



CRLC

Nº 70069424224 (Nº CNJ: 0152616-91.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

**APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO TRIBUTÁRIO. AÇÃO ANULATÓRIA. ISS. SERVIÇO DE CONSERVAÇÃO E OTIMIZAÇÃO DE RODOVIAS MEDIANTE A COBRANÇA DE PEDÁGIO. IMUNIDADE RECÍPROCA. EMPRESA PÚBLICA. CONDIÇÕES PARA APLICABILIDADE DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL PREENCHIDAS.**

1. Segundo o Supremo Tribunal Federal (RE 253472/SP), a extensão da imunidade recíproca (Art. 150, VI, "a" e §§ 2º e 3º da CF/88) às empresas públicas e às sociedades de economia mista deve passar por três estágios, sem prejuízo do atendimento de outras normas constitucionais e legais: "1.1. A imunidade tributária recíproca se aplica à propriedade, bens e serviços utilizados na satisfação dos objetivos institucionais iminentes do ente federado, cuja tributação poderia colocar em risco a respectiva autonomia política. Em conseqüência, é incorreto ler a cláusula de imunização de modo a reduzi-la a mero instrumento destinado a dar ao ente federado condições de contratar em circunstâncias mais vantajosas, independentemente do contexto. 1.2. Atividades de exploração econômica, destinadas primordialmente a aumentar o patrimônio do Estado ou de particulares, devem ser submetidas à tributação, por apresentarem-se como manifestações de riqueza e deixarem a salvo a autonomia política. 1.3. A desoneração não deve ter como efeito colateral relevante a quebra dos princípios da livre-concorrência e do exercício de atividade profissional ou econômica lícita. Em princípio, o sucesso ou a desventura empresarial devem pautar-se por virtudes e vícios próprios do mercado e da administração, sem que a intervenção do Estado seja favor preponderante."

2. Requisitos devidamente preenchidos. 2.1. O serviço de conservação e de otimização de rodovias, porquanto relacionado às estradas, bem de domínio público (art. 98 do CC/02) e de uso comum do povo (art. 99, inciso I, do CC/02), não aberto à livre iniciativa (somente explorado pelo setor privado nas formas contratuais do art. 175 da CF/88), caracteriza serviço público exclusivo do estado e, quando explorado por empresa pública sem finalidade lucrativa, destina-se à satisfação dos objetivos institucionais iminentes do ente federado por instrumentalidade estatal. 2.2. Previsão do reinvestimento total dos valores arrecadados via pedágio na consecução do serviço público (art. 7º inciso I c/c §2º da Lei Estadual 14.033/12) que descaracteriza sua exploração econômica e desvela a ausência de destinação primordial ao aumento de capital da companhia estatal. 2.3. Exploração do serviço que somente pode ser realizada pelo setor privado mediante contrato com o Estado, demonstrando a ausência de mercado propriamente dito e, por conseguinte, de possibilidade de quebra da livre-concorrência e do exercício de atividade profissional ou econômica lícita.

**RECURSO DESPROVIDO, POR MAIORIA.**



CRLC  
Nº 70069424224 (Nº CNJ: 0152616-91.2016.8.21.7000)  
2016/CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL

PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL

Nº 70069424224 (Nº CNJ: 0152616-  
91.2016.8.21.7000)

COMARCA DE PORTO ALEGRE

MUNICIPIO DE CANDELARIA

APELANTE

EMPRESA GAUCHA DE RODOVIAS S/A  
- EGR

APELADO

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, [por maioria, na forma do art. 942 do CPC/2015, em negar provimento ao recurso, vencido o desembargador Irineu Mariani, que o proveu.](#)

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes Senhores **DES. IRINEU MARIANI (PRESIDENTE), DES.<sup>a</sup> LÚCIA DE FÁTIMA CERVEIRA, DES. RICARDO TORRES HERMANN E DES. NEWTON LUÍS MEDEIROS FABRÍCIO.**

Porto Alegre, 02 de junho de 2017.

**DES. CARLOS ROBERTO LOFEGO CANÍBAL,**

Relator.

## RELATÓRIO

**DES. CARLOS ROBERTO LOFEGO CANÍBAL (RELATOR)**

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo MUNICIPIO DE CANDELARIA em face de sentença que, em sede de ação anulatória proposta pela EMPRESA GAUCHA DE RODOVIAS S/A – EGR, julgou procedentes os pedidos,



CRLC

Nº 70069424224 (Nº CNJ: 0152616-91.2016.8.21.7000)  
2016/CÍVEL

*“ao efeito de, em reconhecendo a imunidade tributária em favor da autora, desconstituir o AIL nº 1/2013-ISSQN”. Condenou o Município ao reembolso das custas processuais e ao pagamento de R\$ 5.000,00 a título de honorários sucumbenciais.*

Inconformado, sustenta o Município que *“os serviços de exploração de rodovia mediante cobrança de pedágio dos usuários estão enquadrados no subitem 22.01 e tem como base de cálculo a receita decorrente da arrecadação nas praças de pedágio. Assim, a Empresa Gaúcha de Rodovias – EGR, na condição de contribuinte, deverá recolher o ISS nos Municípios em que haja extensão das rodovias exploradas, aplicando-se a alíquota prevista na legislação de cada ente tributante.”*. Argumenta a inaplicabilidade da imunidade prevista no art. 150, inciso VI, alínea “a” e § 2º, da CF, porquanto seu objetivo é a *“exploração da infraestrutura rodoviária mediante a cobrança de pedágios públicos comunitários”*, o que caracteriza exploração de atividade econômica, de modo que aplicável o disposto nos artigos 150, §3º c/c 173, §2º, ambos da CF. Afirma a impossibilidade de qualificação da atividade em questão como serviço monopolizado, traçando paralelo com os elementos que determinaram o reconhecimento da imunidade em discussão em razão da EBCT.

Discorre a respeito do descumprimento das determinações legais de reinvestimento dos valores arrecadados nas vias pedagiadas, citando outros processos em que evidenciado o descumprimento do art. 7º, inciso I, §2º, da Lei Estadual n.º 14.033/12. Cita precedente do TJSP. Pede o provimento.

Em resposta, defende a apelada que efetivamente exerce atividade de interesse público, serviço público, refutando a alusão à ausência de monopólio sobre as rodovias pedagiadas no Estado do Rio Grande do Sul. Assevera a imposição legal de reinvestimento dos valores cobrados nos respectivos trechos explorados, bem como exalta a ausência de distribuição de lucro. Advoga que *“a impossibilidade do ISSQN sobre os serviços prestados pela Empresa Pública EGR não decorre da simples análise de sua personalidade jurídica (...), mas de interpretação conjunta do art. 1º, §3º da LC 116/03 e do §3º do art. 150 da Constituição Federal, pois apenas são alcançados pelo referido imposto os serviços públicos delegados a particulares quando explorados economicamente, isto é, quando, para seu exercício o objetivo de lucro estiver em primeiro plano e o serviço público em segundo.”*. Refere o descabimento da



CRLC

Nº 70069424224 (Nº CNJ: 0152616-91.2016.8.21.7000)  
2016/CÍVEL

pretensão de desoneração do pagamento de metade das custas. Pede o desprovemento.

É o relatório.

## VOTOS

### DES. CARLOS ROBERTO LOFEGO CANÍBAL (RELATOR)

#### 1. *Admissibilidade.*

Conheço do recurso, porquanto preenchidos os pressupostos de admissibilidade.

#### 2. *Mérito.*

Elucido inicialmente que o tema das imunidades se correlaciona com a concepção do Estado e à necessidade deste, para a consecução de sua finalidade institucional, arrecadar valores dos componentes da sociedade civil que o legitima.

Nessa esteira, temos que o Estado é apenas uma das figuras concebidas pelo homem, em sua necessidade política, para ordenação do poder comunitário, isto é, de regência das relações travadas entre as pessoas e estas e governo no *locus* em que vivem, é, por exemplo, figura de organização política no tempo, como a *polis* na Grécia e os *feudos* na Idade Média.

Trata-se, o Estado nacional, de figura contemporânea dessa organização política que, como fruto da evolução social do homem, se estabelece, na clássica noção de Gerog Jellinek, pelos elementos do poder/soberania, população e território.

Pois bem, essa noção de poder de regência das relações, desde há muito é contraposta pelo reclame de limitações àquele que, fisicamente, representa a entidade, ideia que inclusive remonta à época dos sistemas monárquicos e absolutistas, prévios ao antes referido conceito de Estado-nação, como revela a sempre lembrada Magna Carta de 1.215, que limitou os poderes do Rei João da Inglaterra e foi determinante ao posterior surgimento do constitucionalismo e de uma de suas funções precípua: limitar o poder estatal.



CRLC

Nº 70069424224 (Nº CNJ: 0152616-91.2016.8.21.7000)  
2016/CÍVEL

Sobre o tema, leciona o Ministro Alexandre de Moraes<sup>1</sup>:

*“A origem formal do constitucionalismo está ligada às Constituições escritas e rígidas dos Estados Unidos da América, em 1787, após a Independência das 13 Colônias, e da França, em 1791, a partir da Revolução Francesa, apresentando dois traços marcantes: organização do Estado e limitação do poder estatal, por meio da previsão de direitos e garantias fundamentais”.*

No constitucionalismo de acepção rígida e escrita, como o nosso, a competência representa outorga de poder pela ordem jurídica ao Estado, sendo que, na conformação deste poder, aqui analisando sob o viés do poder de tributar, temos as imunidades, que são doutrinariamente compreendidas como *“verdadeiras limitações constitucionais às competências tributárias, consubstanciando hipóteses de não-incidência juridicamente qualificadas no Texto Supremo; (...) exclusão do próprio poder de tributar; ou supressão de competência impositiva”*<sup>2</sup>.

Uma dessas limitações, pois, é a assim chamada imunidade recíproca, a qual se relaciona à forma de organização do Estado como federação (forma de estado).

O termo recíproca se deve justamente à peculiaridade de que a forma de estado Federal<sup>3</sup> compreende diferentes níveis de distribuição do poder em territórios internamente delimitados com certa autonomia/igualdade entre eles, sendo a imunidade recíproca a exata impossibilidade de um ente tributar o outro quando no desempenho da função precípua de cada qual, como ilustra o ensinamento de Roque Antonio Carraza<sup>4</sup>:

<sup>1</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 23ª ed. – São Paulo : Atlas, 2008. p. 1.

<sup>2</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário : linguagem e método*. 4ª ed. – São Paulo : Noeses, 2011. p. 337

<sup>3</sup> *“I - Produto histórico da transformação da confederação dos Estados independentes sucessores das treze colônias britânicas da costa oriental da América do Norte em união de natureza estatal, o federalismo americano é um federalismo perfeito em que se verificam, simultaneamente, uma estrutura de sobreposição (cada cidadão sujeito simultaneamente a dois poderes políticos e a dois ordenamentos constitucionais) e uma estrutura de participação (o poder político central como resultante da agregação dos poderes políticos dos Estados federados).”* Jorge Miranda discorrendo a respeito da origem histórica da forma de estado federal. MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional - tomo I – preliminares o estado e os sistemas constitucionais*. 7ª ed. – Coimbra : Coimbra Editora – 2003. p. 145.

