



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2024.0000894622

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação / Remessa Necessária nº 0001164-28.2007.8.26.0075, da Comarca de Bertioga, em que são apelantes PREFEITURA MUNICIPAL DE BERTIOGA e JUÍZO DE OFÍCIO, é apelado TIM CELULAR S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 15ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Por maioria de votos, em julgamento estendido, negaram provimento ao recurso do Município. Vencidos o 2º Juiz - Des. Erbetta Filho - que declara e o 5º Juiz - Des. Raul De Felice.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RAUL DE FELICE (Presidente), ERBETTA FILHO, SILVA RUSSO E EUTÁLIO PORTO.

São Paulo, 23 de setembro de 2024.

MARCOS SOARES MACHADO

Relator(a)

Assinatura Eletrônica



Voto nº 1186 – 15ª Câmara de Direito Público

Apelação nº 0001164-28.2007.8.26.0073

Apelante: Município de Bertioga

Apelado: Tim Celular S/S

Origem: Foro de Bertioga

Juiz: Alexandre Torres de Aguiar

Juízo de conformidade. Reexame determinado pela Presidência da Seção de Direito Público. Taxa de licença para localização e funcionamento e antenas de transmissão do exercício de 2007. Município de Bertioga. Art. 108 do Código Tributário Municipal. Fato gerador da Taxa de Fiscalização de Funcionamento (TFF) é a fiscalização do cumprimento das posturas municipais, que não se confunde com a fiscalização de ocupação do solo. Invasão da competência da União para legislar sobre as atividades de telecomunicações, que deve ser realizada pela ANATEL. Tema nº 919 de repercussão geral: “A instituição de taxa de fiscalização do funcionamento de torres e antenas de transmissão e recepção de dados e voz é de competência privativa da União, nos termos do art. 22, IV, da Constituição Federal, não competindo aos municípios instituir referida taxa”. Inconstitucionalidade verificada. Readequação do v. acórdão anterior, negando-se provimento ao recurso de apelação.

Trata-se de reexame necessário e recurso de apelação interpostos contra r. sentença de fls. 322/334, proferida em 27/07/2007, que concedeu a segurança para o fim de reconhecer tão-somente a ilegalidade da cobrança da taxa pelo município, tendo em vista a ausência de lei disciplinadora do poder de polícia.

Inconformada, apela o Município, alegando, em síntese, a existência de previsão legal para imposição da taxa decorrente do efetivo exercício do poder de polícia administrativa de fiscalização para localização e funcionamento das torres e antenas de transmissão e recepção de dados e voz, que consta do art. 108 do Código Tributário Municipal.

O recurso foi distribuído inicialmente em 02/11/2011 ao eminente desembargador Arthur Del Guércio (fl. 392), e posteriormente

distribuído ao douto desembargador Rezende Silveira (fl. 396), que relatou o acórdão de fls. 400/404, donde se extrai o provimento do recurso oficial e voluntário.

Os embargos declaratórios opostos pela impetrante foram parcialmente acolhidos para saneamento de omissão, todavia, sem alteração do julgado (fls. 416/417).

Insatisfeita, a impetrante ainda interpôs recursos especial e extraordinário, sendo ambos inadmitidos (fls. 420/444, 455/482 e 494/496).

Reconsiderada a decisão que inadmitiu o RE, restou prejudicado o AgRE, sendo determinado o sobrestamento do feito até o pronunciamento final da Suprema Corte referente ao Tema nº 919 (fl. 585).

Proclamada a tese fixada pelo Pretório Excelso, o feito torna à conclusão por ordem do excelentíssimo desembargador Presidente da Seção de Direito Público, a fim de que seja realizado o juízo de conformidade (fl. 587/588).

É o relatório.

