

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

RELATORA : **MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES**
AGRAVANTE : CONCESSIONÁRIA 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 CONCESSIONÁRIA DO SISTEMA ANHANGUERA-BANDEIRANTES S/A, em 15/06/2018, mediante o qual se impugna decisão indeferitória de seguimento a seu Recurso Especial, esse tirado de acórdão, proferido do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado:

"AÇÃO DECLARATÓRIA - Tarifa de fiscalização de acesso - Empresa localizada em área limítrofe 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. 489, § 1º, IV, do CPC, 9º, **caput** e §§ 2º e 4º, 11, **caput** e parágrafo único, da Lei 8.987/95, 77 a 80 do CTN e 113 do Código Civil.

Sustenta-se, em síntese, o seguinte:

"Com efeito, o acórdão recorrido, ao considerar, de maneira equivocada, que a cobrança discutida nos autos possui caráter de taxa, promoveu violação (i) ao art. 9º, 'caput', da Lei 8.987/1995, segundo o qual as concessões de serviços públicos são regidas por políticas tarifárias;

(ii) ao art. 11, 'caput', da Lei 8.987/1995, que garante à Concessionária a possibilidade de auferir receitas alternativas,

complementares e acessórias; (iii) aos arts. 9º, §§ 2º e 4º, e 11, p. único, da Lei 8.987/1995, uma vez que a impossibilidade de cobrança de receita acessória pela Concessionária impacta a garantia de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do seu Contrato de Concessão; e (iv) aos próprios arts. 77 a 80 do CTN, que regulamentam o instituto da taxa.

Além disso, o acórdão recorrido, ao não reformar o dever de restituição de valores imposto à Concessionária em sentença, promoveu notável ofensa ao princípio da segurança jurídica e ao art. 113 do CC/02, que consagra o princípio da boa-fé objetiva.

Por fim, a rejeição, de maneira absolutamente genérica, dos Embargos de Declaração anteriormente opostos pela Recorrente, com vistas à integração do acórdão recorrido, promove ofensa ao art. 489, § 1º, IV, do CPC/15, ao confirmar, sem fundamentação adequada, as ilegalidades constantes do aresto" (fl. 480e).

Requer-se, por fim, "que o presente Recurso Especial seja conhecido e integralmente provido, com a reforma do acórdão prolatado pela 5ª Câmara de Direito Público do E. TJSP para afastar a condenação à restituição de valores imposta à Recorrente, ante a violação: (...). Subsidiariamente, requer-se a anulação do acórdão de fls. 27/33 e a determinação de novo julgamento dos Embargos de Declaração opostos pela Recorrente, afastando-se, com isso, a ofensa ao art. 489, § 1º, IV, do CPC/15, decorrente de acórdão exarado sem adequada fundamentação" (fl. 495/496e).

Sem contrarrazões.

Recurso Especial inadmitido (fls. 561/563e), 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. 568/589e.

Sem contraminuta.

O presente recurso não merece prosperar.

Não há de se cogitar de falta de fundamentação, no acórdão recorrido. O que a ora recorrente denomina de vício formal consiste, na verdade, em divergência acerca da natureza jurídica do valor cobrado pelo acesso físico a rodovia, por estabelecimento comercial lindeiro, bem como acerca das consequências jurídicas derivadas do reconhecimento da ilegalidade da referida cobrança. Divergências dessa cepa autorizam, em tese, recurso à superior instância, não Embargos de Declaração.

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 e b**, do RISTJ, conheço do Agravo para conhecer em parte do Recurso Especial e, nessa parte, **negar-lhe provimento**.

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 ASSUETE MAGALHÃES
Relatora