<sup>4</sup> CARRAZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 26ª ed. Editora Malheiros. São Paulo : 2010. p. 761 – 763.



CRLC

Nº 70069424224 (Nº CNJ: 0152616-91.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

*“Esta é a chamada imunidade recíproca e decorre naturalmente seja do princípio federativo, seja do princípio da isonomia (igualdade formal) das pessoas políticas*

*Decorre do princípio federativo porque, se uma pessoa política pudesse exigir impostos de outra, fatalmente acabaria por interferir em sua autonomia. Sim, porque, cobrando-lhe impostos, poderia levá-la a situação de grande dificuldade econômica, a ponto de impedi-la de realizar seus objetivos institucionais. Ora, isto a Constituição absolutamente não tolera, tanto que inscreveu nas cláusulas pétreas que não será sequer objeto de deliberação a proposta de emenda constitucional tendente a abolir " a forma federativa de Estado" (art. 60,§4, I). Se nem a emenda constitucional pode tender a abolir a forma federativa de Estado, muito menos poderá fazê-lo a lei tributária, exigindo imposto de uma pessoa política.*

*Mas, conforme adiantamos, também o princípio da isonomia das pessoas políticas impede que se tributem, umas às outras, por meio de impostos.*

*De fato, a tributação por meio de impostos - justamente por independe de uma atuação estatal - pressupõe uma supremacia de quem tributa em relação a quem é tributada. Ou, se preferirmos, um estado de sujeição de quem é tributado, em relação a quem o tributa.*

*Ora, entre as pessoas políticas reina a mais absoluta igualdade jurídica. Uma não se sobrepõe às outras. Não, pelo menos, em termos jurídicos. É o quanto basta para afastarmos qualquer ideia de quem podem sujeitar-se a impostos.*

*O que estamos querendo significar é que, ainda que inexistisse a alínea "a", acima citada, elas estariam igualmente proibidas de tributar-se reciprocamente por meio de impostos.*

*Aliás, a Constituição dos Estados Unidos da América (que também criou uma Federação, com autonomia recíproca entre a União e os Estados - membros) em nenhum de seus artigos ou emendas contém dispositivo expresso a respeito da imunidade tributária recíproca das pessoas políticas. E, no entanto, lá, depois de alguns titubeios iniciais, sempre se entendeu que nem a União pode exigir impostos dos Estados-membros, nem os Estados-membros da União, ou uns dos outros.*

*Apenas para registro, no início do século XIX, mais precisamente em 1819, o Estado de Maryland pretendeu cobrar imposto sobre a selagem em estampilhas de uma filial do banco oficial (Bank of U.S). McCulloch (gerente deste banco, na sucursal de Baltimore), insurgiu-se contra isto, levando o caso à Corte Suprema, então presidida pelo legendário juiz John Marshall.*

*Sob a coordenação deste conceituado Chief-justice, a Suprema Corte norte-americana, numa decisão que marcou época, transformando-se num autêntico leading case, deixou assentadas as seguintes ideias, que valem até hoje, inclusive para o Brasil, que, nesta matéria, adora o modelo estadunidense: I - a competência para tributar por meio de impostos envolve, eventualmente, a competência para destruir; II- não se deseja - e a*



CRLC

Nº 70069424224 (Nº CNJ: 0152616-91.2016.8.21.7000)  
2016/CÍVEL

*própria Constituição não admite - nem que a União destrua os Estados-membros, nem que estes se destruam mutuamente ou à União; e III - destarte, nem a União pode exigir impostos dos Estados-membros, nem estes da União, ou uns dos outros.”*

Feitas estas breves notas a respeito da significação da imunidade recíproca, passo a efetiva análise da celeuma posta.

**2.1. Da possibilidade jurídica da extensão da imunidade recíproca às pessoas jurídicas de direito privado da administração indireta, ainda que exigida contraprestação pelo serviço prestado.**

A celeuma diz respeito à extensão da imunidade recíproca dos entes políticos, prevista no art. 150, inciso VI, alínea “a”, da Constituição Federal de 1988 (CF/88), e mesmo de sua ampliação subjetiva (às entidades da administração indireta com personalidade jurídica de direito público) prescrita nos §§ 2º e 3º do mesmo dispositivo.

Isto porque, no caso, a Empresa Gaúcha de Rodovias (EGR), empresa pública estadual (entidade da administração indireta com personalidade jurídica de direito privado), busca o reconhecimento da chamada imunidade recíproca, disciplinada nos dispositivos acima indicados, em razão do serviço de exploração de rodovias, previsto como serviço passível de tributação pelo ISS, nos termos da Lei Complementar (LC) 116/03 (subitem 22.01<sup>5</sup>).

De início, pois, cumpre frisar que, segundo a **redação** do art. 150, inciso VI, alínea “a” e dos §§ 2º e 3º da Constituição Federal de 1988 (CF/88), as empresas públicas não estão abarcadas pela limitação em análise, porquanto não são entes políticos, como previsto no inciso VI alínea “a”; não estão entre as entidades indicadas no § 2º, e porque há cobrança de tarifa como contraprestação do serviço, o que vedaria o reconhecimento da imunidade pela previsão do §3º.

---

<sup>5</sup> “22.01 – Serviços de exploração de rodovia mediante cobrança de preço ou pedágio dos usuários, envolvendo execução de serviços de conservação, manutenção, melhoramentos para adequação de capacidade e segurança de trânsito, operação, monitoração, assistência aos usuários e outros serviços definidos em contratos, atos de concessão ou de permissão ou em normas oficiais.”



CRLC

Nº 70069424224 (Nº CNJ: 0152616-91.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

Segue o dispositivo em análise:

*“Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado **à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios**:*

*(...)*

*VI - instituir impostos sobre:*

*a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros;*

*(...)*

*§ 2º A vedação do inciso VI, "a", é extensiva às **autarquias e às fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público**, no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços, vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes.*

*§ 3º As vedações do inciso VI, "a", e do parágrafo anterior não se aplicam ao patrimônio, à renda e aos serviços, relacionados com exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, **ou em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário**, nem exonera o promitente comprador da obrigação de pagar imposto relativamente ao bem imóvel.” – sublinhei e grifei.*

Ocorre que, como comezinho, a jurisprudência do Superior Tribunal Federal, na análise da extensão da imunidade em comento, reconheceu sua incidência em relação às empresas públicas que se dediquem à prestação de serviços públicos de caráter exclusivo do setor público, como a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – EBCT e a Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária – INFRAERO:

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS: IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA: C.F., art. 150, VI, a. EMPRESA PÚBLICA QUE EXERCE ATIVIDADE ECONÔMICA E EMPRESA PÚBLICA PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO: DISTINÇÃO. I. - As empresas públicas prestadoras de serviço público distinguem-se das que exercem atividade econômica. A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos **é prestadora de serviço público de prestação obrigatória e exclusiva do Estado**, motivo por que **está abrangida pela imunidade tributária recíproca**: C.F., art. 150, VI, a. II. - R.E. conhecido em parte e, nessa parte, provido. (RE 407099, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 22/06/2004, DJ 06-08-2004 PP-00062 EMENT VOL-02158-08 PP-01543 RJADCOAS v. 61, 2005, p. 55-60 LEXSTF v. 27, n. 314, 2005, p. 286-297) – sublinhei e grifei.



CRLC

Nº 70069424224 (Nº CNJ: 0152616-91.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

INFRAERO - EMPRESA PÚBLICA FEDERAL VOCACIONADA A EXECUTAR, COMO ATIVIDADE-FIM, EM FUNÇÃO DE SUA ESPECÍFICA DESTINAÇÃO INSTITUCIONAL, SERVIÇOS DE INFRA-ESTRUTURA AEROPORTUÁRIA - MATÉRIA SOB RESERVA CONSTITUCIONAL DE MONOPÓLIO ESTATAL (CF, ART. 21, XII, "C") - POSSIBILIDADE DE A UNIÃO FEDERAL OUTORGAR, POR LEI, A UMA EMPRESA GOVERNAMENTAL, O EXERCÍCIO DESSE ENCARGO, SEM QUE ESTE PERCA O ATRIBUTO DE ESTATALIDADE QUE LHE É PRÓPRIO - OPÇÃO CONSTITUCIONALMENTE LEGÍTIMA - **criação da infraero como instrumentalidade administrativa da união federal, incumbida, nessa condição institucional, de executar típico serviço público (Lei nº 5.862/1972)** - CONSEQÜENTE EXTENSÃO, A ESSA EMPRESA PÚBLICA, EM MATÉRIA DE IMPOSTOS, DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL FUNDADA NA GARANTIA DA IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA (CF, ART. 150, VI, "A") - O ALTO SIGNIFICADO POLÍTICO-JURÍDICO DESSA GARANTIA CONSTITUCIONAL, QUE TRADUZ UMA DAS PROJEÇÕES CONCRETIZADORAS DO POSTULADO DA FEDERAÇÃO - IMUNIDADE TRIBUTÁRIA DA INFRAERO, EM FACE DO ISS, QUANTO ÀS ATIVIDADES EXECUTADAS NO DESEMPENHO DO ENCARGO, QUE, A ELA OUTORGADO, FOI DEFERIDO, CONSTITUCIONALMENTE, À UNIÃO FEDERAL - DOCTRINA - JURISPRUDÊNCIA - PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - AGRAVO IMPROVIDO. - A INFRAERO, que é empresa pública, executa, como atividade-fim, em regime de monopólio, serviços de infra-estrutura aeroportuária constitucionalmente outorgados à União Federal, qualificando-se, em razão de sua específica destinação institucional, como entidade delegatária dos serviços públicos a que se refere o art. 21, inciso XII, alínea "c", da Lei Fundamental, o que exclui essa empresa governamental, em matéria de impostos, por efeito da imunidade tributária recíproca (CF, art. 150, VI, "a"), do poder de tributar dos entes políticos em geral. Conseqüente inexigibilidade, por parte do Município tributante, do ISS referente às atividades executadas pela INFRAERO na prestação dos serviços públicos de infra-estrutura aeroportuária e daquelas necessárias à realização dessa atividade-fim. O ALTO SIGNIFICADO POLÍTICO-JURÍDICO DA IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA, QUE REPRESENTA VERDADEIRA GARANTIA INSTITUCIONAL DE PRESERVAÇÃO DO SISTEMA FEDERATIVO. DOCTRINA. PRECEDENTES DO STF. INAPLICABILIDADE, À INFRAERO, DA REGRA INSCRITA NO ART. 150, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO. - A submissão ao regime jurídico das empresas do setor privado, inclusive quanto aos direitos e obrigações tributárias, somente se justifica, como consectário natural do postulado da livre concorrência (CF, art. 170, IV), se e quando as empresas governamentais explorarem atividade econômica em sentido estrito, não se aplicando, por isso mesmo, a disciplina prevista no art. 173, § 1º, da Constituição, às empresas públicas (caso da



CRLC

Nº 70069424224 (Nº CNJ: 0152616-91.2016.8.21.7000)  
2016/CÍVEL

INFRAERO), às sociedades de economia mista e às suas subsidiárias que se qualifiquem como delegatárias de serviços públicos.