O objeto do presente recurso está restrito à discussão acerca da (in)constitucionalidade da TLLF - taxa de licença para localização e funcionamento de torres e antenas de transmissão – do exercício de 2007 – instituída pelo art. 108 do Código Tributário do Município de Bertioga (Lei Complementar Municipal nº 324/98), a qual tem a seguinte hipótese de incidência:

Art. 108. A taxa de fiscalização para funcionamento tem como hipótese de incidência o exercício da atividade de polícia, relativas à meio ambiente, segurança, posturas, edificações, moralidade e

sossego público, em relação às pessoas físicas ou jurídicas, estabelecidas ou não e legalmente licenciadas para fins comerciais, industriais, profissionais e similares. Artigo alterado pela Lei nº 388, de 29 de dezembro de 1999 e pela Lei Complementar Municipal nº 37, de 27 de dezembro de 2004.

§ 1º. Incluem-se nas disposições desta taxa:

I - o comércio, a indústria, a prestação de serviço e o profissional individual, estabelecido ou não, inclusive a concessão ou permissão pública, sem prejuízo dos preços fixados pela Fazenda Pública, para ocupação de área em logradouro ou patrimônio público;

II - os depósitos de mercadorias, mesmo fechados, os escritórios e outras dependências mantidas para o exercício de quaisquer atividades;

III - os profissionais liberais ou autônomos que trabalhem individualmente ou sob a forma de sociedade civil, com estabelecimento fixo ou ponto de referência.

§ 2º. As atividades cujo exercício dependa de autorização de outorga de competência exclusiva da União, ou do Estado, não estão isentas da taxa de que trata este artigo.

Como se percebe, a taxa se qualifica como contraprestação ao serviço de fiscalização municipal sobre o cumprimento de posturas alusivas ao funcionamento do estabelecimento, exigida anualmente, mensalmente ou por dia, conforme especificações constantes em tabela em anexo à LC, nos termos do art. 110, *caput*.

Não se cuida de taxa voltada à fiscalização de ocupação do solo, mas de taxa de licença de localização e funcionamento

(TLF) renovada periodicamente. Ora, se é recorrente, ou seja, como se trata de cobrança efetuada de forma anual pelo simples fato da fiscalização do funcionamento da ERB, dúvida não há de que o Município de Bertioga invadiu a competência privativa da União ao instituir e cobrar anualmente taxa de fiscalização de funcionamento de estações de rádio-base para transmissão e recepção de sinais emitidos por equipamentos de emissão de radiação eletromagnética destinados aos serviços de telecomunicações.

Não se trata da cobrança de taxa única para autorização de instalação da estrutura de suporte (alvará de licença de funcionamento) da antena de transmissão, em virtude do poder de polícia, tendo como base posturas municipais relativas ao uso e ocupação do solo, mas de efetiva e recorrente fiscalização de funcionamento da ERB.

Em verdade, somente a União, por intermédio da respectiva agência reguladora (ANATEL), tem competência para fiscalizar o funcionamento das antenas de telecomunicações.

Nessa conformidade, subiste inegável invasão da competência privativa da União para legislar sobre a fiscalização dos serviços de telecomunicações, de sorte que a exação pública realizada pelo Município de Bertioga padece de inconstitucionalidade, inclusive já declarado pela Suprema Corte por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário nº 776.954, realizado em 5 de dezembro de 2022, Tema nº 919 da sistemática da repercussão geral:

“Recurso extraordinário. Repercussão geral. Taxa municipal. Torres e antenas de transmissão e recepção de dados e voz. Fiscalização do funcionamento das estações. Impossibilidade. Fiscalização do uso e da ocupação do solo por tais torres e antenas. Possibilidade. Necessidade

