ente consorciado.

Significa dizer que o Contrato de PPP será formado por uma contraprestação global, composta por parcelas de contraprestação individualizadas para cada Município. Com isso, a estrutura contratual deixará claro que os recursos da COSIP de um determinado Município serão utilizados para pagar a parcela da contraprestação daquele Município, o que sustentará a viabilidade jurídica da contratação integrada dos serviços de iluminação pública por meio do Consórcio Público.

Importante ressaltar que mais adiante será abordada a questão da estruturação da garantia e da forma de pagamento das contraprestações com o objetivo de garantir que o Contrato de PPP seja efetivamente gerido e regulado pelo Consórcio Público, ainda que os recursos sejam originados de cada um dos Municípios que o compõem.

Com relação ao critério de julgamento da PPP, tem-se que “*o menor valor da contraprestação a ser paga pela Administração Pública*” pode ser o critério utilizado para o julgamento no âmbito das PPPs de iluminação pública (art. 12, inciso I, da Lei Federal n.º 11.079/2004), tendo em vista que os serviços não englobam serviços de natureza predominantemente intelectual, cuja licitação poderia utilizar a combinação dos critérios de menor valor da contraprestação com melhor técnica.

Considerando a multiplicidade das parcelas que vão compor a contraprestação públicas envolvida no Projeto em estudo, sugere-se que o critério de julgamento

proposto englobe o maior percentual de desconto linear sobre o valor de todas as parcelas individualizadas por Município e, portanto, na contraprestação global. Vale mencionar que o desconto linear é aplicado ainda que seja considerado o Indicador obtido a partir do valor da contraprestação por ponto de iluminação pública, posto que o desconto será aplicado sobre este valor, independentemente da quantidade de pontos de iluminação pública que o parque possuir. Assim, o percentual exemplificativo de 40% (quarenta por cento) de desconto será aplicado tanto sobre os R\$ 30,00 (trinta reais), totalizando-se R\$ 18,00 (dezoito reais) por ponto, quanto para os 25.000 (vinte e cinco mil) pontos de iluminação pública, totalizando-se R\$ 450.000,00 (quatrocentos e cinquenta mil reais), à título de contraprestação mensal máxima.

Caso não seja esse o racional adotado, ter-se-ia que estabelecer uma hierarquia entre as contraprestações, para possibilitar o julgamento de forma sucessiva, dando-se prioridade ao desconto conferido a contraprestação indicada para esse ou aquele Município, de modo a desvirtuar o objetivo precípuo do Consórcio Público: garantir tratamento isonômico entre os entes consorciados.

7.2.1. Legislação da COSIP

Um aspecto adicional que merece atenção é a questão da legislação da COSIP de cada Município. Neste ponto, mostra-se necessário avaliar, caso a caso (*i.e.* Município a Município), a atualidade da legislação concernente à cobrança da contribuição sobre o custeio de iluminação pública, sendo certo que deverá haver a padronização das legislações, ao menos, em relação ao critério de reajuste da COSIP e em consonância com os normativos da ANEEL.

Isto porque, tendo em vista que os contratos de PPP são de longo prazo, no decorrer da vigência contratual, há diversos fatores políticos, econômicos, entre outros, que poderão refletir no valor da COSIP, de modo que pode haver um descasamento de valores, devido à ausência de padronização do mecanismo de reajuste.

Por essa razão, como acima mencionado, considerando-se que a tarifa aplicada aos serviços de iluminação pública, conforme a Resolução da ANEEL n.º 1.000/2021, é a tarifa B4a, o ideal seria que o mecanismo de reajuste fosse atrelado à tarifa B4a para que ocorra a automaticidade do reajuste pela COSIP.

Portanto, mostra-se relevante, ainda, que os Municípios possuam uma lógica de reajuste da COSIP coerente entre si, utilizando-se de uma base de cálculo e índice de reajuste pautados sobre as mesmas premissas, de modo que, no futuro, seja possível assegurar a uniformidade do reajuste das contribuições, sem que: *(i)* haja o descasamento da progressão dos encargos cobrados dos consumidores, a título de remuneração, pelos serviços de iluminação pública; e *(ii)* cada Município fique com a COSIP defasada frente às obrigações contratuais adquiridas.

Assim, eventual ajuste na metodologia de cálculo e reajuste da COSIP prescinde de alteração legislativa dos normativos municipais atualmente vigentes, de acordo com o rito e os prazos estabelecidos pelas Câmaras de Vereadores locais, os quais podem variar Município a Município.

