

Princípio por verificar se a Associação Brasileira de Distribuidores de Energia Elétrica – ABRADEE, autora da presente ação, teria legitimidade ativa para o ajuizamento da ação de descumprimento de preceito fundamental em comento.

O exame do estatuto social da entidade autora evidencia que a ABRADEE congrega as empresas concessionárias do serviço público de distribuição de energia elétrica (art. 2º). Está demonstrado que ela qualifica-se como entidade de classe de âmbito nacional, pois comprovou a presença de associados em todos os Estados-membros da Federação e no Distrito Federal; sendo certo, ainda, que a associação em referência possui o objetivo institucional de promover o desenvolvimento e o aperfeiçoamento do setor em que atua, inclusive por meio da defesa em juízo dos interesses comuns dos integrantes da categoria econômica que representa. Portanto, a autora representa concessionárias de distribuição de energia elétrica, de modo a preencher o requisito da pertinência temática entre os fins estatutários e o objeto da ação.

Em outras oportunidades esta Suprema Corte decidiu pela legitimidade ativa da requerente para instaurar a fiscalização abstrata da constitucionalidade conforme verifico nas: ADI 3.798, rel. Min. Gilmar Mendes, ADI 3.824, rel. Min. Celso de Mello, e ADIs 3.763 e 3.905 rel. Min. Cármen Lúcia. Por isso, dúvida não há a respeito da legitimidade da requerente para propor a presente ação.

Passo à análise do cabimento da ADPF.

No presente caso é questionada lei complementar municipal em face da Constituição Federal.

Prevista no artigo 102, § 1º, da CRFB, a arguição por descumprimento de preceito fundamental foi regulada pela Lei 9.882/1999, a qual prescreve, em seu artigo 4º, §1º, o requisito de subsidiariedade, segundo o qual, não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade.

Deveras, havendo outro meio eficaz de solver a controvérsia constitucional, revela-se inviável essa ação do controle concentrado e constitucionalidade, cuja utilização é excepcional e subsidiária, na linha do que assentam os seguintes precedentes:

“A arguição de descumprimento de preceito fundamental configura instrumento de controle abstrato de constitucionalidade de normas, nos termos do art. 102, § 1º, da Constituição, combinado com o disposto na Lei 9.882, de 3 de dezembro 1999, que não pode ser utilizado para a solução de casos concretos, nem tampouco para desbordar os caminhos recursais ordinários ou outras medidas processuais para afrontar atos tidos como ilegais ou abusivos. Não se pode, com efeito, ampliar o alcance da ADPF, sob pena de transformá-la em verdadeiro sucedâneo ou substitutivo de recurso próprio, ajuizado diretamente perante o órgão máximo do Poder Judiciário. Ademais, mesmo que superados tais óbices ao conhecimento da presente ação, cumpre recordar que o ajuizamento da ADPF rege-se pelo princípio da subsidiariedade, previsto no art. 4º, § 1º, da Lei 9.882/99, a significar que a admissibilidade desta ação constitucional pressupõe a inexistência de qualquer outro meio juridicamente idôneo apto a sanar, com efetividade real, o estado de lesividade do ato impugnado” (ADPF 145, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, decisão monocrática, DJe de 9/2/2009.)

“O ajuizamento da ação constitucional de arguição de descumprimento de preceito fundamental rege-se pelo princípio da subsidiariedade (Lei nº 9.882/99, art. 4º, § 1º), a significar que não será ela admitida, sempre que houver qualquer outro meio juridicamente idôneo apto a sanar, com efetividade real, o estado de lesividade emergente do ato impugnado. Precedentes: ADPF 3/CE, ADPF 12/DF e ADPF 13/SP.” (ADPF 17, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ de 12/6/2002)

*In casu*, o autor pretende o controle de constitucionalidade de lei municipal em confronto com preceitos fundamentais constantes da Constituição Federal. Reconheço, dessa forma, o cumprimento do requisito da subsidiariedade no presente caso, por conseguinte conheço da ação e passo a análise do mérito.

No presente caso questiona-se a constitucionalidade da instituição do Município de taxa em razão da fiscalização da ocupação e da permanência de postes instalados em suas vias.