de observância das competências da União, como aquelas para legislar privativamente sobre telecomunicações, fiscalizar os serviços de telecomunicações e editar normas gerais sobre direito urbanístico. Proporcionalidade com o custo da atividade municipal subjacente. 1. As competências da União para legislar sobre telecomunicações, editar normas gerais sobre direito urbanístico e fiscalizar os serviços de telecomunicações não se confundem com as competências dos municípios para editar leis sobre assuntos de interesse local, inclusive sobre uso e ocupação do solo, e fiscalizar, consideradas as torres e as antenas de transmissão e recepção de dados e voz instaladas em seus territórios, a observância de suas leis sobre uso e ocupação do solo. As competências de ambos os entes federados podem conviver harmonicamente. 2. Compete à União a taxa decorrente do funcionamento de torres e antenas de transmissão e recepção de dados e voz (nesse sentido: Lei nº 5.070/66). 3. Respeitadas as competências da União e, nesse contexto, as leis por ela editadas, especialmente a Lei Geral de Telecomunicações, a Lei Geral de Antenas, a Lei do Fundo de Fiscalização das Telecomunicações e as leis sobre normas gerais de direito urbanístico, podem os municípios instituir taxa para fiscalização do uso e ocupação do solo por torres e antenas de transmissão e recepção de dados e voz, observada a proporcionalidade com o custo da atividade municipal subjacente. 4. Declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 2.344, de 6 de dezembro de 2006, do Município de Estrela d'Oeste, com modulação dos efeitos,

estabelecendo-se que a decisão produza efeitos a partir da data da publicação da ata de julgamento do mérito. Ficam ressalvadas as ações ajuizadas até a mesma data. 5. Fixação a seguinte tese para o Tema nº 919 de Repercussão Geral: “A instituição de taxa de fiscalização do funcionamento de torres e antenas de transmissão e recepção de dados e voz é de competência privativa da União, nos termos do art. 22, IV, da Constituição Federal, não competindo aos municípios instituir referida taxa”. 6. Recurso extraordinário provido.” (RE nº 776.594 09.02.2023 TRIBUNAL PLENO j. 05.12.2022 Relator Ministro DIAS TOFFOLI)

Destarte, visto que houve invasão da competência legislativa da União para legislar sobre telecomunicações, não se divisando a distinção ou motivos para aplicar a modulação dos efeitos, imperioso a concessão de segurança para reconhecer a inconstitucionalidade e ilegalidade da TLLF – taxa de licença para localização e funcionamento de torres e antenas de transmissão – do exercício de 2007, instituída e cobrada pelo Município de Santos.

Em arremate, a modulação não se aplica ao caso dos autos. A Suprema Corte, em julgados recentes, vem decidindo que a aludida modulação buscou afastar o ajuizamento de ações novas colimando repetição do indébito, logo a ressalva temporal buscou resguardar a retroação da inconstitucionalidade.

Dito de outra forma, a modulação buscou ressalvar as ações em andamento dos efeitos da modulação, não ressalvar as ações anteriores da inconstitucionalidade.

A propósito, vários julgados recentes da Corte

Suprema abordando a aplicação da modulação:

*“...Nesse contexto, verifica-se que o Órgão Colegiado, ao aplicar a modulação dos efeitos determinada no julgamento do Tema nº 919/RG, concluiu pela legalidade da cobrança da taxa de licença de localização e funcionamento, por entender que a execução fiscal proposta pela municipalidade precedeu os embargos à execução fiscal, de modo que deveria prevalecer a pretensão deduzida pelo Município. Tal entendimento não deve prosperar, haja vista que a ressalva imposta na modulação se refere “as ações ajuizadas até a mesma data” (7/12/2022), ou seja, havendo judicialização anterior ao marco temporal estabelecido, questionando a cobrança do tributo, ao caso não se aplica a referida modulação, devendo os efeitos da declaração de inconstitucionalidade produzir os seus respectivos efeitos. In casu, os embargos à execução foram opostos em setembro de 2015, ou seja, anteriormente à decisão de mérito, de modo que ao presente caso se aplica os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da referida taxa (STF – RE nº 1479415 / SP- SP – Relator **Ministro Dias Toffoli**– j. **1.3.2024** – Publ. **5.3.2024**) (grifei).*