(RE 363412 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 07/08/2007, DJe-177 DIVULG 18-09-2008 PUBLIC 19-09-2008 EMENT VOL-02333-03 PP-00611 RTJ VOL-00206-01 PP-00407) – sublinhei e grifei.

O mesmo entendimento vem sendo aplicado às sociedades de economia mista que exploram serviços públicos de caráter exclusivo do setor público, sem primazia de interesse no acúmulo de patrimônio público ou privado e que não geram quebra no equilíbrio concorrencial ou na livre iniciativa, como o caso da Companhia Docas do Estado de São Paulo (CODESP), conforme ilustra a ementa que segue:

**TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE RECÍPROCA. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA CONTROLADA POR ENTE FEDERADO. CONDIÇÕES PARA APLICABILIDADE DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL. ADMINISTRAÇÃO PORTUÁRIA. COMPANHIA DOCAS DO ESTADO DE SÃO PAULO (CODESP). INSTRUMENTALIDADE ESTATAL. ARTS. 21, XII, f, 22, X, e 150, VI, a DA CONSTITUIÇÃO. DECRETO FEDERAL 85.309/1980. 1. IMUNIDADE RECÍPROCA. CARACTERIZAÇÃO. Segundo teste proposto pelo ministro-relator, a aplicabilidade da imunidade tributária recíproca (art. 150, VI, a da Constituição) deve passar por três estágios, sem prejuízo do atendimento de outras normas constitucionais e legais: 1.1. A imunidade tributária recíproca se aplica à propriedade, bens e serviços utilizados na **satisfação dos objetivos institucionais imanentes do ente federado**, cuja tributação poderia colocar em risco a respectiva autonomia política. Em conseqüência, é incorreto ler a cláusula de imunização de modo a reduzi-la a mero instrumento destinado a dar ao ente federado condições de contratar em circunstâncias mais vantajosas, independentemente do contexto. 1.2. **Atividades de exploração econômica, destinadas primordialmente a aumentar o patrimônio do Estado ou de particulares, devem ser submetidas à tributação, por apresentarem-se como manifestações de riqueza e deixarem a salvo a autonomia política.** 1.3. A desoneração **não deve ter como efeito colateral relevante a quebra dos princípios da livre-concorrência e do exercício de atividade profissional ou econômica lícita.** Em princípio, o sucesso ou a desventura empresarial devem pautar-se por virtudes e vícios próprios do mercado e da administração, sem que a intervenção do Estado seja favor preponderante. 2. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. EXPLORAÇÃO DE SERVIÇOS DE ADMINISTRAÇÃO PORTUÁRIA. CONTROLE ACIONÁRIO MAJORITÁRIO DA UNIÃO. **AUSÊNCIA DE INTUITO LUCRATIVO. FALTA DE RISCO AO EQUILÍBRIO****



CRLC

Nº 70069424224 (Nº CNJ: 0152616-91.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

**CONCORRENCIAL E À LIVRE-INICIATIVA.** Segundo se depreende dos autos, a Codesp é instrumentalidade estatal, pois: 2.1. Em uma série de precedentes, esta Corte reconheceu que a exploração dos portos marítimos, fluviais e lacustres caracteriza-se como serviço público. 2.2. O controle acionário da Codesp pertence em sua quase totalidade à União (99,97%). Falta da indicação de que a atividade da pessoa jurídica satisfaça primordialmente interesse de acúmulo patrimonial público ou privado. 2.3. Não há indicação de risco de quebra do equilíbrio concorrencial ou de livre-iniciativa, eis que ausente comprovação de que a Codesp concorra com outras entidades no campo de sua atuação. 3. Ressalva do ministro-relator, no sentido de que “cabe à autoridade fiscal indicar com precisão se a destinação concreta dada ao imóvel atende ao interesse público primário ou à geração de receita de interesse particular ou privado”. Recurso conhecido parcialmente e ao qual se dá parcial provimento. (RE 253472, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 25/08/2010, DJe-020 DIVULG 31-01-2011 PUBLIC 01-02-2011 EMENT VOL-02454-04 PP-00803 RTJ VOL-00219-01 PP-00558) – grifei.

Mesmo a cobrança de tarifa ou preço público, na linha da jurisprudência da Corte Suprema, não inviabiliza o reconhecimento da imunidade, desde que superado o *teste de adequação constitucional* fixado no precedente acima transcrito (no qual, segundo o próprio STF, foram fixados os vetores e premissas a serem verificados para a extensão da imunidade recíproca), como segue:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE. ART. 150, VI, A, DA CF. PATRIMÔNIO, RENDA OU SERVIÇOS. ATIVIDADES IMANENTES AO ESTADO. **EXECUÇÃO POR SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA OU EMPRESAS PÚBLICAS. COBRANÇA DE TARIFAS COMO CONTRAPRESTAÇÃO. ABRANGÊNCIA. ATENDIMENTO DAS CONDIÇÕES INDICADAS NO RE 253.472/SP.** MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL E DE PROVAS. EVENTUAL OFENSA SERIA INDIRETA. SÚMULA 279 DO STF. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – Esta Corte já fixou entendimento no sentido de que **a imunidade prevista no art. 150, VI, a, da Constituição se aplica ao patrimônio, renda ou serviços inerentes ao desempenho de atividades imanentes ao Estado, ainda que sejam executadas por sociedades de economia mista ou empresas públicas e independentemente da cobrança por elas de tarifas como contraprestação.** II – Para se chegar à conclusão contrária à adotada pelo acórdão recorrido, quanto ao preenchimento das **condições indicadas no julgamento do**



CRLC

Nº 70069424224 (Nº CNJ: 0152616-91.2016.8.21.7000)  
2016/CÍVEL

**RE 253.472/SP** e quanto à titularidade do bem abarcado pela imunidade, faz-se necessário o exame do conjunto fático-probatório dos autos, bem como a análise de normas infraconstitucionais, o que inviabiliza o extraordinário com base na Súmula 279 do STF ou porque a afronta à Constituição, se ocorrente, seria indireta. III – Agravo regimental a que se nega provimento.

(ARE 816120 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 12/08/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-162 DIVULG 21-08-2014 PUBLIC 22-08-2014) – sublinhei e grifei.

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE RECÍPROCA. AUTARQUIA. SERVIÇO PÚBLICO DE ÁGUA E ESGOTAMENTO. ATIVIDADE REMUNERADA POR CONTRAPRESTAÇÃO. APLICABILIDADE. ART, 150, §3º DA CONSTITUIÇÃO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. 1. Definem o alcance da imunidade tributária recíproca sua vocação para servir como salvaguarda do pacto federativo, para evitar pressões políticas entre entes federados ou para desonerar atividades desprovidas de presunção de riqueza. 2. É aplicável a imunidade tributária recíproca às autarquias e empresas públicas que prestem inequívoco serviço público, desde que, entre outros requisitos constitucionais e legais não distribuam lucros ou resultados direta ou indiretamente a particulares, ou tenham por objetivo principal conceder acréscimo patrimonial ao poder público (ausência de capacidade contributiva) e não desempenhem atividade econômica, de modo a conferir vantagem não extensível às empresas privadas (livre iniciativa e concorrência). 3. O Serviço Autônomo de Água e Esgoto é imune à tributação por impostos (art. 150, VI, a e §§ 2º e 3º da Constituição). **A cobrança de tarifas, isoladamente considerada, não altera a conclusão.**

Agravo regimental conhecido, mas ao qual se nega provimento.

(RE 399307 AgR, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 16/03/2010, DJe-076 DIVULG 29-04-2010 PUBLIC 30-04-2010 EMENT VOL-02399-07 PP-01492 RTJ VOL-00216-01 PP-00529) – sublinhei e grifei.

Assim sendo, pleitos como o presente dependem, inicialmente, da aprovação no chamado teste de adequação constitucional referido pelo Ilustre Ministro Joaquim Barbosa no RE n.º 253472, que engloba três estágios, *in verbis*:

*“Parto de três constatações para compor o teste de adequação constitucional da salvaguarda tributária, assim enumerados:*

*1) A imunidade tem por objetivo impedir que os entes federados utilizam a tributação para retaliar uns aos outros, para induzir comportamento político desejado ou para obter vantagens capazes de pôr em risco o adequado desenvolvimento regional, previsto no art. 3º da Constituição;*



CRLC

Nº 70069424224 (Nº CNJ: 0152616-91.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

*2) A salvaguarda é oferecida em detrimento do direito de outros entes arrecadarem recursos úteis à obtenção de seus objetivos institucionais;*

*3) A proteção refere-se aos interesses públicos primários, distanciados da questão da capacidade contributiva e do intuito de aumento patrimonial individual.*

*Com base em tais constatações, concluo que a aplicabilidade da imunidade recíproca depende da superação ou aprovação em teste de três estágios, presente a Constituição como parâmetro de controle, quais sejam:*

*1) A imunidade “subjéitiva”, isto é, ela se aplica à propriedade, bens e **serviços utilizados na satisfação dos objetivos institucionais iminentes do ente federado**, cuja tributação poderia colocar em risco a respectiva autonomia política. Em consequência, é incorreto ler a cláusula de imunização de modo a reduzi-la a mero instrumento destinado a dar ao ente federado condições de contratar em condições mais vantajosas, independentemente do contexto;*

*2) **Atividades de exploração econômica, destinadas primordialmente a aumentar o patrimônio do Estado ou de particulares**, devem ser submetidas à tributação, por apresentarem-se como manifestações de riqueza e deixarem a salvo a autonomia política. Em decorrência, a circunstância de a atividade ser desenvolvida em regime de monopólio, por concessão ou por delegação, é de todo irrelevante;*

*3) A **desoneração não deve ter como efeito colateral relevante a quebra dos princípios da livre-concorrência e do exercício de atividade profissional ou econômica lícita**. Em princípio, o sucesso ou a desventura empresarial devem pautar-se por virtudes e vícios próprios do mercado e da administração, sem que a intervenção do Estado seja favor preponderante.” – grifei.*

Fixada a premissa de que é viável a extensão da imunidade recíproca às empresas públicas, ainda que cobrada tarifa ou preço público como contraprestação do serviço, passo à análise do caso concreto em relação aos requisitos jurisprudencialmente engendrados como denotativos da pretensão.