Na inicial o requerente sustenta que o Município (eDoc 01):

“Ao instituir taxa tendo como fato gerador “a localização, a ocupação e a permanência de móveis, equipamentos, veículos, utensílios e quaisquer outros objetos em áreas, em vias e em logradouros públicos”, e cobrada mensalmente, a lei municipal viola o

art. 145, II, da CF, cria taxa para remunerar um serviço que não é prestado “ *uti singuli* ”.

Portanto, para analisar a constitucionalidade da Lei Complementar municipal, impende perscrutar se há competência municipal para instituir taxa com essa hipótese de incidência, e, se houver a competência, se é possível a criação de taxa com a finalidade instituída pela lei municipal. Princípio pela análise da segunda questão.

Estabelece o art. 145, II, da Constituição da República, que as taxas poderão ser instituídas em razão do poder de política ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição.

Colho dos ensinamentos de Cesar Augusto Guimarães Pereira, a ideia de que serviços como a transmissão de energia são considerados serviços “ *uti singuli* ”, pois seus usuários são registrados, identificados e seu consumo individual é quantificável. Confira-se passagem de sua obra:

“Já se aludiu ao art. 145, II, da Constituição, que menciona serviços públicos específicos e divisíveis, deixando aberta a possibilidade de outros não dotados dessas características. Dele não deriva um reconhecimento constitucional das duas categorias de serviços públicos. Apenas há serviços públicos que não são específicos e divisíveis, mas em que se pode razoavelmente – ainda que por meio de presunções – identificar um usuário determinado e uma relação jurídica concreta de prestação. Ou seja, o campo dos serviços *uti singuli* é mais amplo que o setor abrangido pelos conceitos tributários de especificidade e divisibilidade. Não há incompatibilidade entre um conceito restrito de serviço público e o art. 145, II, da Constituição.

A EC nº 39/2002 introduziu o art. 149-A, tratando de contribuição para o custeio do serviço de iluminação pública.<sup>16</sup> Esse novo dispositivo pretende afastar a iluminação pública do regime da taxa, reconhecendo o caráter difuso dessa prestação. Aludindo-se a contribuição, destaca-se que a atividade pública não é diretamente referida a usuários específicos, mas realizada em caráter geral, ainda que beneficiando determinados círculos de pessoas. A contribuição poderá ser modulada de acordo com a intensidade da atividade realizada em cada região da cidade. **A despeito da redação do art. 149-A, não há um serviço em sentido técnico, mas uma atividade unilateral. Não há usuários, mas beneficiários.** A situação não é distinta da que envolve uma obra pública. O Poder Público erige uma praça, que beneficia de modo especial os moradores próximos. Mas isso não implica uma relação jurídica de serviço entre o Poder Público

e tais moradores. O art. 149-A da Constituição reafirma a distinção entre iluminação pública e o que se pode enquadrar na noção de serviço público. No âmbito subsumível ao art. 149-A, a iluminação pública não é serviço, mas atividade pública. Não é uma prestação dirigida a alguém, mas pura atividade, operada sobre a realidade concreta. Em nada se distingue de uma obra pública. Será serviço público apenas se for possível determinar a existência de usuários, ainda que de modo aproximativo e presumível. Seria o caso, p. ex., de se pretender vincular aos moradores de uma determinada via pública uma parcela da iluminação pública, sob o pressuposto de que tais moradores são usuários do serviço por dele se beneficiarem de modo especialmente intenso. Isso pressuporá a configuração de uma relação jurídica concreta entre o prestador e tais usuários, a fim de que detenham direitos subjetivos específicos em face do prestador. Não basta a legitimidade geral de cidadão, detentor do direito de reclamar acerca de qualquer aspecto da atuação pública, para que se configurem serviço e usuário. “

Adiante, prossegue o autor:

