

**AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.427.142 - SP (2019/0005748-0)**

**RELATORA** : **MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES**  
**AGRAVANTE** : CONCESSIONARIA DO SISTEMA  
ANHANGUERA-BANDEIRANTES S/A  
**ADVOGADOS** : PEDRO ESTEVAM ALVES PINTO SERRANO - SP090846  
LUIZ TARCÍSIO TEIXEIRA FERREIRA - SP067999  
LUIZ EDUARDO PATRONE REGULES - SP137416  
THAIS VERONI MIRANDA CUSTÓDIO - SP307690  
STEPHANIE PEREIRA RIBEIRO - SP378347  
**AGRAVANTE** : DEPARTAMENTO DE ESTRADAS DE RODAGEM  
**PROCURADOR** : CAROLINA JIA JIA LIANG E OUTRO(S) - SP287416  
**AGRAVADO** : CLARUS TECHNOLOGY DO BRASIL LTDA  
**ADVOGADOS** : NELSON PRIMO - SP037583  
CARLOS ALBERTO CASANOVA CAMPOS - SP137256

**DECISÃO**

Trata-se de Agravo, interposto por DEPARTAMENTO DE ESTRADAS DE RODAGEM, em 19/06/2018, mediante o qual se impugna decisão indeferitória de seguimento a seu Recurso Especial, esse tirado de acórdão, promanado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado:

"AÇÃO DECLARATÓRIA - Tarifa de fiscalização de acesso - Empresa localizada em área lindeira a rodovia estadual - Portaria do DER que regulamentou o Decreto Estadual nº 30.374/1989 - Cobrança que ostenta, na verdade, natureza de taxa - Sujeição ao sistema constitucional tributário - Necessidade de observância do princípio da legalidade - Precedentes jurisprudenciais - Apelações da AUTOBAN, do DER, e reexame necessário não providos" (fl. 412e).

Embargos de Declaração rejeitados (fls. 431/438e; 463/472e).

No Recurso Especial, manejado com base na alínea **a** do permissivo constitucional, alega-se violação aos arts. 99, I, e 103 do Código Civil e 11 da Lei 8.987/95, bem como à Lei 11.960/2009.

Sustenta-se, em síntese, o seguinte:

"Não há lei que conceda às prestadores de serviços públicos o direito à gratuidade do uso especial de bens de uso comum.

Mormente, em se tratando de bens cuja titularidade não pertence ao poder concedente do serviço público.

(...)

Ora, se aos entes públicos na prestação de serviços públicos – em que haja o pagamento de tarifa ou preço pelo usuário – foi vedado o

reconhecimento de imunidade tributária (impostos), não há como se sustentar a frágil argumentação de que, estando a requerente a explorar o serviço público de telefonia sabidamente (bem) remunerado por tarifa (ou preço) – dela não se pode cobrar pela utilização de bem público.

Nessa perspectiva, se de um ente público no desenvolvimento de serviço público é cobrado imposto sobre seu patrimônio, renda e serviços (a teor do disposto no art. 150, § 3º da CF), não se mostra desarrazoado que de seja cobrada retribuição pela utilização de bem público.

Tem-se, assim, que esta utilização é passível de ser remunerada, já que o requerente (empresa privada) utiliza-se do bem público (faixas de domínio) em busca de vantagens estranhas à destinação deste bem (assegurar o tráfego em condições adequadas, razão de ser das faixas de domínio).

É dizer, se alguém pretende extrair do bem de uso comum do povo '... um proveito estranho ao que é propiciado por sua destinação própria, é mais do que natural que o senhor do bem ou quem haja sido qualificado para extrair-lhe os proveitos cobre dos interessados um valor pela serventia que lhes virá proporcionar'.

E mais, não se perca de vista: está-se diante de empresa privada que explora economicamente serviço público e, desta exploração, auferir seu lucro. É o lucro que a mobilizou e que justifica sua relação travada com o poder concedente (União).

Assim, independentemente das obrigações que tenha em relação à prestação do serviço público, o fato é que é empresa privada, que tem por objetivo primordial auferir lucro, advindo do pagamento de tarifa (ou preço) pelos usuários. 'Eis porque a solução do conflito não tem porque ser igual àquela que seria dada se os serviços e obras estivessem sob regime de exploração direta pelo Estado ou por criaturas suas'.

Repita-se: não há lei que conceda a isenção pretendida à requerente. Ao revés, o art. 103 do Código Civil autoriza esta cobrança, que se reverte na melhoria da malha rodoviária estadual" (fls. 454/456e).