Em que pese seja desejável que os Municípios possuam uma lógica de reajuste da COSIP coerente entre si, pelas razões expostas acima, o enfoque central da análise das legislações municipais já existentes deve repousar sobre a análise acerca da suficiência ou não dos recursos de COSIP arrecadados, com base na metodologia de cálculo do tributo já existente.

Em linhas gerais, uma vez estabelecidos os Municípios que integrarão o Consórcio Público, far-se-á necessário estimar se, com base nas legislações locais já vigentes, os Municípios possuem a capacidade de geração de receitas que façam frente ao pagamento das despesas a ele alocadas no âmbito do futuro Contrato de PPP.

Caso a resposta seja negativa (*i.e.*, determinado Município não possui capacidade de gerar recursos da COSIP suficientes), será necessário ajustar a metodologia de cálculo da COSIP prevista na legislação municipal, de modo que a receita gerada passe a ser compatível com o esperado para aquele Município, no âmbito do Consórcio Público (Poder Concedente do futuro Contrato de PPP). Em havendo alteração legislativa para promover o ajuste na metodologia de cálculo da COSIP, eventualmente, caso se mostre necessário, a proposta de alteração poderá contemplar, ademais, a alteração da lógica de reajuste da COSIP.

Caso a resposta seja positiva (*i.e.*, determinado Município já possui capacidade de gerar recursos da COSIP suficientes), poderá ser avaliada, caso a caso, a possibilidade de se promover uma proposta de alteração legislativa unicamente para que haja a alteração da lógica de reajuste da COSIP. A avaliação terá como base a ponderação entre a estimativa de complexidade na aprovação da medida pela Câmara de Vereadores local *versus* os benefícios auferidos para o Consórcio Público, como um todo, em decorrência da uniformização do reajuste da COSIP.

7.2.2. Comprometimento da Receita Corrente Líquida – RCL

Para fins desse Projeto, englobar-se-ão diversos Municípios, os quais deverão ter o valor da contraprestação individualizada, de modo que um Município não subsidie os investimentos e operações específicas de outro Município com recursos originados de um tributo (COSIP).

Além disso, devem ser considerados os requisitos básicos para a viabilidade do Projeto. Isto porque, para além da COSIP ser um tributo municipal que deve ser utilizada para determinado Município que a arrecada, tem-se as premissas e demais requisitos atinentes às PPPs, posto que há questões orçamentárias envolvidas que devem ser consideradas para além do arranjo do Consórcio Público e que acabam por refletir na

contraprestação, como a necessidade de observância às restrições da legislação federal de PPPs, aplicáveis individualmente a cada Município.

De fato, o art. 28, da Lei Federal n.º 11.079/2004, prevê que a PPP somente poderá ser contratada quando a soma das despesas de caráter continuado derivadas do conjunto das parcerias já contratadas não tiver excedido, no ano anterior, a 5% (cinco por cento) da receita corrente líquida do exercício e as despesas anuais dos contratos vigentes, nos 10 (dez) anos subsequentes, não tiverem excedido a 5% (cinco por cento) da receita corrente líquida projetada para os respectivos exercícios.

Nesse sentido, ainda que o contrato de PPP seja feito por meio de um Consórcio Público, é necessário que cada Município reconheça a sua contraprestação no orçamento público, tendo em vista a necessidade de cumprir com o requisito do art. 28, da Lei Federal n.º 11.079/04 para a PPP em questão e para outras PPPs municipais.

Por esta razão, é importante que, ao se calcular os valores/percentuais/parcelas da contraprestação de cada Município, não haja o comprometimento do limite da receita corrente líquida de cada um dos Municípios.

7.3. Desvinculação de recursos arrecadados pelos Municípios/Distrito Federal

Para fins deste Parecer, ainda é oportuno destacar o tema da Desvinculação das Receitas dos Municípios, disposto no art. 76-B, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (“ADCT”), da Constituição Federal, abaixo transcrito, o qual possui relação direta com a COSIP:

“Art. 76-B. São desvinculados de órgão, fundo ou despesa, até 31 de dezembro de 2023, 30% (trinta por cento) das receitas dos Municípios relativas a impostos, taxas e multas, já instituídos ou que vierem a ser criados até a referida data, seus adicionais e respectivos acréscimos legais, e outras receitas correntes.