## **2.2. Verificação dos requisitos da extensão da imunidade no caso concreto.**

### **2.2.1. Da caracterização de serviço público utilizado na satisfação dos objetivos institucionais iminentes do ente federado.**



CRLC

Nº 70069424224 (Nº CNJ: 0152616-91.2016.8.21.7000)  
2016/CÍVEL

A Empresa Gaúcha de Rodovias é **empresa pública** do Estado do Rio Grande do Sul que teve sua criação autorizada pela Lei Estadual n.º 14.033/2012 e que, há época dos fatos geradores que busca desconstituir (ISS de julho de 2013 a agosto de 2013), tinha como **objeto social a “exploração da infraestrutura rodoviária mediante a cobrança de pedágios públicos comunitários”**, na forma do art. 2º da Lei Estadual 14.033/12<sup>6</sup>, da redação vigente em 2013, e art. 5º<sup>7</sup> do então vigente Decreto Estadual n.º 49.593/2012<sup>8</sup>.

Tal objeto, efetivamente, caracteriza **serviço público de titularidade exclusiva do Estado**, uma vez que, em que pese a descrição como exploração da infraestrutura rodoviária, o serviço em questão é o de “*conservação, manutenção, melhoramentos para adequação de capacidade e segurança de trânsito, operação, monitoração, assistência aos usuários*” das rodovias gaúchas, na forma do art. 3º da Lei Estadual 14.033/2012<sup>9</sup> então vigente c/c o subitem 22.01 da LC 116/03<sup>10</sup>.

<sup>6</sup> “Art. 2º A EGR terá por objeto social a exploração da infraestrutura rodoviária mediante a cobrança de pedágios públicos comunitários.”

<sup>7</sup> “Art. 5º A EGR tem por objeto social a exploração da infraestrutura rodoviária mediante a cobrança de pedágios públicos comunitários”

<sup>8</sup> Atualmente, segue sendo empresa pública, mas com as modificações traçadas pela Lei Estadual n.º 14.876/2016, sendo, hoje, regida pelo Decreto Executivo Estadual n.º 53.276/2016 - “*empresa pública de capital fechado controlada pelo Estado do Rio Grande do Sul, constituída sob a forma de sociedade anônima*” (art. 1º do Decreto n.º 53.276/16) que tem por objeto social, em síntese, “*a conservação, a manutenção e a implantação de melhorias na malha rodoviária do Estado*” (art. 4º do Decreto n.º 53.276/16), sendo que pode administrar tal atribuição “*mediante a cobrança de pedágios, operando de forma direta ou indireta (...)*” (art. 4º, § 1º, do Decreto n.º 53.276/16).

<sup>9</sup> “Art. 3º Compete à EGR:

*I - na exploração de pedágios públicos comunitários, administrar diretamente rodovias do Sistema Rodoviário do Estado do Rio Grande do Sul, mediante celebração de Contratos de Gestão firmados com o Estado, por intermédio da SEINFRA e o órgão executivo rodoviário do Estado, que estipulará direitos, deveres, formas de participação social, metas e forma de controle de resultados para cada praça ou trecho pedagado;*

*II - praticar todos os atos necessários para a administração das rodovias com pedágios públicos comunitários;*

*III - estipular os valores das tarifas de pedágios públicos comunitários;*

*IV - propor ao Poder Executivo Estadual alternativas técnicas e econômicas para melhoramento contínuo da infraestrutura rodoviária sob sua administração, assim como avaliação e planos de exploração da malha rodoviária;*

*V - cumprir e fazer cumprir as exigências contratuais e legais do Sistema Nacional de Trânsito, do órgão executivo rodoviário e do órgão executivo de trânsito que lhe forem pertinentes;*

*VI - planejar, executar, ampliar, remodelar, operar, manter, realizar obras e projetos de engenharia nas rodovias sob sua administração;*



CRLC

Nº 70069424224 (Nº CNJ: 0152616-91.2016.8.21.7000)  
2016/CÍVEL

Assim sendo, desvela-se como serviço público, independente de sua exploração direta ou indireta, pelo fato de relacionar-se a bem público de uso comum, estrada, na forma dos artigos 98 e 99, inciso I, ambos do Código Civil de 2002 (CC/02), cuja contraprestação por seu uso é facultada ao ente administrador, conforme o art. 103 do mesmo diploma material cível, *in verbis*:

*“CAPÍTULO III  
Dos Bens Públicos*

*Art. 98. São públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem.*

*Art. 99. São bens públicos:*

*I - os de uso comum do povo, tais como rios, mares, **estradas**, ruas e praças;*

*(...)*

*Art. 103. O uso comum dos bens públicos pode ser gratuito **ou retribuído**, conforme for estabelecido legalmente pela entidade a cuja administração pertencerem.” – grifei.*

Cabe destacar que os serviços públicos podem ser explorados com intuito de lucro, o que não os qualifica, em sentido estrito, como atividade econômica, mas tão somente como serviço público explorado visando ao lucro<sup>11</sup>.

---

*VII - desapropriar áreas necessárias para aumento de rodovias sob sua administração; e  
VIII - exercer outras atividades necessárias ao cumprimento de seu objeto social, conforme definido no seu estatuto.*

*Parágrafo único. Considera-se público comunitário o pedágio sob controle público e que seja administrado com efetiva participação de entidades representativas das comunidades de usuários das vias pedagiadas.”*

<sup>10</sup> “22.01 – Serviços de exploração de rodovia mediante cobrança de preço ou pedágio dos usuários, envolvendo execução de serviços de conservação, manutenção, melhoramentos para adequação de capacidade e segurança de trânsito, operação, monitoração, assistência aos usuários e outros serviços definidos em contratos, atos de concessão ou de permissão ou em normas oficiais.”

<sup>11</sup> No ponto, é interessante notar que a previsão a respeito da prestação de serviço público passível de exploração lucrativa se insere no título constitucional que dispõe sobre a “Ordem Econômica e Financeira” e em capítulo que disciplina os “princípios gerais da atividade econômica”. Tal constatação, entretanto, não justifica sua configuração nesses moldes (como atividade econômica) justamente porque a topografia da previsão constitucional não é, por si só, determinante da natureza jurídica dos institutos de direito, como bem denunciou o saudoso e sempre Ministro Teori Zavaski na ADI 800, quando refutou a natureza jurídica tributária do pedágio por sua previsão no título das limitações



CRLC

Nº 70069424224 (Nº CNJ: 0152616-91.2016.8.21.7000)  
2016/CÍVEL

Outrossim, a titularidade exclusiva deste serviço se dá pelo fato de que ele somente é passível de exploração privada por meio das figuras contratuais previstas no art. 175, *caput*, da Constituição Federal:

“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.”

É fato que determinados serviços públicos, conquanto dessa natureza, não estão na titularidade exclusiva do Estado, sendo passíveis de exploração privada independente das figuras contratuais alhures referidas, como acontece usualmente com os direitos sociais previstos no art. 6º da Constituição Federal de 1988<sup>12</sup> (CF/88), nomeadamente a educação e a saúde, nos termos dos artigos 199<sup>13</sup> e 209<sup>14</sup> da CF/88.

---

constitucionais ao poder de tributar - ADI 800, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 11/06/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-125 DIVULG 27-06-2014 PUBLIC 01-07-2014, especificamente no item 5 de seu voto, fls. 7 e 8 do acórdão.

<sup>12</sup> “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015)”

<sup>13</sup> “Art. 199. A **assistência à saúde é livre à iniciativa privada**.

§ 1º As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

§ 2º É vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos.

§ 3º - É vedada a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País, salvo nos casos previstos em lei.

§ 4º A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.” – grifei.

<sup>14</sup> “Art. 209. O **ensino é livre à iniciativa privada**, atendidas as seguintes condições:

I - cumprimento das normas gerais da educação nacional;

II - autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público.” – grifei.



CRLC

Nº 70069424224 (Nº CNJ: 0152616-91.2016.8.21.7000)  
2016/CÍVEL

Com efeito, sendo somente passível de exploração direta do Estado ou mediante a delegação (no sentido de que transfere apenas a execução e não a titularidade do serviço) à particular, temos, no caso, efetivamente **serviço inerente ao desempenho de atividade imanente ao Estado, que, havendo prestação por entidade da administração indireta, situa-se no domínio do setor público e revela forma de prestação direta de serviço público pelo Estado** (é relevante exaltar que o fato de ser prestado pela administração indireta não o coloca como forma indireta de prestação, a qual, ao que entendo, somente se caracteriza quando a prestação é contratualmente *delegada* ao particular, isto é, atuação do setor privado).

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, aliás, orienta no sentido de que o serviço de conservação e manutenção de rodovias efetivamente se coloca como serviço público, tanto que enseja a responsabilidade objetiva do prestador e viabiliza a responsabilidade subsidiária do ente político titular do serviço, nos termos do art. 37, §6º, da CF/88<sup>15</sup>, como desvelam os seguintes precedentes:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DANOS MATERIAIS. BURACO NA VIA. RODA ARRANCADA DO EIXO DO REBOQUE DO CAMINHÃO. CAPOTAMENTO DO VEÍCULO QUE TRAFEGAVA NA DIREÇÃO CONTRÁRIA. **ARTIGO 37, § 6º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.** NEXO DE CAUSALIDADE. SÚMULA 284/STF. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL E DE PREQUESTIONAMENTO.

(...)

3. In casu, restou assentado no acórdão proferido pelo Tribunal a quo, verbis: (...) Restou, pois, demonstrado o nexo de causalidade entre a omissão do DNIT em não corrigir as falhas na pavimentação da rodovia na qual ocorreu o acidente, e os prejuízos causados ao veículo da Autora. Fica caracterizada no caso concreto, portanto, a responsabilidade civil objetiva da

<sup>15</sup> “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado **prestadoras de serviços públicos** responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”



CRLC

Nº 70069424224 (Nº CNJ: 0152616-91.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

Autarquia, o que acarreta a obrigação de indenizar. Sobre a responsabilidade civil objetiva da Administração, dispõe o parágrafo 6º, do artigo 37, da Constituição Federal, "verbis": "As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado **prestadoras de serviços públicos** responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa."(grifei).

Estando, pois, presentes os pressupostos necessários à configuração da responsabilidade civil objetiva, quais sejam: a omissão estatal (o DNIT não procedeu à conservação da rodovia); a ocorrência de danos materiais no veículo da Autora em consequência do acidente; e o nexo de causalidade entre o fato da omissão estatal e o dano, cabe ao DNIT o ônus de indenizar à Autora. (fls. 107e 108).

(...)

6. Recurso especial não conhecido.

(REsp 1103840/PE, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/04/2009, DJe 07/05/2009)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE ATIVA (CF, ART. 129, III, E LEI 8.078/90, ARTS, 81 E 82, I). **CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. RODOVIA. EXIGÊNCIA DE TARIFA (PEDÁGIO) PELA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO** CONCEDIDO QUE PRESCINDE, SALVO EXPRESSA DETERMINAÇÃO LEGAL, DA EXISTÊNCIA DE IGUAL SERVIÇO PRESTADO GRATUITAMENTE PELO PODER PÚBLICO.