*“...Naquela oportunidade, a Corte modulou os efeitos da declaração de inconstitucionalidade e adotou como marco a publicação da ata de julgamento, ressaltou, contudo, a modulação as ações ajuizadas até referida data. Vale dizer, para os processos não ajuizados até a data da publicação da ata a inconstitucionalidade declarada opera com efeitos ex nunc, por sua vez, os processos que já tramitavam na data da publicação da ata de tal julgamento não foram alcançados pela modulação de efeitos. Na espécie, a ação foi ajuizada em momento anterior à publicação da ata de julgamento, o que demonstra a impossibilidade de aplicar a modulação de efeitos ao caso...” (STF – RE nº 1.450.925 - SÃO PAULO – Relator **Ministro Gilmar Mendes** – j. **20.3.2024** – Publ. 21.3.2024) (grifei).*

“... Da leitura do citado trecho do acórdão recorrido, verifica-se que houve a indevida interpretação da modulação de efeitos realizada no RE nº 776.594/SP. Conforme exposto, os embargos à execução analisados foram ajuizados anteriormente à data de publicação da ata de julgamento do mérito do mencionado recurso extraordinário. Assim, o presente processo está

abarcado pela ressalva à modulação de efeitos realizada. Ou seja, em relação ao processo em análise, o julgamento pela inconstitucionalidade da norma municipal discutida produz efeito...”

(STF – RE nº 1.476.941 - SP – **Relator Ministro André Mendonça** – j. **4.3.2024** – Publ. 5.3.2024) (grifei).

*"RECLAMAÇÃO. DIREITO TRIBUTÁRIO. TAXA DE FISCALIZAÇÃO EM ATIVIDADES DO SETOR DE TELECOMUNICAÇÃO. ALEGADA MÁ APLICAÇÃO DA MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA TESE VINCULANTE FIRMADA NO JULGAMENTO DO RE 776.594-INOCORRÊNCIA. TEMA-RG 919. AUSÊNCIA DE TERATOLOGIA. AÇÃO DE ORIGEM AJUIZADA ANTES DO MARCO TEMPORAL DEFINIDO NO PARADIGMA. RECLAMAÇÃO A QUE SE NEGASEGUIMENTO. (STF – Reclamação nº 67.132 - São Paulo – **Relator Ministro Luiz Fux** – j. **10.6.2024** – Publ. 11.6.2024).*

Extrai-se do voto do Ministro Fux:

“...Registro, por oportuno, o teor do parecer da Procuradoria-Geral da República lançado nos autos, pela improcedência da presente

reclamação, com o seguinte teor (doc. 25, p. 4/5, destaquei): “Verifica-se que, s.m.j., a regra da modulação dos efeitos do Tema 919/STF foi para impedir que os contribuintes pedissem judicialmente por devolução de valores pagos, pelo que a exação somente deixaria de ser devida após a publicação da ata de julgamento do mérito do Tema 919/STF. A exceção à modulação é a situação em que ações foram ajuizadas pelos contribuintes até aquela data, impugnando os valores cobrados ao fundamento de sua inconstitucionalidade, como na espécie.”

"O entendimento do TJ local mostra-se conforme o paradigma, pelo que a presente reclamação deve ser julgada improcedente. (grifei).

Ainda que assim não fosse, a Suprema Corte também tem decidido que a modulação somente é aplicável ao caso específico do Município de Estrela d'Oeste:

“...Por fim, saliento que a modulação de efeitos realizada no Recurso Extraordinário 776.594 RG/SP (Tema 919 da Repercussão Geral), da relatoria do Ministro Dias Toffoli, DJe 9/2/2023, não se aplica ao presente caso, uma vez que a referida modulação abrange exclusivamente a declaração de inconstitucionalidade da Lei n. 2.344/2006 do Município de Estrela D'Oeste/SP, não alcançando as demais leis municipais que

tratam da matéria, como a lei do Município de Santos/SP objeto deste recurso. Outrossim, destaco que o Supremo Tribunal Federal, ao analisar questão constitucional análoga, não realizou a modulação de efeitos da decisão proferida no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.110/SP, bem como no julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo 1.370.232 RG/SP (Tema 1.235 da Repercussão Geral). ...” ...” (STF – RE nº 01.497.161- SP – Relator Ministro Cristiano Zanin – j. 7.6.2024 – Publ. 10.6.2024). (grifei).