“O art. 15 da Lei nº 9.074/1995 alude a grandes consumidores de energia, que firmam contratos de longo prazo com as geradoras. Mas ressalvam que tais consumidores “poderão retornar à condição de consumidor atendido mediante tarifa regulada (...) desde que informem a concessionária, a permissionária ou a autorizada de distribuição local, com antecedência mínima de cinco anos” (art. 15, § 8º). Ou seja, para o acesso ao serviço público de distribuição basta a declaração de vontade do próprio usuário, dirigida à distribuidora, sem que haja previsão de recusa. No primeiro caso, o contrato é privado (embora regulado), firmado entre um concessionário do uso de bem público e uma pessoa privada. Não há usuário nem há serviço público. No segundo, há prestação de serviço público pela concessionária (distribuidora) e o utilizador da energia caracteriza-se como usuário. O art. 35 da Lei nº 9.074/1995 também prevê mecanismo de intervenção direta do poder concedente no regime do usuário, estabelecendo que a criação de novos benefícios tarifários (o que atinge favoravelmente o usuário) é condicionada à simultânea revisão da estrutura tarifária para preservar o equilíbrio contratual. A Lei nº 9.427/1996 qualifica o usuário como consumidor, responsável pelo pagamento da contraprestação (“tarifas baseadas no serviço pelo preço”) – art. 14, I. Esse regime de contraprestação significa que as tarifas máximas são fixadas no contrato de concessão ou permissão ou em ato que autorize a aplicação de tarifas reajustadas ou revistas (art. 15, I e IV). O art. 14 do Dec. nº 2.335/1997 expressamente alude a que a ANEEL conduzirá ações de proteção e defesa do consumidor de

energia elétrica observando, no que couber, o CDC.” (PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães. A Posição Jurídica dos Usuários e os Aspectos Econômicos dos Serviços Públicos. PUC-SP, São Paulo (2005)).

Como se lê, serviços como o fornecimento de água, coleta de esgoto, energia elétrica e gás canalizado são considerados serviços " *uti singuli* ", pois seus usuários são registrados, identificados e seu consumo individual é quantificável.

Todavia, no caso da iluminação pública há, segundo o autor, uma atividade pública, não um serviço público específico e divisível. Tanto é assim, que o Congresso Nacional, no exercício de sua competência de reforma da Constituição, aprovou a Emenda Constitucional nº 39 de 2002, a qual criou a Contribuição para Custeio do Serviço de Iluminação Pública.

Nesse sentido, também, há a **Súmula Vinculante nº 41** , que prevê: “O serviço de iluminação pública não pode ser remunerado mediante taxa.” e diversas decisões deste Supremo Tribunal Federal, dentre as quais, destaco a tese definida no , rel. Min. Ricardo Lewandowski, P, j. 25-3-2009, DJE 94 de 22.5.2009, : “O serviço de iluminação pública não pode ser remunerado mediante taxa.”

Logo, não é possível instituir taxa sobre esse fundamento constitucional.

Dessarte, vê-se que o ponto fulcral não está na qualidade do serviço ser divisível ou indivisível, mas se o Município teria competência para, sob o fundamento do exercício do poder de polícia, legislar a respeito da fiscalização de concessionárias do ramo de energia elétrica, ante o art. 21, XII, b, 22, IV, e 175, da CRFB e arts. 6º , 23 e 31, da Lei Federal nº 8.987/95.

Quanto aos municípios, o texto constitucional, em seu art. 30, estabelece, entre outras competências, que cabe a eles legislar sobre assuntos de interesse local e promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano.

Ainda em relação aos municípios, cumpre destacar terem eles competência para legislar sobre meio ambiente, no limite de seu interesse local, bem como competência comum de proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas.

Assim, não há dúvida da competência dos municípios para fiscalizar a observância, por parte de terceiros, de suas próprias legislações locais,

incluindo aquelas sobre uso e ocupação do solo urbano e sobre posturas municipais relativas à segurança, à ordem, à tranquilidade pública e ao meio ambiente.

Consistindo essa fiscalização no poder de polícia ao qual se referem o art. 77 e 78 do CTN e o art. 145, inciso II, da Constituição Federal, também pode ela ser eleita como fato gerador de taxa de fiscalização. Exemplo disso é a instituição, já considerada constitucional pelo STF, das conhecidas taxas municipais de fiscalização, localização e funcionamento de estabelecimentos; de fiscalização de anúncios; de taxas de controle e fiscalização ambiental. Nesse sentido, são alguns precedentes da Corte a respeito desses tributos: RE nº 220.316/MG; RE nº 216.207/MG; AI nº 440.036 /MG AgR; RE nº 1.160.175/SC-AgR; RE nº 795.463/SP.