(...)

2. A Constituição Federal autorizou a cobrança de pedágio em rodovias conservadas pelo Poder Público, inobstante a limitação de tráfego que tal cobrança acarreta. Nos termos do seu art. 150: "...é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...) V - estabelecer limitações ao tráfego de pessoas ou bens, por meio de tributos interestaduais ou intermunicipais, ressalvada a cobrança de pedágio pela utilização de vias conservadas pelo Poder Público". Assim, a contrapartida de oferecimento de via alternativa gratuita como condição para a cobrança daquela tarifa não pode ser considerada exigência constitucional.

3. A exigência, ademais, não está prevista em lei ordinária, nomeadamente na Lei 8.987/95, que regulamenta a concessão e permissão **de serviços públicos**. Pelo contrário, nos termos do seu art. 9º, parágrafo primeiro, introduzido pela Lei 9.648/98, "a tarifa não será subordinada à legislação específica anterior e somente nos casos expressamente previstos em lei, sua cobrança poderá ser condicionada à existência de serviço público alternativo e gratuito para o usuário." 4. Recurso especial do Estado do Paraná conhecido em parte e improvido; recurso especial de VIAPAR S/A conhecido em parte e, nessa parte, parcialmente provido; recursos especiais do DNER e da União conhecidos em



CRLC

Nº 70069424224 (Nº CNJ: 0152616-91.2016.8.21.7000)  
2016/CÍVEL

parte e, nessa parte, providos; e recurso especial do DER conhecido e provido.

(REsp 417.804/PR, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/04/2005, DJ 16/05/2005, p. 230)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ACIDENTE DE TRÂNSITO. **MÁ CONSERVAÇÃO DA RODOVIA ESTADUAL. AUTARQUIA RESPONSÁVEL PELA CONSERVAÇÃO DAS ESTRADAS. LEGITIMIDADE PASSIVA SUBSIDIÁRIA DO ESTADO.**

1. A jurisprudência do STJ considera que, muito embora a autarquia seja responsável pela preservação das estradas estaduais, e pelos danos causados a terceiros em decorrência de sua má-conservação, o Estado possui responsabilidade subsidiária. Assim, possui este legitimidade para figurar no polo passivo da demanda. Confirmam-se os precedentes: AgRg no AREsp 203.785/RS, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 03/06/2014; AgRg no AREsp 539.057/MS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 09/10/2014; REsp 1137950/RS, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 30/03/2010; AgRg no REsp 875.604/ES, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 25/06/2009.

2. Na hipótese dos autos, o acórdão recorrido reconheceu a ilegitimidade passiva ad causam do Estado do Paraná nos seguintes termos (fl. 413, e-STJ): "Reconheço a ilegitimidade passiva do Estado do Paraná, tendo em vista que o DER, autarquia que tem a função de manutenção e conservação das rodovias paranaenses, tem autonomia financeira e administrativa e, somente nos casos comprovados de exaustão de seu patrimônio, é possível o ajuizamento de indenizações também contra o Estado do Paraná".

3. Dessa forma, por estar em dissonância com a jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça, é imperiosa a reforma do acórdão recorrido, de modo a reconhecer a legitimidade passiva ad causam do Estado do Paraná.

4. Recurso Especial provido.

(REsp 1595141/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/08/2016, DJe 05/09/2016)

Cabe ainda exaltar, para a conclusão de que se está diante de serviço voltado à satisfação dos objetivos institucionais imanentes do ente federado, a grande relevância da malha rodoviária (e, portanto, de sua conservação



CRLC

Nº 70069424224 (Nº CNJ: 0152616-91.2016.8.21.7000)  
2016/CÍVEL

e otimização) para o escoamento da produção de todos os setores da economia do Estado do Rio Grande do Sul e do Brasil<sup>16</sup>.

Preenchido o primeiro requisito, cabe seguir na aferição da constitucionalidade da extensão da imunidade.

**2.2.2. Ausência de atividades de exploração econômica, destinadas primordialmente a aumentar o patrimônio do Estado ou de particulares.**

Como dito anteriormente, o serviço público em voga pode ser economicamente explorado, quando há, além do objetivo da preservação e otimização da rodovia, pretensão lucrativa primordial com sua prestação.

Tal postura está sempre presente nas hipóteses de delegação do serviço (no sentido de que transfere apenas a execução e não a titularidade do serviço) a particular, em que o escopo da pessoa jurídica contratada é exclusivamente lucrativo.

No caso das entidades da administração indireta de personalidade jurídica de direito privado, o Supremo Tribunal Federal vem aferindo esta característica mediante a análise da composição societária das entidades, especialmente nos casos das sociedades de economia mista em que há, em tese, possibilidade de participação privada no capital social e que, embora não seja o caso dos autos, que retrata empresa pública, serve como parâmetro para a definição da aplicabilidade da imunidade.

Seguem os precedentes:

Agravos regimentais em ação cível originária. Imunidade tributária recíproca. Artigo 150, VI, a, da CF/88. Possibilidade de

<sup>16</sup> **“Rodovias predominam no transporte de cargas**

*A distribuição espacial da logística de transportes no território brasileiro apresenta predominância de rodovias, concentradas principalmente no Centro-Sul do país, em especial no estado de São Paulo.*

*Em 2009, segundo a Confederação Nacional de Transportes (CNT), 61,1% de toda a carga transportada no Brasil usou o sistema modal rodoviário; 21,0% passaram por ferrovias, 14% pelas hidrovias e terminais portuários fluviais e marítimos e apenas 0,4% por via aérea.”*

Grifos do original. Informação obtida no Portal Brasil do governo federal - acesso em 05/05/2017 - <http://www.brasil.gov.br/infraestrutura/2014/11/ibge-mapeia-a-infraestrutura-dos-transportes-no-brasil>



CRLC

Nº 70069424224 (Nº CNJ: 0152616-91.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

reconhecimento a sociedade de economia mista, atendidos os pressupostos fixados pelo Supremo Tribunal Federal. Competência para apreciação da causa. Artigo 102, I, f, da CF/88. Interpretação restritiva. Exclusão de município do polo passivo. Direito a repetição do indébito e ao reenquadramento do sistema de PIS/COFINS. Matérias de ordem infraconstitucional inaptas a abalar o pacto federativo. Agravos regimentais não providos. 1. Nos autos do RE nº 253.472/SP, esta Corte firmou o entendimento de que é possível a extensão da imunidade tributária recíproca às sociedades de economia mistas prestadoras de serviço público, desde que observados os seguintes parâmetros: (i) a imunidade tributária recíproca, quando reconhecida, se aplica apenas à propriedade, bens e serviços utilizados na satisfação dos objetivos institucionais imanentes do ente federado; (ii) atividades de exploração econômica destinadas primordialmente a aumentar o patrimônio do Estado ou de particulares devem ser submetidas à tributação, por se apresentarem como manifestações de riqueza e deixarem a salvo a autonomia política; e c) a desoneração não deve ter como efeito colateral relevante a quebra dos princípios da livre concorrência e do exercício de atividade profissional ou econômica lícita. 2. É possível a concessão de imunidade tributária recíproca à Companhia de Saneamento de Alagoas (CASAL), pois, em que pese ostentar, como sociedade de economia mista, natureza de ente privado: (i) executa serviço público de abastecimento de água e tratamento de esgoto; e (ii) o faz de modo exclusivo; **(iii) o percentual de participação do Estado de Alagoas no capital social da empresa é de 99,96%; (iv) trata-se de empresa de capital fechado.** São, ademais, tais premissas que, juntamente com o dispositivo do decisor, formam a coisa julgada, não havendo, destarte, que se falar que a mera possibilidade de alteração no quadro societário da empresa seria impedimento à prolação de decisão concessiva da imunidade tributária recíproca a sociedade de economia mista. 3. Em face da literalidade da norma inscrita no art. 102, I, f, da Carta Maior, não compete a esta Corte, em sede originária, processar e julgar causas na qual antagonizem sociedade de economia mista estadual e município, ainda que se trate de demanda versante sobre imunidade tributária recíproca em cujo polo passivo se situe também a União. 4. Questões referentes à repetição do indébito tributário e à mudança no regime de recolhimento do PIS e COFINS não guardam feição constitucional e não são aptas a atrair a competência do STF, ante a ausência de potencial para abalar o pacto federativo. 5. Agravos regimentais não providos. (ACO 2243 AgR-segundo, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-108 DIVULG 25-05-2016 PUBLIC 27-05-2016) – grifei.

Agravo regimental em ação cível originária. Julgamento monocrático. Alegado error in procedendo e violação da ampla defesa. Não ocorrência. Previsão regimental. Imunidade tributária recíproca. Artigo 150, inciso VI, alínea a, da Constituição Federal.



CRLC

Nº 70069424224 (Nº CNJ: 0152616-91.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

Sociedade de economia mista. Companhia Catarinense de águas e Saneamento (CASAN). Não preenchimento dos parâmetros traçados por esta Corte para a extensão da imunidade tributária recíproca. Precedente. Agravo não provido. 1. Não há error in procedendo ou violação da ampla defesa por alegada afronta ao Regimento Interno do STF, em seus arts. 250 (que prevê julgamento colegiado para as ações cíveis originárias) e 251 (que dispõe sobre a concessão de palavra às partes e ao PGR na sessão de julgamento), uma vez que esta Corte admite a possibilidade de o relator decidir, monocraticamente, pretensão sobre a qual a jurisprudência da Corte já tenha se posicionado, nos termos do art. 21, § 1º, do RISTF. Precedentes. 2. A Corte já firmou o entendimento de que é possível a extensão da imunidade tributária recíproca às sociedades de economia mista prestadoras de serviço público, observados os seguintes parâmetros: a) a imunidade tributária recíproca se aplica apenas à propriedade, bens e serviços utilizados na satisfação dos objetivos institucionais imanescentes do ente federado; b) atividades de exploração econômica, destinadas primordialmente a aumentar o patrimônio do Estado ou de particulares, devem ser submetidas à tributação, por apresentarem-se como manifestações de riqueza e deixarem a salvo a autonomia política; e c) a desoneração não deve ter como efeito colateral relevante a quebra dos princípios da livre concorrência e do livre exercício de atividade profissional ou econômica lícita. Precedentes: RE nº 253.472/SP, Tribunal Pleno, Relator para o acórdão o Ministro Joaquim Barbosa, DJe de 1º/2/11 e e ACO 2243/DF, decisão monocrática, Relator Min. Dias Toffoli, DJe de 25/10/13. 3. A Companhia Catarinense de Águas e Saneamento (CASAN) é sociedade de economia mista prestadora de serviço público de abastecimento de água e tratamento de esgoto. Não obstante, **a análise do estatuto social, da composição e do controle acionário da companhia revelam o não preenchimento dos parâmetros traçados por esta Corte para a extensão da imunidade tributária recíproca no RE nº 253.472/SP (Tribunal Pleno, Relator para o acórdão o Ministro Joaquim Barbosa, DJe de 1º/2/11).** 4. A pretendida desoneração tributária pela CASAN – que, a despeito de prestar serviço público, desempenha atividade econômica com persecução e distribuição de lucro – beneficiaria os agentes econômicos privados que participam de seu capital social, gerando risco de quebra do equilíbrio concorrencial e da livre iniciativa, o que não se pode admitir, sob pena de desvirtuamento da finalidade da imunização constitucional. 5. Agravo regimental não provido. (ACO 1460 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 07/10/2015, DJe-249 DIVULG 10-12-2015 PUBLIC 11-12-2015) – grifei e sublinhei.