Parágrafo único. Excetuam-se da desvinculação de que trata o caput:

I – recursos destinados ao financiamento das ações e serviços públicos de saúde e à manutenção e desenvolvimento do ensino de que tratam, respectivamente, os incisos II e III do § 2º do art. 198 e o art. 212 da Constituição Federal;

II – receitas de contribuições previdenciárias e de assistência à saúde dos servidores;
III – transferências obrigatórias e voluntárias entre entes da Federação com destinação especificada em lei;
IV – fundos instituídos pelo Tribunal de Contas do Município.” (Ênfase acrescentada).

Referido tema surgiu para dar maior flexibilização à execução orçamentária, tendo em vista que 30% (trinta por cento) das receitas arrecadadas dos Municípios relativas a impostos, taxas e multas, respectivos acréscimos legais, bem como outras receitas correntes, pudessem ser geridas e destinadas, de maneira livre e flexível, pelos Municípios. Assim, os 30% (trinta por cento) são desvinculáveis de órgão, fundo ou despesa, até 31 de dezembro de 2023.

Ao analisar o referido artigo, percebe-se que, além da menção expressa de tributos como taxas e impostos, há a possibilidade de outras receitas correntes. Por receita corrente, verifica-se que o art. 11, §1.º, da Lei Federal n.º 4.320, de 17 de março de 1964 (“**Lei Federal n.º 4.320/1964**”), define-as como receitas tributárias, de contribuições, patrimonial, agropecuária, industrial, de serviços e outras e, ainda, as provenientes de recursos financeiros recebidos de outras pessoas de direito público ou privado, quando destinadas a atender despesas classificáveis em Despesas Correntes.

Ou seja, plenamente possível se entender, como receitas correntes, as receitas decorrentes das contribuições municipais, incluindo-se a COSIP. Corrobora com esse entendimento o parágrafo único, do art. 76-B, do ADCT, acima transcrito, ao estabelecer as exceções da desvinculação das receitas dos Municípios, dentre elas, por exemplo e especificamente, as contribuições previdenciárias e não somente contribuições, as quais, em uma interpretação extensiva, poderia ser considerada, também, a COSIP. Contudo, em momento algum, a COSIP é mencionada dentre as exceções, estando, portanto, no rol de receitas correntes desvinculáveis.

A desvinculação referida acima se faz relevante para este Parecer à medida que, a partir da autorização legislativa para desvinculação de 30% (trinta por cento) dos recursos arrecadados, há possibilidade de utilização destes recursos no Consórcio

Público para as finalidades lá previstas, em que pese a necessidade invariável de observância das regras vigentes, isto é, a necessidade de aprovação dos rateios, anualmente, com base na efetiva necessidade do Consórcio Público.

A mesma necessidade de aprovação anual dos Contratos de Rateio, Município a Município, ocorreria caso os recursos desvinculados pelos entes consorciados forem depositados em um Fundo Intermunicipal de Iluminação Pública.

7.4. Operacionalização de contas vinculadas

Considerando a necessidade de se ter um orçamento individualizado, por Município, tem-se que o mecanismo mais aconselhável para o gerenciamento dos recursos de COSIP arrecadados é a criação e manutenção de uma conta vinculada por ente consorciado, administradas por um único agente depositário, a ser contratado pelo Consórcio Público e pela futura Concessionária da PPP.

Primeiramente, considerando-se os orçamentos individualizados, é importante que a Concessionária possua uma contabilidade individualizada, para cada um dos Municípios, de modo a se justificar o valor da contraprestação a ser paga pelo Poder Concedente e a composição de referido valor.

Dessa forma, será possível evitar alegações acerca da existência de subsídio cruzado, evidenciando-se que as receitas tributárias arrecadadas pelos entes consorciados serão depositadas em suas contas vinculadas e revertidas em seu próprio proveito.

Para além de afastar questionamentos acerca da legalidade do arranjo proposto, a segregação de contas vinculadas individualizadas, cada qual contendo os recursos de COSIP arrecadados por cada Município, contribuirá para o cenário no qual um dos entes consorciados opte por se dissociar do Consórcio Público.

Nesse cenário, em havendo uma conta vinculada individualizada, será possível devolver os ativos relacionados ao Município dissidente, sem que haja a necessidade de interferência nos recursos arrecadados pelos outros entes consorciados.