Requer-se, por fim, "o conhecimento e provimento do presente recurso para ver restaurada a correta aplicação dos artigos supracitados, reformando-se a sentença mantida pelo v. Acórdão" (fl. 462e).

Sem contrarrazões.

Recurso Especial inadmitido (fls. 559/560e), com base na inocorrência de falta de fundamentação e nas vedações sumulares 7 e 211 do STJ e, por analogia, 280 do STF.

Agravo às fls. 618/624e.

Sem contraminuta.

O presente recurso não merece prosperar.

A matéria referente à eventual violação à Lei 11.960/2009 não pode ser examinada. É que o ora recorrente deixou de apontar, com clareza, qual teria sido o dispositivo supostamente malferido, não sendo cabível a indicação genérica do próprio diploma legislativo. De aplicar, no particular, por analogia, a Súmula 284/STF.

Quanto à temática de fundo, importante reproduzir o que foi decidido no Tribunal de origem:

"Falta consistência probatória às alegações da AUTOBAN.

Em análise à Nota Fiscal Eletrônica de Serviço - NFS-e nº 15543, emitida no dia 1º/12/2016 (fls 18) documento que efetivamente embasa a cobrança sub judice e representa a hipótese de incidência para fins fiscais, constata-se que os valores nela elencados seriam atribuídos a 'Uso da Faixa domínio - Acesso Comercial - Referente ao Acesso Comercial localizado no km 123 + 000m da Via Anhanguera SP330 - Prefeitura de Americana'.

Portanto, ainda que as alegações da Concessionária se alinhem à possibilidade de pagamento a título de manutenção da via, no caso em tela devem incidir os dispositivos que tutelam a utilização de acessos comerciais conforme o registro de efetivo pagamento emitido pela Secretaria Municipal de Finanças de Jundiaí, onde se localiza o prestador de serviço, a Concessionária AUTOBAN ora apelante.

Não trouxeram, a Concessionária nem o DER, provas capazes de se sobrepor ao documento apresentado pela autora, visto que este último, caso preenchido de forma equivocada como pretendem argumentar as apelantes ao discorrer sobre a natureza do serviço efetivamente prestado, ensejaria burla inclusive ao fisco, que dele se utiliza para extrair validade jurídica quando da devida incidência tributária.

Assim, para todos os efeitos, a relação jurídica representada pela transferência mensal de importância pela apelada à concessionária apelante se dá em face de uso de acesso comercial em área lindeira à estrada estadual.

Nesse cenário, o Decreto e a Portaria que regulamentam supracitada relação preveem a cobrança de tarifa que, em verdade, ostenta os caracteres de um tributo, especificamente, uma taxa.

Concomitante à exigência das taxas, exerce o DER a atividade de fiscalização mensal, conforme estabelecido no artigo 8º da Portaria SUP/DER-078-23/07/2001, inclusive com a previsão de lavratura de auto de infração.

Neste caso, incidem todas as normas que definem o regime tributário, entre as quais a legalidade. 'Em outras palavras, para impor-se um comportamento aos particulares, bem como para vedar-lhes uma conduta, é imprescindível o instrumento legislativo. Outra espécie de ato normativo um ato administrativo, por exemplo é inidônea para tal fim' (Regina Helena Costa: Curso de Direito Tributário - Constituição e Código Tributário Nacional, 1ª edição, página 56, Saraiva, 2009).

Nítida a ofensa ao princípio da legalidade, haja vista a inidoneidade do instrumento formal utilizado para instituição do tributo" (fls. 415/416e).

Impossível reexaminar as premissas encampadas no acórdão recorrido – no sentido de que a) a utilização, no caso, seria comercial e não industrial e b) a cobrança seria compulsória, daí sua natureza tributária –, porquanto demandaria evidente incursão no conjunto probatório dos autos, medida vedada em sede de Recurso Especial (Súmula 7/STJ).

Ante o exposto, com fundamento no art. 253, parágrafo único, II, **a**, do RISTJ, conheço do Agravo para **não conhecer** do Recurso Especial.

Em atenção ao disposto no art. 85, § 11, do CPC/2015 e no Enunciado Administrativo 7/STJ ("Somente nos recursos interpostos contra decisão publicada a partir de 18 de março de 2016, será possível o arbitramento de honorários sucumbenciais recursais, na forma do art. 85, § 11, do novo CPC"), majoro os honorários advocatícios em 10% (dez por cento) sobre o valor já arbitrado, levando-se em consideração o trabalho adicional imposto ao advogado da parte recorrida, em virtude da interposição deste recurso, respeitados os limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º do art. 85 do CPC/2015.

I.

Brasília (DF), 07 de fevereiro de 2019.

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES  
Relatora