CRLC

Nº 70069424224 (Nº CNJ: 0152616-91.2016.8.21.7000)  
2016/CÍVEL

Com efeito, a Empresa Gaúcha de Rodovias é **companhia de capital fechado** (art. 1º do Decreto Estadual n.º 49.593/2012<sup>17</sup>), na qual o **ente político** regional em questão detém “o **controle acionário da Sociedade, conservando, sempre, pelo menos 90% (noventa por cento) do seu capital votante**” (art. 8º c/c art. 9º, § 3º, do Decreto Estadual n.º 49.593/2012<sup>18</sup>), **podendo transferir para “autarquias, sociedades de economia mista, empresas públicas ou pessoas jurídicas de direito público interno”** (art. 8º, parágrafo único, do Decreto Estadual n.º 49.593/2012<sup>19</sup>) a parte **excedente** desse percentual.

Outrossim, não há notícia nos autos a respeito da transferência dos 10% do capital passível de sê-lo, de modo que a empresa pública em questão é 100% do Estado do Rio Grande do Sul.

Cabe destacar, no tópico, que a simples possibilidade de participação de sociedade de economia mista (que pode ter particulares em sua composição) no capital social da empresa não autoriza concluir pela existência de óbice ao reconhecimento da imunidade, porquanto obstáculo abstrato enquanto mera previsão, como bem ilustra o seguinte excerto da Ação Civil Originária n.º 2243 AgR-segundo, Ministro Dias Toffoli, cuja ementa foi acima transcrita, *in verbis*:

---

<sup>17</sup> “Art. 1º A Empresa Gaúcha de Rodovias S.A. – EGR – é uma empresa pública de capital fechado controlada pelo Estado do Rio Grande do Sul, constituída sob a forma de sociedade anônima, nos termos da Lei Federal nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e alterações, mediante autorização da Lei Estadual nº 14.033, de 29 de junho de 2012, vinculada à Secretaria de Infraestrutura e Logística – SEINFRA –, sendo regida pelo presente Estatuto e pela legislação que lhe for aplicável.”

<sup>18</sup> “Art. 8º O Estado do Rio Grande do Sul deterá o controle acionário da Sociedade, conservando, sempre, pelo menos 90% (noventa por cento) do seu capital votante, podendo transferir para terceiros a parte que exceder esse percentual.

Art. 9º Nos aumentos do capital os acionistas terão preferência, para subscrição, na proporção do número de ações que possuem.

(...)

§ 3º Ao Estado é reservada, em qualquer hipótese, a participação acionária no capital correspondente a 90% (noventa por cento) das ações com direito a voto, sendo-lhe garantido sempre, em todas as emissões de ações, manter esta porcentagem de participação.”

<sup>19</sup> “Art. 8º O Estado do Rio Grande do Sul deterá o controle acionário da Sociedade, conservando, sempre, pelo menos 90% (noventa por cento) do seu capital votante, podendo transferir para terceiros a parte que exceder esse percentual.

Parágrafo único. Somente poderão ser acionistas da EGR, as Autarquias, as Sociedades de Economia Mista, as Empresas Públicas ou as Pessoas Jurídicas de Direito Público Interno, na forma autorizada na Lei das Sociedades por Ações.”



CRLC

Nº 70069424224 (Nº CNJ: 0152616-91.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

*“Nesses mesmos autos, nos quais apreciava a situação da Companhia Docas do Estado de São Paulo (CODESP), esta Corte reafirmou sua jurisprudência no sentido de que a exploração dos portos marítimos, fluviais e lacustres se caracteriza como serviço público; e, para verificar o atendimento por aquela empresa dos demais pressupostos traçados, analisou seu controle acionário (tendo observado que 99,97% de suas ações pertenciam à União) e apreciou os autos, concluindo não haver indicação de risco de quebra do equilíbrio concorrencial ou da livre iniciativa, pois ausente a comprovação de que a CODESP concorresse com outras entidades em seu campo de atuação. No caso sob exame, depreende-se das Leis estaduais nº 2491/1962 e nº 2557/1963, bem como do regimento interno da CASAL, a estes autos juntados, que a autora da demanda, em que pese ostentar a natureza de ente privado: (i) executa serviço público de abastecimento de água e tratamento de esgoto; e (ii) o faz de modo exclusivo. Do mesmo modo, acerca do controle acionário, verifica-se, em certidão juntada aos autos (referenciada na exordial como doc. 03), que o percentual de participação do Estado de Alagoas no capital social da empresa é de 99,96%. Saliente-se, por fim, que se trata de empresa de capital fechado, consoante consta do art. 1º do seu estatuto social. A situação dos autos, portanto, em muito se assemelha à examinada nos autos do RE nº 253.472/SP. Foi sob essa premissa que se estabeleceu, nos presentes autos, a imunidade tributária da sociedade de economia mista autora e são também essas premissas que, juntamente com o dispositivo do decisum, formam a coisa julgada.  
(...)”*

***Descabida, portanto, a afirmação da União de que haveria óbice à prolação de decisão concessiva de imunidade à CASAL tão somente pela possibilidade de que, em algum momento, haja alteração do regime jurídico dessa sociedade de economia mista.”***

Relevante também destacar que há previsão de **aplicação integral da receita proveniente “da exploração direta de rodovias, por meio da cobrança de tarifas ou de serviços suplementares relacionados à exploração da rodovia”, nas obras, serviços e demais investimentos “na rodovia onde houve a arrecadação, (...)”**, como desvela a conjugação do inciso I e do § 2, ambos do art. 12, do Decreto Estadual n.º 49.593/2012<sup>20</sup> e mesmo a redação do art. 7º inciso I c/c

<sup>20</sup> “Art. 12. Constituem receita da EGR:

*I - rendas provenientes da exploração direta de rodovias, por meio da cobrança de tarifas ou de serviços suplementares relacionados à exploração rodoviária;*

*(...)”*

*§ 2º A receita referida no inciso I deste artigo será depositada em conta da EGR, específica para cada praça de pedágio, devendo ser aplicada integralmente nas obras, serviços e*



CRLC

Nº 70069424224 (Nº CNJ: 0152616-91.2016.8.21.7000)  
2016/CÍVEL

§2º da Lei Estadual 14.033/12<sup>21</sup>, o que confirma a ausência de intento lucrativo com a exploração do serviço em análise.

Ressalto, quanto ao ponto, que não desconheço que a EGR descumpriu a determinação de reinvestimento da receita acima indicada no período em discussão, conforme demonstram os documentos das fls. 109/110.

Todavia, esta situação não descaracteriza o fato de que não há intento de lucro na exploração do serviço, tanto assim é que o Ministério Público vem movendo ações civis públicas com o intuito de obrigar a apelada a cumprir a previsão mediante o saneamento de vícios verificados na conservação das rodovias atribuídas à EGR, como demonstram, por exemplo, a ACP n.º 044/1.13.0004077-9, relativa à praça de pedágio de Encantado/RS, e ACP n.º 077/1.13.0003086-8 (praça de pedágio de Venâncio Aires).

Igualmente não vejo como impeditiva a previsão contida no art. 4º da Lei Estadual 14.033/12<sup>22</sup> e mesmo do art. 15, inciso VII do Decreto Estadual n.º 49.593/2012<sup>23</sup>, justamente porque não descaracterizam o fato de que o serviço não foi explorado com finalidade lucrativa e não serve para acúmulo patrimonial da entidade.

---

*demais investimentos na rodovia onde houve a arrecadação, deduzidos custos operacionais e tributários.”*

<sup>21</sup> “Art. 7º *Constituem recursos da EGR:*

*I - rendas provenientes da exploração direta de rodovias, por meio da cobrança de tarifas ou de serviços suplementares relacionados à exploração rodoviária;*

*(...)*

*§ 2º A receita referida no inciso I deste artigo será depositada em conta da EGR específica para cada praça de pedágio, devendo ser aplicada integralmente nas obras, serviços e demais investimentos na rodovia onde houve a arrecadação, deduzidos custos operacionais e tributários.”*

<sup>22</sup> “Art. 4º *A EGR sujeita-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários.”*

<sup>23</sup> “Art. 15 *À Assembléia Geral, composta de Acionistas da Sociedade, convocada e instalada de acordo com a lei e este estatuto, tem poderes para decidir sobre os negócios relativos à finalidade e ao objeto da Sociedade, e tomar as resoluções que julgar convenientes à sua defesa e desenvolvimento, competindo-lhe privativamente, além de outras atribuições conferidas pela legislação e pelo presente Estatuto:*

*(...)*

*VII - deliberar sobre a destinação do lucro líquido do exercício e a distribuição de dividendos.”*



CRLC

Nº 70069424224 (Nº CNJ: 0152616-91.2016.8.21.7000)  
2016/CÍVEL

Portanto, firmada a premissa de que não há atividades de exploração econômica, destinada primordialmente a aumentar o patrimônio do Estado ou de particulares, impositiva o reconhecimento deste segundo requisito à extensão da imunidade.

### **2.2.2. Desoneração que não implica relevante quebra dos princípios da livre-concorrência e do exercício de atividade profissional ou econômica lícita.**

No que toca ao último substrato do teste de adequação constitucional da extensão da imunidade recíproca às empresas públicas e sociedade de economia mista, parece-me que, igualmente, resta preenchido.