Além disso, o fato de operacionalizar contas vinculadas individualizadas não impede ou inviabiliza a contratação por meio do Consórcio Público. De fato, haverá, para cada Município, uma conta vinculada individual, que poderá ser administrada por um agente de pagamento, tal como ocorre nas PPPs municipais. A diferença é que os recursos destas contas vinculadas serão utilizados para pagar a parcela da contraprestação inerente ao Município, mediante depósito em conta centralizadora da futura Concessionária.

Com isso, ainda que haja várias contas vinculadas, o contrato com o agente de pagamento será unificado e a gestão dos pagamentos ficará a cargo do Consórcio Público e do Verificador Independente único. Apenas o fluxo dos recursos ficará segregado, o que garantirá a identificação da origem dos recursos da COSIP para pagamento da parcela de contraprestação correspondente ao Município originador de tais recursos, garantindo-se a viabilidade do uso da COSIP no modelo proposto.

Por fim, referido mecanismo proporciona, ainda, uma maior facilidade quando do cálculo do valor das contraprestações devidas à Concessionária como contrapartida de sua atuação (ou falta de atuação) nesse ou naquele Município. Uma vez auferido o desempenho da Concessionária e/ou constatada a ocorrência de alguma infração que implique na aplicação de penalidade pecuniária, em decorrência de conduta verificada em um Município isolado, mostra-se benéfica a possibilidade de dedução do valor da contraprestação depositada, diretamente, na conta vinculada correspondente, sem interferência nas demais.

A seguir, para facilidade de referência, inclui-se um quadro resumo das “vantagens e desvantagens” relacionada ao modelo proposto acima, consistente na criação de uma conta vinculada para cada ente consorciado, sendo todas elas administradas por um único agente depositário, responsável pela distribuição dos valores depositados à Concessionária, de acordo com o seu desempenho:

Vantagens	Desvantagens
<ul style="list-style-type: none"> • Contabilidade individualizada para cada um dos Municípios, de modo a se justificar o valor da contraprestação a ser paga pelo Poder Concedente e a composição de referido valor. 	<ul style="list-style-type: none"> • Entraves relacionados à abertura de contas vinculadas por todos os Municípios em uma única instituição financeira, com a qual alguns dos Municípios ainda não possuem vínculos pregressos.
<ul style="list-style-type: none"> • Afastamento de questionamentos sobre a utilização de subsídios cruzados. 	<ul style="list-style-type: none"> • Eventual dificuldade do agente depositário contratado na operacionalização de múltiplas contas.
<ul style="list-style-type: none"> • Facilidade na devolução de ativos de Município que eventualmente não mais componha o Consórcio Público. 	
<ul style="list-style-type: none"> • Possibilidade de auferir desempenho e aplicar penalidades individualizadas, por conta vinculada específica de cada Município. 	

7.5. Emissão de faturas

Outro aspecto que merece destaque consiste nos impostos incidentes sobre a futura Concessionária quando da emissão da fatura pelos serviços prestados, em especial o Imposto sobre serviços de Qualquer Natureza (“ISS”).

O ISS é um imposto de competência municipal, conforme estabelecido pelo art. 156, inciso III, da Constituição Federal, e pela Lei Complementar Federal n.º 116, de 31 de julho de 2003, e tem, como fato gerador, a prestação de diversos serviços constantes em referida lei e nos Códigos Tributários Municipais.

O ISS incide, também, sobre os serviços prestados pela utilização de bens e serviços públicos explorados economicamente, mediante autorização, permissão ou concessão, com o pagamento de tarifa, preço ou pedágio pelo usuário final do serviço. As alíquotas dos ISS variam entre 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) do preço do serviço.

Considerando-se que o ISS consiste em um tributo, sobre o qual recai a mesma regra imposta à COSIP, a respeito da indelegável competência do ente federativo para legislar e arrecadar os recursos vinculados, tem-se que cada ente consorciado deverá assegurar que a Concessionária recolha, mensalmente, o montante de ISS equivalente aos serviços de iluminação pública prestados.

Daí advém, uma vez mais, a necessidade de haver contraprestações públicas e contas vinculadas individualizadas, por Município, a serem calculadas de acordo com o preço individualizado dos serviços de iluminação pública prestados pela Concessionária.

7.6. Riscos relacionados à alteração da composição do Consórcio Público

A estrutura robusta dos Consórcios Públicos vincula as Partes às obrigações assumidas desde o ato de sua constituição, não sendo possível sua alteração, retirada ou extinção sem o atendimento de requisitos legais pertinentes.