"Registre-se que no julgamento do Recurso Extraordinário n. 776.594, precedente do Tema 919, este Supremo Tribunal Federal decidiu pela modulação dos “efeitos da declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 2.344 do Município de Estrela d'Oeste, de 6 de dezembro de 2006, estabelecendo que a decisão produza efeitos a partir da data da publicação da ata de julgamento do mérito, ficando ressalvadas as ações ajuizadas até a mesma data”, restringindo-se a decisão à lei objeto do julgado (STF – RE nº 1.497.677- SP – Relatora Ministra Carmén Lúcia – j. 17.6.2024 – Publ. 18.6.2024). (grifei).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Posto isso, em juízo de conformidade, **nega-se** provimento ao recurso de apelação interposto pelo Município de Bertioga, em observância à tese fixada pelo C. STF, nos autos do RE 776.594, Tema nº 919.

MARCOS SOARES MACHADO

Relator



Apelação nº 0001164-28.2007.8.26.0075

Apelante: **Municipalidade de Bertioga**
Apelada : **Tim Celular S/S**
Comarca: **Bertioga**

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

Voto nº 48.956.

V i s t o s .

Ousei divergir da douta maioria por entender que a decisão não comportava reforma diante do que ficou decidido no âmbito do RE nº 776.594/SP de 9/2/2023, Tema nº 919 do STF a fim de ser reconhecida a inconstitucionalidade da TLLF – taxa de licença para localização e funcionamento de torres e antenas de transmissão do exercício de 2007, instituída pela Municipalidade de Bertioga com fulcro no art. 108 do Código Tributário Municipal.

Em que pese o respeitável entendimento diverso, o acórdão proferido a fls. 400/404 não comportava adequação em razão do que foi decidido quando do julgamento do mérito do RE nº 776.594/SP, Tema 919/STF.

No recente posicionamento do Pretório Excelso a respeito do tema, houve expressa menção à possibilidade de os Municípios exigirem taxas dessa espécie, mas desde que tenham por fundamento a fiscalização do uso e da ocupação do solo por torres e antenas, nos seguintes termos:

“DA CONVIVÊNCIA HARMÔNICA DAS COMPETÊNCIAS DA UNIÃO E DOS MUNICÍPIOS À luz das considerações acima, entendo que não cabe confundir as competências da União para legislar sobre telecomunicações, editar normas gerais sobre direito urbanístico e fiscalizar os serviços de telecomunicações com as competências dos municípios para editar leis sobre assuntos de interesse local, inclusive sobre uso e ocupação do solo, e fiscalizar, consideradas as torres e as antenas de transmissão e recepção de dados e voz instaladas em seus territórios, a observância de suas leis. As competências de ambos os entes federados podem conviver harmonicamente. (...) Observa-se, portanto, que, sendo respeitadas as competências da União e, nesse contexto, as leis por ela editadas, especialmente a Lei Geral de Telecomunicações, a Lei Geral de Antenas e a Lei do Fundo de Fiscalização das Telecomunicações, podem os municípios instituir taxa para fiscalização do uso e da ocupação do solo por torres e antenas de transmissão e recepção de dados e voz. (...) E tal fiscalização, quando consistir no poder de polícia ao qual se referem o art. 77 do CTN e o art. 145, inciso II, da Constituição Federal, pode ser eleita como fato gerador da taxa em discussão. Nesse contexto, destaco, ainda, que o exercício do poder de polícia municipal relativamente a tais estruturas não se exaure no momento em que elas são instaladas, mormente quando se leva em consideração o fato de que tal atividade abrange, por exemplo, a constante fiscalização no tocante à segurança (art. 6º, inciso VI, da Lei Geral de Antenas).”