Assim entendo porque, como já delineado no tópico relativo à caracterização do serviço como público, a exploração privada do serviço de conservação e otimização de rodovias somente é possível por meio das figuras contratuais previstas no art. 175, *caput*, da Constituição Federal, ou seja, o serviço público em questão não é livre à iniciativa privada, leia-se, ao mercado, não havendo, pois, falar-se em concorrência na atividade, como bem ensina o eminente Roque Antônio Carraza<sup>24</sup>:

*“Excepcionalmente admite-se que o Estado intervenha no campo reservado à livre iniciativa, o que ele faz por intermédio de suas empresas públicas e de suas sociedades de economia mista. Quando isto acontece, deve submeter-se ao regime jurídico tributário aplicável às empresas privadas, conforme estalui o já estudado art. 173 da Carta Magna.*

*Quando, porém, a empresa pública ou a sociedade de economia mista são delegatárias de serviço públicos ou de poder de polícia, **elas, por não concorrerem com as empresas privadas, não se sujeitam aos ditames do precitado art. 173.***

*O que estamos querendo significar é que as sociedades mistas e as empresas públicas, enquanto delegatárias de serviços públicos ou de atos de polícia, são instrumentos do Estado e, neste sentido, são entidades tão públicas quanto ele. Desempenham atividades que as empresas privadas jamais assumiriam, a não ser que contratadas pelo próprio Estado, sob a forma de concessão ou de permissão.*

*Podemos, pois, dizer que, neste caso, as sociedades de economia mista e as empresas públicas, pelas atribuições delegadas de*

<sup>24</sup> CARRAZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 26ª ed. Editora Malheiros. São Paulo : 2010. p. 774 – 775.



CRLC

Nº 70069424224 (Nº CNJ: 0152616-91.2016.8.21.7000)  
2016/CÍVEL

*poder público que exercitam, são, tão-só quanto à forma, pessoas de direito privado. Quanto ao fundo são instrumentos do Estado, para a prestação de serviços públicos ou a prática de atos de polícia. Acabam fazendo as vezes das autarquias, embora – damo-nos pressa em proclamar – com elas não se confundam.” – grifei.*

Na verdade, a consecução da conservação das rodovias é bastante peculiar em relação a cada qual dos trechos objetos do serviço, não por outro motivo que, por exemplo, a Lei Federal n.º 8.987/95, ao regular a política tarifária, prevê que “as tarifas poderão ser diferenciadas em função das **características técnicas e dos custos específicos** provenientes do atendimento aos distintos segmentos de usuários” em seu art. 13.

Ademais, acredito que justamente a particularidade do objeto do serviço é que desvela, por exemplo, a possibilidade de extensão da imunidade às diferentes sociedades de economia mista atuantes em cada um dos entes da Federação na exploração de serviços de administração portuária, reconhecidas ou mesmo mantidas pelo STF, por exemplo, em relação à Companhia Docas do Estado de São Paulo (CODESP)<sup>25</sup> e à Companhia Docas do Estado Rio de Janeiro (CODERJ)<sup>26</sup>.

---

<sup>25</sup> TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE RECÍPROCA. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA CONTROLADA POR ENTE FEDERADO. CONDIÇÕES PARA APLICABILIDADE DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL. ADMINISTRAÇÃO PORTUÁRIA. COMPANHIA DOCAS DO ESTADO DE SÃO PAULO (CODESP). INSTRUMENTALIDADE ESTATAL. ARTS. 21, XII, f, 22, X, e 150, VI, a DA CONSTITUIÇÃO. DECRETO FEDERAL 85.309/1980. 1. IMUNIDADE RECÍPROCA. CARACTERIZAÇÃO. Segundo teste proposto pelo ministro-relator, a aplicabilidade da imunidade tributária recíproca (art. 150, VI, a da Constituição) deve passar por três estágios, sem prejuízo do atendimento de outras normas constitucionais e legais: 1.1. A imunidade tributária recíproca se aplica à propriedade, bens e serviços utilizados na satisfação dos objetivos institucionais imanentes do ente federado, cuja tributação poderia colocar em risco a respectiva autonomia política. Em conseqüência, é incorreto ler a cláusula de imunização de modo a reduzi-la a mero instrumento destinado a dar ao ente federado condições de contratar em circunstâncias mais vantajosas, independentemente do contexto. 1.2. Atividades de exploração econômica, destinadas primordialmente a aumentar o patrimônio do Estado ou de particulares, devem ser submetidas à tributação, por apresentarem-se como manifestações de riqueza e deixarem a salvo a autonomia política. 1.3. A desoneração não deve ter como efeito colateral relevante a quebra dos princípios da livre-concorrência e do exercício de atividade profissional ou econômica lícita. Em princípio, o sucesso ou a desventura empresarial devem pautar-se por virtudes e vícios próprios do mercado e da administração, sem que a intervenção do Estado seja favor preponderante. 2. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. EXPLORAÇÃO DE SERVIÇOS DE ADMINISTRAÇÃO PORTUÁRIA. CONTROLE ACIONÁRIO MAJORITÁRIO



CRLC

Nº 70069424224 (Nº CNJ: 0152616-91.2016.8.21.7000)  
2016/CÍVEL

Com efeito, o fato de existirem entidades diferentes na prestação de um mesmo serviço não culmina, por si só, na conclusão de que há mercado concorrencial entre elas, devendo-se exaltar que o fator que viabilizaria a tributação nestes serviços públicos de titularidade exclusiva do Estado é, precipuamente, o fito lucrativo da exploração e não suposta quebra na concorrência de mercado.

Dessa maneira, inexistente relevante quebra dos princípios da livre-concorrência e do exercício de atividade profissional ou econômica lícita no reconhecimento da imunidade à EGR.

---

DA UNIÃO. AUSÊNCIA DE INTUITO LUCRATIVO. FALTA DE RISCO AO EQUILÍBRIO CONCORRENCIAL E À LIVRE-INICIATIVA. Segundo se depreende dos autos, a Codesp é instrumentalidade estatal, pois: 2.1. Em uma série de precedentes, esta Corte reconheceu que a exploração dos portos marítimos, fluviais e lacustres caracteriza-se como serviço público. 2.2. O controle acionário da Codesp pertence em sua quase totalidade à União (99,97%). Falta da indicação de que a atividade da pessoa jurídica satisfaça primordialmente interesse de acúmulo patrimonial público ou privado. 2.3. Não há indicação de risco de quebra do equilíbrio concorrencial ou de livre-iniciativa, eis que ausente comprovação de que a Codesp concorra com outras entidades no campo de sua atuação. 3. Ressalva do ministro-relator, no sentido de que “cabe à autoridade fiscal indicar com precisão se a destinação concreta dada ao imóvel atende ao interesse público primário ou à geração de receita de interesse particular ou privado”. Recurso conhecido parcialmente e ao qual se dá parcial provimento.

(RE 253472, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 25/08/2010, DJe-020 DIVULG 31-01-2011 PUBLIC 01-02-2011 EMENT VOL-02454-04 PP-00803 RTJ VOL-00219-01 PP-00558)

<sup>26</sup> AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE. ART. 150, VI, A, DA CF. PATRIMÔNIO, RENDA OU SERVIÇOS. ATIVIDADES IMANENTES AO ESTADO. EXECUÇÃO POR SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA OU EMPRESAS PÚBLICAS. COBRANÇA DE TARIFAS COMO CONTRAPRESTAÇÃO. ABRANGÊNCIA. ATENDIMENTO DAS CONDIÇÕES INDICADAS NO RE 253.472/SP. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL E DE PROVAS. EVENTUAL OFENSA SERIA INDIRETA. SÚMULA 279 DO STF. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – Esta Corte já fixou entendimento no sentido de que a imunidade prevista no art. 150, VI, a, da Constituição se aplica ao patrimônio, renda ou serviços inerentes ao desempenho de atividades imanentes ao Estado, ainda que sejam executadas por sociedades de economia mista ou empresas públicas e independentemente da cobrança por elas de tarifas como contraprestação. II – Para se chegar à conclusão contrária à adotada pelo acórdão recorrido, quanto ao preenchimento das condições indicadas no julgamento do RE 253.472/SP e quanto à titularidade do bem abarcado pela imunidade, faz-se necessário o exame do conjunto fático-probatório dos autos, bem como a análise de normas infraconstitucionais, o que inviabiliza o extraordinário com base na Súmula 279 do STF ou porque a afronta à Constituição, se ocorrente, seria indireta. III – Agravo regimental a que se nega provimento.

(ARE 816120 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 12/08/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-162 DIVULG 21-08-2014 PUBLIC 22-08-2014)



CRLC

Nº 70069424224 (Nº CNJ: 0152616-91.2016.8.21.7000)  
2016/CÍVEL

### 2.3. Dos precedentes a respeito da matéria.

Como reforço argumentativo, resalto que a imunidade do ISS no serviço de conservação de rodovias por entidades da administração indireta de personalidade jurídica de direito privado já foi reconhecida neste Tribunal de Justiça (ainda que em sede de tutela provisória) e no Tribunal de Justiça de São Paulo<sup>27</sup> (neste efetivamente em sede de apelação):

AGRAVO. TRIBUTÁRIO. ISS. IMUNIDADE. EMPRESA ESTATAL. SERVIÇO PÚBLICO. As empresas estatais prestadoras de serviços públicos gozam da imunidade tributária prevista no artigo 150, VI, a, da Constituição da República. Jurisprudência do STF. Recurso desprovido. (Agravo Nº 70063450621, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Isabel de Azevedo Souza, Julgado em 12/03/2015)

Embargos à execução fiscal. ISSQN. Exploração do serviço de rodovia, mediante a cobrança de pedágio. Aplicação da limitação constitucional (imunidade) que veda a instituição de impostos por um ente federativo sobre o patrimônio do outro (art. 150, VI "a", CF). Dá-se provimento ao recurso, nos termos do acórdão. (Relator(a): Beatriz Braga; Comarca: Itatiba; Órgão julgador: 18ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 27/08/2015; Data de registro: 02/09/2015)

DERSA – Sociedade de economia mista vinculada à administração indireta do Estado de São Paulo, delegatária de serviços públicos – Imunidade tributária recíproca – Possibilidade – Precedentes do STJ (RE 817.013/SP)  
ISS – Pedágio – Natureza jurídica de preço público -- Retribuição facultativa paga apenas mediante o uso voluntário do serviço – Precedentes do STJ -- Serviço previsto no item 22.01 da Lista Anexa à Lei Complementar nº 116/03 – Imunidade reconhecida – Imposto indevido.  
RECURSO PROVIDO

<sup>27</sup> Não se desconhece o posicionamento da 14ª Câmara de Direito Público do TJSP no sentido da inaplicabilidade da imunidade (e.g. AC n.º 0006077-66.2009.8.26.0048 e 0002794-97.2004.8.26.0278). Entretanto, entende-se que o Supremo Tribunal Federal se orienta no sentido que “a imunidade prevista no art. 150, VI, a, da Constituição se aplica ao patrimônio, renda ou serviços inerentes ao desempenho de atividades iminentes ao Estado, ainda que sejam executadas por sociedades de economia mista ou empresas públicas e independentemente da cobrança por elas de tarifas como contraprestação (...)” (ARE 816120 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 12/08/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-162 DIVULG 21-08-2014 PUBLIC 22-08-2014) – grifei.