Conforme depreendido do art. 11, da Lei de Consórcios Públicos, a eventual retirada de um dos entes consorciados ou a extinção do Contrato de Consórcio Público,

não prejudica as obrigações já constituídas, permanecendo os entes denunciante responsáveis pelas obrigações assumidas em nome do Consórcio.

Considerando a relevância dos artigos de lei para fins de aproveitamento das recomendações tratadas no âmbito deste Capítulo, além do art. 11 supracitado, o art. 12, da Lei de Consórcios Públicos, assim estabelece, *in verbis*:

Lei dos Consórcios Públicos.

“Art. 11. A retirada do ente da Federação do consórcio público dependerá de ato formal de seu representante na assembléia geral, na forma previamente disciplinada por lei.

§ 1º Os bens destinados ao consórcio público pelo consorciado que se retira somente serão revertidos ou retrocedidos no caso de expressa previsão no contrato de consórcio público ou no instrumento de transferência ou de alienação.

§ 2º A retirada ou a extinção de consórcio público ou convênio de cooperação não prejudicará as obrigações já constituídas, inclusive os contratos, cuja extinção dependerá do pagamento das indenizações eventualmente devidas.

Art. 12. A alteração ou a extinção de contrato de consórcio público dependerá de instrumento aprovado pela assembléia geral, ratificado mediante lei por todos os entes consorciados.

§ 2º Até que haja decisão que indique os responsáveis por cada obrigação, os entes consorciados responderão solidariamente pelas obrigações remanescentes, garantindo o direito de regresso em face dos entes beneficiados ou dos que deram causa à obrigação.” (Ênfase acrescentada)

Os artigos transcritos contêm aspectos relevantes, atinentes à alteração ou à extinção dos Contratos de Consórcio Público, a saber:

- (i) A retirada de ente consorciado dependerá de ato formal de seu representante em Assembleia Geral, que deverá aprovar a sua retirada, ratificada mediante lei por todos os entes consorciados;
- (ii) Os bens destinados ao Consórcio Público, pelo ente consorciado retirante, somente serão revertidos ou retrocedidos no caso de expressa previsão no Contrato de Consórcio Público ou no instrumento de transferência ou de alienação;

- (iii) A retirada ou a extinção de Consórcio Público não prejudicará as obrigações já constituídas, inclusive os contratos, cuja extinção dependerá do pagamento das indenizações eventualmente devidas.

No mais, caso um dos Municípios queira encerrar o Contrato de PPP, aplicar-se-ia, subsidiariamente, os ritos previstos na Lei Federal n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 (“**Lei Geral de Concessões**”).

Com vistas a resguardar os interesses da futura Concessionária e dos futuros investidores na PPP sob estudo, recomenda-se que seja criado um mecanismo que indique que a retirada de um determinado número de Municípios do Consórcio Público pode dar ensejo ao encerramento prematuro do Contrato de PPP, hipótese na qual a Concessionária fará jus ao pagamento de indenização.

O número exato que servirá como gatilho para a rescisão deverá ser estipulado a partir de estudos econômico-financeiros, os quais demonstrarão qual é o número mínimo de Municípios necessários para assegurar a sustentabilidade e continuidade do Consórcio Público.

8. CONCLUSÃO

Por todo o exposto acima, o modelo de Consórcio Público estudado neste Parecer se mostra adequado para viabilizar a gestão associada, por meio da celebração de um contrato PPP, da prestação do serviço de iluminação pública, respeitadas as limitações impostas ao compartilhamento dos recursos de COSIP arrecadados, haja vista que:

- (i) A COSIP é um tributo de caráter *sui generis*, não se aplicando os princípios que regem as taxas e as contribuições, no que couber, tampouco os princípios que regem as tarifas e os preços públicos;

- (ii) Por meio do julgamento do RE n.º 666.404/SP, o STF reconheceu que a COSIP pode ser utilizada não apenas para o custeio dos serviços de iluminação pública, como também para investimentos relacionados à expansão e melhoramento da rede, a fim de atender novas demandas oriundas do crescimento urbano;
- (iii) O art. 149-A, da Constituição Federal, conferiu aos Municípios e ao Distrito Federal a competência para instituir a COSIP, para o custeio dos serviços de iluminação pública;
- (iv) A competência tributária conferida aos entes federativos por meio da Constituição Federal é indelegável, intransferível e irrenunciável, de modo a impossibilitar que os Consórcios Público substituam os Municípios na arrecadação de tributos, assim como que os Municípios utilizem os recursos de COSIP arrecadados para qualquer outra finalidade além da reversão em proveito da sua própria rede de iluminação pública;
- (iv) As faturas de energia elétrica seguirão sendo arcadas, individualmente, pelos Municípios, seja porque estes entes são os titulares das contas, seja porque o Consórcio Público não tem, como objetivo, o fornecimento de energia elétrica de maneira abrangente, mas tão somente a prestação dos serviços de iluminação pública municipal;
- (v) Em relação ao modelo de Indicador na Receita:
 - a. Para fins de modelagem, haverá a necessidade da criação de um Indicador referenciado na receita por ponto de iluminação pública de todos os Municípios que compõem o Consórcio;