Todavia, não é o caso da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental. Verifica-se que a taxa instituída cria ônus a concessionária de energia elétrica, sob o fundamento de exercício de poder de polícia, o qual não encontra fundamento na Constituição, porque não está autorizado pela Lei Fundamental para criá-la.

Ao instituir o sistema de distribuição de competências federativas entre a União, os Estados, Municípios e o Distrito Federal, a Constituição de 1988 estabeleceu uma estrutura de Estado brasileiro baseada na cooperação entre essas três entidades federativas. Embora a Constituição conceda à União um amplo conjunto de competências exclusivas e legislativas, o fato de haver competências compartilhadas sugere um forte viés cooperativo que deve ser aplicado na prática.

À luz das considerações acima, entendo que não cabe confundir as competências da União para legislar sobre transmissão de energia, editar normas gerais sobre direito urbanístico e fiscalizar os serviços de energia com as competências dos municípios para editar leis sobre assuntos de interesse local, inclusive sobre uso e ocupação do solo. As competências de ambos os entes federados podem conviver harmonicamente.

Repartir competências compreende compatibilizar interesses para reforçar o federalismo cooperativo em uma dimensão realmente cooperativa e difusa, rechaçando-se a centralização em um ou outro ente e corroborando para que o funcionamento harmônico das competências legislativas e executivas otimizem os fundamentos (art. 1º, da Constituição Federal) e objetivos (art. 3º, da Constituição Federal) da República. Ao construir uma rede interligada de competências, o Estado se compromete a

exercê-las para o alcance do bem comum e para a satisfação de direitos fundamentais.

Tenho afirmado que, nos casos em que a dúvida sobre a competência legislativa recai sobre norma que abrange mais de um tema, deve o intérprete acolher interpretação que não tolha a competência que detêm os entes menores para dispor sobre determinada matéria ( *presumption against preemption* ).

Contudo, visto que o federalismo é um instrumento de descentralização política que visa realizar direitos fundamentais, se a lei federal ou estadual claramente indicar, de forma necessária, adequada e razoável, que os efeitos de sua aplicação excluem o poder de complementação que detêm os entes menores ( *clear statement rule* ), é possível afastar a presunção de que, no âmbito regional, determinado tema deve ser disciplinado pelo ente maior.

Como mencionado, no presente caso, o ponto de observância cinge-se na competência exclusiva da União para legislar sobre o tema, haja vista que os arts. 21, XII, b; art. 22, IV, da CF, dispõem que:

“Art. 21. Compete à União:

...

XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

[...]

b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos; “

“Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

[...]

IV - águas, energia, informática, telecomunicações e radiodifusão;”

Ademais, o art. 175, da CF, estabelece que:

“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.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

- II - os direitos dos usuários;
- III - política tarifária;
- IV - a obrigação de manter serviço adequado.”

Com o objetivo de regulamentar o art. 175, da CRFB, a Lei Federal n. 8.987/95 cuidou do regime de concessão e permissão, prevendo que:

Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

§1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

§2º A atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço.

[...]

Art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas:

[...]

II - ao modo, forma e condições de prestação do serviço;

[...]

V - aos direitos, garantias e obrigações do poder concedente e da concessionária, inclusive os relacionados às previsíveis necessidades de futura alteração e expansão do serviço e conseqüente modernização, aperfeiçoamento e ampliação dos equipamentos e das instalações; ...

VII - à forma de fiscalização das instalações, dos equipamentos, dos métodos e práticas de execução do serviço, bem como a indicação dos órgãos competentes para exercê-la;

VIII - às penalidades contratuais e administrativas a que se sujeita a concessionária e sua forma de aplicação;

[...]

X - aos bens reversíveis;”

[...]

Art. 31. Incumbe à concessionária:

[...]