O presente recurso não se refere à fiscalização do cumprimento de normas técnicas relativas à área das telecomunicações. Logo, o Município atua estritamente dentro de sua competência tributária, tal como conferida pela Constituição Federal.

A título de reforço, vale mencionar recentíssima decisão proferida também pelo STF, em que aquela Corte Suprema, invocando o Tema nº 919, mais uma vez, confirma a validade das taxas de fiscalização impostas pelos Municípios e relativas à instalação e funcionamento de estações rádio-base e torres de telefonia. Cuida-se do V. Acórdão proferido no Ag. RE nº 1.482.638/SP (1ª Turma, Rel. Ministro

FLÁVIO DINO, v. u., j. 06/08/2024), com a seguinte ementa:

“DIREITO TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. LEI DO MUNICÍPIO DE ITAPEVI. TAXA DE FISCALIZAÇÃO E FUNCIONAMENTO DE ESTAÇÕES RÁDIO BASE (ERB). CONSONÂNCIA DA DECISÃO RECORRIDA COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. TEMA 919. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Ao julgamento do Tema 919 da repercussão geral esta Suprema Corte consignou que, 'respeitadas as competências da União e, nesse contexto, as leis por ela editadas, especialmente a Lei Geral de Telecomunicações, a Lei Geral de Antenas, a Lei do Fundo de Fiscalização das Telecomunicações e as leis sobre normas gerais de direito urbanístico, podem os municípios instituir taxa para fiscalização do uso e ocupação do solo por torres e antenas de transmissão e recepção de dados e voz, observada a proporcionalidade com o custo da atividade municipal subjacente' (RE 776.594, Rel. Min. Dias Toffoli, Pleno, DJe 09.02.2023).

2. O Tribunal a quo decidiu que a cobrança de taxa decorrente de atividade fiscalizatória do uso e ocupação do solo por ERB, instituída pelo Município de Itapevi, observa competência prevista no art. 30, I e VIII, da Constituição Federal. Tal entendimento está alinhado com a jurisprudência desta Suprema Corte firmada no julgamento do Tema 919. Compreensão diversa demandaria a análise da legislação infraconstitucional aplicada, o que torna oblíqua e reflexa eventual ofensa, insuscetível, portanto, de viabilizar o conhecimento do recurso extraordinário. Aplicação da Súmula nº 280/STF.

(...).

4. Agravo interno conhecido e não provido.”.

Deve ter lugar, portanto, a manutenção do acórdão proferido por esta Colenda Turma Julgadora, quando da apreciação do mérito da causa.

Em suma, portanto, tendo aplicação à espécie o entendimento esposado pelo Pretório Excelso, há de ser considerado inviável a aplicação do art. 1.030, inciso II, do NCPC, no presente caso.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

À vista dessas considerações, *data venia* do entendimento contrário, a solução mais correta parece ser a manutenção do acórdão proferido a fls. 399/404, a fim de que seja assegurada à Municipalidade de Bertioga a manutenção dos respectivos lançamentos e cobranças advindos da instituição da taxa de licença e funcionamento.

Essas, em suma, as razões da dissensão.

Erbetta Filho
2º Juiz
Assinatura eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Este documento é cópia do original que recebeu as seguintes assinaturas digitais:

Pg. inicial	Pg. final	Categoria	Nome do assinante	Confirmação
1	13	Acórdãos Eletrônicos	MARCOS SOARES MACHADO	2789F135
14	17	Declarações de Votos	OSWALDO ERBETTA FILHO	27FF74D5

Para conferir o original acesse o site:

<https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/sg/abrirConferenciaDocumento.do>, informando o processo 0001164-28.2007.8.26.0075 e o código de confirmação da tabela acima.