- b. A partir da modelagem e considerando a totalidade dos Municípios pretendentes a integrar o Consórcio, seria obtido o valor da contraprestação mínima, por ponto de iluminação pública (independentemente do Município), passando tal valor a ser o Indicador referencial para os Municípios aprovarem suas legislações de COSIP;
 - c. Assim, os ganhos de sinergia e de escala decorrentes da PPP conjunta estariam considerados e compartilhados, proporcionalmente, entre os Municípios, conforme o número de pontos de iluminação pública de cada um.
- (vi) Em relação ao modelo de Indicador por custo:
- a. Para fins de modelagem, haverá a necessidade de individualização do CAPEX, Município a Município, de modo que, para cada Município, serão estimados os investimentos necessários para viabilizar o Projeto em seu território, atendendo a padrões de quantidade e qualidade indicados na modelagem a ser feita;
 - b. Igualmente, haverá a necessidade de individualização do OPEX naquilo que for possível individualizar (i.e., custos de operação que, de fato, são empregados de maneira personalizada em cada Município), de modo que, para cada Município, serão estimados os custos de operação necessários para viabilizar a regular operação e manutenção dos seus parques de iluminação pública;
 - c. Naquilo que o OPEX for entendido como indivisível (CCO, Agente Depositário e Verificador Independente), é possível que haja a aglutinação dos custos, os quais serão remunerados pelos entes

consorciados de forma proporcional à sua capacidade contributiva ou por meio de outro critério assim justificado;

- d. É possível avaliar o compartilhamento dos eventuais ganhos de sinergia com a realização da contratação em bloco dos Municípios, de forma a compartilhar estes ganhos entres os Municípios integrantes do Consórcio.

Para viabilizar a gestão associada proposta, uma vez constituído o Consórcio Público, de acordo com os ditames listados neste Parecer, relativamente à futura PPP a ser estruturada, recomenda-se, em especial, que:

- (i) As contraprestações exigidas por cada Município consorciado sejam individualizadas, sendo compostas pelo valor de cada ponto de iluminação pública, considerando todos os Municípios consorciados, permanecendo cada Município responsável pela emissão mensal de suas faturas;
- (ii) Quando do lançamento da futura licitação, seja estabelecido que o critério de julgamento a ser utilizado para definição da melhor proposta recebida seja o de maior desconto linear sobre o valor das parcelas de cada Município que compõem a contraprestação global da PPP;
- (iii) Haja a padronização das leis municipais de COSIP, contendo uma lógica de reajuste da COSIP para os Municípios, utilizando-se de uma base de cálculo e de um índice de reajuste pautados sobre as mesmas premissas, de modo que, no futuro, seja possível se assegurar a uniformidade do mecanismo de reajuste das contribuições, sem que haja descasamento de valores;
- (iv) A criação e manutenção de uma conta vinculada por ente consorciado, de modo a se ter uma contabilidade individualizada por Município, evitando-se, assim,

questionamentos acerca da legalidade do arranjo proposto e se afastando a configuração do mecanismo de subsídio cruzado.

Ainda, o Parecer pontua que a retirada de ente consorciado dependerá de ato formal de seu representante em Assembleia Geral, que deverá aprovar a sua retirada, ratificada mediante lei por todos os entes consorciados, não havendo prejuízo às obrigações já constituídas, sendo recomendada a criação de um mecanismo de acordo com o qual a retirada de um determinado número de Municípios do Consórcio Público dê ensejo ao encerramento prematuro do Contrato de PPP.

Maurício Boudakian Moysés
OAB/SP 221.705

Marina Fochesato Cintra
OAB/SP 195.413

Patricia Ferrari
OAB/SP 377.730

Rafaella Lombardi Borelli
OAB/SP 374.347