V - permitir aos encarregados da fiscalização livre acesso, em qualquer época, às obras, aos equipamentos e às instalações integrantes do serviço, bem como a seus registros contábeis;



Em adição, é oportuno trazer à colação o art. 21, da Lei nº 9.427/96, que instituiu a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, disciplinando o regime específico das concessões de serviços públicos de energia elétrica:

“Art. 21. Na execução das atividades complementares de regulação, controle e fiscalização dos serviços e instalações de energia elétrica, a unidade federativa observará as pertinentes normas legais e regulamentares federais.

§ 1º As normas de regulação complementar baixadas pela unidade federativa deverão se harmonizar com as normas expedidas pela ANEEL.

§ 2º **É vedado à unidade federativa conveniada exigir de concessionária ou permissionária sob sua ação complementar de regulação, controle e fiscalização obrigação não exigida ou que resulte em encargo distinto do exigido de empresas congêneres, sem prévia autorização da ANEEL.”**

Observo que esta Suprema Corte, bem como o Superior Tribunal de Justiça, já se manifestaram a respeito do tema e se consolidaram na impossibilidade de aplicação de taxas para fiscalização de postes de energia elétrica por municípios, haja vista a competência exclusiva da União, por meio da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL (RE (AgRg) 640.286 /RJ, Rel. Min. Ricardo Lewandowski; RE (Edcl) 581.947/RO, Rel. Min. Luiz Fux; REsp (AgRg) 1378498/RS, Mauro Campbell Marques).

Confiram-se, respectivamente, as ementas:

“EMENTA : AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. INSTITUIÇÃO E COBRANÇA DE TAXA PELO USO DE ÁREAS DOS MUNICÍPIOS POR CONCESSIONÁRIAS PRESTADORAS DO SERVIÇO PÚBLICO DE FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO PLENÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – A Constituição Federal definiu a competência privativa da União para legislar sobre a matéria, bem assim a exclusividade para explorar os serviços e instalações de energia elétrica (CF, art. 21, IV e XII, b). II – Legislação municipal. Instituição de taxa pelo uso de áreas dos municípios por concessionárias prestadoras do serviço público de fornecimento de energia elétrica. Invasão de competência reservada à União Federal. Inconstitucionalidade da taxa. Precedente do Plenário do Supremo Tribunal Federal [RE (Edcl) 581.947/RO, Rel. Min. Luiz

Fux]. III – Agravo regimental a que se nega provimento.” (RE (AgRg) 640.286/RJ, Rel. Min. Ricardo Lewandowski).

“1) Embargos de Declaração. Repercussão Geral. Cobrança de taxa pelo uso de bens municipais. Delimitação da controvérsia jurídica. 2) In casu, todo o litígio travado nos autos gravitou em torno da lei do município de Ji-Paraná que instituiu a cobrança de taxa pelo uso do solo e subsolo. 3) Embargos de Declaração conhecidos e providos, sem efeitos infringentes, para esclarecer que o decisum dispõe sobre a impossibilidade de cobrança de taxa, espécie de tributo, pelos municípios em razão do uso do espaço público municipal (RE (Edcl) 581.947/RO, Rel. Min. Luiz Fux).

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL EM AÇÃO RESCISÓRIA. IMPUGNAÇÃO AOS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO RESCINDENDO. POSSIBILIDADE. BENS PÚBLICOS. USO DE SOLO, SUBSOLO E ESPAÇO AÉREO POR CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO. COBRANÇA. IMPOSSIBILIDADE. 1. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça sedimentou o entendimento de que o recurso especial interposto nos autos de ação rescisória fundada em ofensa do art. 485, V, do CPC pode impugnar diretamente as razões do acórdão rescindendo, não devendo, obrigatoriamente, se limitar ao pressuposto desta ação (violação da literalidade de lei). Nesse sentido, os seguintes julgados da Corte Especial: EREsp 517220/RN, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, Rel. p/ Acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, julgado em 29/08/2012, DJe 23/11/2012; EREsp 1046562/CE, Rel. Ministra ELIANA CALMON, Rel. p/ Acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, julgado em 02/03/2011, DJe 19/04/2011. 2. É pacífico o entendimento desta Corte Superior no sentido de que a cobrança em face de concessionária de serviço público pelo uso de solo, subsolo ou espaço aéreo é ilegal (seja para a instalação de postes, dutos ou linhas de transmissão, p. ex.) porque (i) a utilização, neste caso, reverte em favor da sociedade - razão pela qual não cabe a fixação de preço público - e (ii) a natureza do valor cobrado não é de taxa, pois não há serviço público prestado ou poder de polícia exercido. 3. Agravo regimental não provido” (REsp (AgRg) 1378498/RS, Mauro Campbell Marques).

Por analogia, esta Corte já decidiu de forma semelhante, em sede de repercussão geral, quando tratou da exigência de taxa municipal de fiscalização de torres e antenas de transmissão e recepção de dados e voz, em razão do uso e da ocupação do solo, no RE 776.594 (Tema n. 919), conforme se pode ler na ementa:

“EMENTA 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 da 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.” (STF - RE: 776594 SP, Relator: DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 05/12/2022, Tribunal Pleno, Data de Publicação: PROCESSO ELETRÔNICO DJe-023 DIVULG 08-02-2023 PUBLIC 09-02-2023)

A União, no exercício de suas competências (art. 21, XI e art. 22, IV CRFB), editou a Lei Federal n. 9.427/96, que, de forma nítida, proíbe à unidade federativa exigir de concessionária ou permissionária sob sua ação complementar de regulação, controle e fiscalização obrigação não exigida

ou que resulte em encargo distinto do exigido de empresas congêneres, sem prévia autorização da ANEEL.

Ademais, a União, por meio da Lei Federal n. 8.987/95, cuidando do regime de concessão e permissão, determinou que nos contratos de concessão ficassem expressos os direitos e garantias do Poder Concedente, inclusive os relacionados à modernização, aperfeiçoamento e ampliação das instalações de energia elétrica.

Dessa forma, a presunção de que gozam os entes menores para, nos assuntos de interesse comum e concorrente, legislarem sobre seus respectivos interesses ( *presumption against preemption* ) foi **nitidamente afastada por norma federal expressa** ( *clear statement rule* ).

Portanto, é inconstitucional a o artigo 5º, VI, da Lei Complementar Municipal n. 21/2002, do Município de Santo Amaro da Imperatriz/SC, pois, disciplinando a instalação de postes de energia elétrica, adentrou na esfera de competência privativa da União, o que retira o fundamento constitucional para a instituição de taxa com fundamento no poder de polícia, conforme o art. 145, II, da Constituição Federal.

Por isso, considero impossibilitado o município para fiscalizar os postes e equipamentos atrelados à essa concessão pública federal e, instituir TFOP – Taxa de Fiscalização, Ocupação e Permanência de tais equipamentos instalados em seu território.

### **Da modulação de efeitos**

Por fim, embora considerado inconstitucional o artigo 5º, VI, da Lei Complementar Municipal n. 21/2002, do Município de Santo Amaro da Imperatriz/SC, entendo que se faz necessário modular os efeitos da decisão para que tenha eficácia *ex nunc* , tendo em vista o princípio da segurança jurídica.

Conforme narrado pelo município, a lei é do ano de 2002 e a presente ADPF só foi ajuizada em 2018. Ademais, observo o risco de significativo impacto orçamentário que a municipalidade sofrerá com a suspensão de parcela da base de cálculo de tributo municipal cobrado há mais de 10 (dez) anos.

Destarte, não obstante o reconhecimento da delonga para modificar tal situação fática, compreendo que a adequação ao estado de

constitucionalidade deve ser feito de modo a assegurar, na maior medida possível, a segurança jurídica e o excepcional interesse social de manutenção da qualidade dos serviços públicos prestados. Estão presentes neste caso os requisitos autorizadores da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, conforme o art. 27 da Lei 9.868/99.

### **Dispositivo**

Diante do exposto, julgo procedentes o pedido formulado na presente Arguição de Preceito Fundamental, a fim de declarar inconstitucional o artigo 5º, VI, da Lei Complementar Municipal n. 21/2002, do Município de Santo Amaro da Imperatriz/SC, com eficácia *ex nunc*, produzindo efeitos a declaração de inconstitucionalidade a partir da publicação da ata desse julgamento .

Plenário Virtual - minuta de voto - 12/05/2023 09:00