CRLC

Nº 70069424224 (Nº CNJ: 0152616-91.2016.8.21.7000)  
2016/CÍVEL

(Relator(a): Fortes Muniz; Comarca: Mogi das Cruzes; Órgão julgador: 15ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 04/08/2016; Data de registro: 08/08/2016)

ISS – Município de Igaratá – Embargos à execução julgados improcedentes – DERSA - Serviços de conservação de rodovias pedagiadas – Artigo 150, VI, "a", da Constituição Federal – Imunidade extensiva às sociedades anônimas delegatárias de serviço público – Recurso provido.

(Relator(a): Erbeta Filho; Comarca: Santa Isabel; Órgão julgador: 15ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 19/04/2016; Data de registro: 20/04/2016)

ISS – Exercício de 2006 – Município de Diadema – Embargos à execução julgados improcedentes – Pretensão da DERSA à imunidade a que se refere o artigo 150, VI, "a", da Constituição – Benefício extensivo às sociedades anônimas delegatárias de serviço público – Recurso provido.

(Relator(a): Erbeta Filho; Comarca: Diadema; Órgão julgador: 15ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 01/03/2016; Data de registro: 08/03/2016)

Por fim, em atenção à alusão feita ao precedente do STF (ADIn nº 3089) que consolidou a viabilidade da cobrança do ISS sobre serviços de registros públicos, cartorários e notariais, entendo que o fator de distinção em relação ao caso é justamente a possibilidade de acúmulo do patrimônio e intento lucrativo dos agente do Estado que atuam nessa condição, como explicitamente consta da ementa do indicado julgamento:

Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada contra os itens 21 e 21.1 da Lista Anexa à Lei Complementar 116/2003, que permitem a tributação dos serviços de registros públicos, cartorários e notariais pelo Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISSQN. Alegada violação dos arts. 145, II, 156, III, e 236, caput, da Constituição, porquanto a matriz constitucional do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza permitiria a incidência do tributo tão-somente sobre a prestação de serviços de índole privada. Ademais, a tributação da prestação dos serviços notariais também ofenderia o art. 150, VI, a e §§ 2º e 3º da Constituição, na medida em que tais serviços públicos são imunes à tributação recíproca pelos entes federados. **As pessoas que exercem atividade notarial não são imunes à tributação, porquanto a circunstância de desenvolvem os respectivos serviços com intuito lucrativo invoca a exceção prevista no art. 150, § 3º, da Constituição.** O recebimento de remuneração pela prestação dos serviços confirma, ainda, capacidade contributiva. A imunidade recíproca é uma garantia ou prerrogativa imediata de entidades políticas federativas, e não de particulares que executem, com



CRLC

Nº 70069424224 (Nº CNJ: 0152616-91.2016.8.21.7000)  
2016/CÍVEL

inequívoco intuito lucrativo, serviços públicos mediante concessão ou delegação, devidamente remunerados. Não há diferenciação que justifique a tributação dos serviços públicos concedidos e a não-tributação das atividades delegadas. Ação Direta de Inconstitucionalidade conhecida, mas julgada improcedente. (ADIn nº 3089, Tribunal Pleno, Relator Min. Carlos Brito, Redator do Acórdão Min. Joaquim Barbosa, em 13-2-08, DJ Eletrônico 142, de 31-7-08). – grifou-se.

Portanto, demonstrado o preenchimento dos requisitos de extensão da imunidade recíproca à EGR, imperiosa a manutenção da sentença.

**ISSO POSTO**, nego provimento ao recurso.

É o voto.

#### **DES.<sup>a</sup> LÚCIA DE FÁTIMA CERVEIRA**

Acompanho o E. Relator.

O Supremo Tribunal Federal assentou o entendimento no sentido de que as empresas públicas delegatárias de serviços públicos, diferente das empresas públicas exploradoras de atividade econômica em sentido estrito, são abrangidas pela imunidade tributária recíproca prevista no art. 150, inc. VI, al. a, da Constituição Federal.

A Empresa Gaúcha de Rodovias S/A – EGR, como bem delineado no voto condutor, dedica-se à “conservação, manutenção, melhoramentos para adequação de capacidade e segurança de trânsito, operação, monitoração, assistência aos usuários”.

Tal atividade constitui efetiva prestação de serviço público de titularidade exclusiva do Estado e, como tal, não possui o intuito primordial de auferir lucro. Não há razão, pois, para reputá-la não imune à tributação.



CRLC

Nº 70069424224 (Nº CNJ: 0152616-91.2016.8.21.7000)  
2016/CÍVEL

Por fim, no que respeita à previsão contida no item 22.01 da Lista Anexa à Lei Complementar 116/03, consigne-se apenas que a legislação infraconstitucional não possui o condão de alterar norma hierarquicamente superior, ainda que a pretexto de complementá-la.

Com tais considerações, nego provimento ao apelo.

#### **DES. RICARDO TORRES HERMANN**

Acompanho o voto do e. Relator.

Considero que as empresas estatais, prestadoras de serviços públicos, gozam da imunidade tributária contemplada no art. 150, VI, "a", da Constituição Federal, que assim dispõe:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

[...]

VI - instituir impostos sobre:

a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros;

Precedente digno de nota sobre a matéria foi relatado pela Desembargadora Maria Isabel de Azevedo Souza e assim está ementado:

**TRIBUTÁRIO. ISS. IMUNIDADE.** EMPRESA ESTATAL. SERVIÇO PÚBLICO. As empresas estatais prestadoras de serviços públicos gozam da **imunidade** tributária prevista no artigo 150, VI, a, da Constituição da República. Jurisprudência do STF. Negado seguimento ao recurso. (Agravo de Instrumento Nº 70063122006, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Isabel de Azevedo Souza, Julgado em 19/12/2014).



CRLC

Nº 70069424224 (Nº CNJ: 0152616-91.2016.8.21.7000)  
2016/CÍVEL

Pela precisão da argumentação, cito também o seguinte excerto da fundamentação vertida no acórdão:

*2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento realizado em 13 de dezembro de 2010 do Recurso Extraordinário n.º 580.264/RS, de relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, no qual já havia sido reconhecida a repercussão geral em 10 de outubro de 2008, entendeu que:*

*“A prestação de ações e serviços de saúde por sociedades de economia mista corresponde à própria atuação do Estado, desde que a empresa estatal não tenha por finalidade a obtenção de lucro. 3. **As sociedades de economia mista prestadoras de ações e serviços de saúde, cujo capital social seja majoritariamente estatal, gozam da imunidade tributária prevista na alínea “a” do inciso VI do art. 150 da Constituição Federal.** 3. Recurso extraordinário a que se dá provimento, com repercussão geral. (Grifou-se)*

*Nessa ocasião, decidiu-se que o Hospital Nossa Senhora da Conceição S.A. de Porto Alegre fazia jus à imunidade tributária, não obstante 0,01% de seu capital social fosse privado. Assim, restou determinado que as sociedades de economia mista gozam de imunidade tributária quando preenchidos dois requisitos: (I) capital social majoritariamente estatal e (II) prestação de serviço público.*

*A referida decisão reflete o entendimento consolidado do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a imunidade tributária se estende às empresas públicas prestadoras de serviço público, verbis:*

**“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO. PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS AUTORIZADORES DA TUTELA. AÇÃO CAUTELAR SUBMETIDA A REFERENDO. TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE RECÍPROCA. ART. 150, VI, a, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.**

*1. Plausibilidade jurídica do pedido (fumus boni juris) diante do entendimento firmado por este Tribunal quando do julgamento do RE 407.099/RS, rel. Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, DJ 06.8.2004, no sentido de que as empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviço público de prestação obrigatória e exclusiva do Estado são abrangidas pela imunidade tributária recíproca prevista no art. 150, VI, a, da Constituição Federal. 2. Exigibilidade imediata do tributo questionado no feito originário, a caracterizar o risco de dano irreparável ou de*



CRLC

Nº 70069424224 (Nº CNJ: 0152616-91.2016.8.21.7000)  
2016/CÍVEL

*difficil reparação (periculum in mora). 3. Decisão cautelar referendada.”*

*(AC 1851 QO, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 17/06/2008, DJe-142 DIVULG 31-07-2008 PUBLIC 01-08-2008 EMENT VOL-02326-01 PP-00196 RTFP v. 16, n. 82, 2008, p. 301-303)*

**“INFRAERO - EMPRESA PÚBLICA FEDERAL VOCACIONADA A EXECUTAR, COMO ATIVIDADE-FIM, EM FUNÇÃO DE SUA ESPECÍFICA DESTINAÇÃO INSTITUCIONAL, SERVIÇOS DE INFRA-ESTRUTURA AEROPORTUÁRIA - MATÉRIA SOB RESERVA CONSTITUCIONAL DE MONOPÓLIO ESTATAL (CF, ART. 21, XII, "C") - POSSIBILIDADE DE A UNIÃO FEDERAL OUTORGAR, POR LEI, A UMA EMPRESA GOVERNAMENTAL, O EXERCÍCIO DESSE ENCARGO, SEM QUE ESTE PERCA O ATRIBUTO DE ESTATALIDADE QUE LHE É PRÓPRIO - OPÇÃO CONSTITUCIONALMENTE LEGÍTIMA - CRIAÇÃO DA INFRAERO COMO INSTRUMENTALIDADE ADMINISTRATIVA DA UNIÃO FEDERAL, INCUMBIDA, NESSA CONDIÇÃO INSTITUCIONAL, DE EXECUTAR TÍPICO SERVIÇO PÚBLICO (LEI Nº 5.862/1972) - CONSEQÜENTE EXTENSÃO, A ESSA EMPRESA PÚBLICA, EM MATÉRIA DE IMPOSTOS, DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL FUNDADA NA GARANTIA DA IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA (CF, ART. 150, VI, "A") - O ALTO SIGNIFICADO POLÍTICO-JURÍDICO DESSA GARANTIA CONSTITUCIONAL, QUE TRADUZ UMA DAS PROJEÇÕES CONCRETIZADORAS DO POSTULADO DA FEDERAÇÃO - IMUNIDADE TRIBUTÁRIA DA INFRAERO, EM FACE DO ISS, QUANTO ÀS ATIVIDADES EXECUTADAS NO DESEMPENHO DO ENCARGO, QUE, A ELA OUTORGADO, FOI DEFERIDO, CONSTITUCIONALMENTE, À UNIÃO FEDERAL - DOCTRINA - JURISPRUDÊNCIA - PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - AGRAVO IMPROVIDO. –**

*A INFRAERO, que é empresa pública, executa, como atividade-fim, em regime de monopólio, serviços de infraestrutura aeroportuária constitucionalmente outorgados à União Federal, qualificando-se, em razão de sua específica destinação institucional, como entidade delegatária dos serviços públicos a que se refere o art. 21, inciso XII, alínea "c", da Lei Fundamental, o que exclui essa empresa governamental, em matéria de impostos, por efeito da imunidade tributária recíproca (CF, art. 150, VI, "a"), do poder*



CRLC

Nº 70069424224 (Nº CNJ: 0152616-91.2016.8.21.7000)  
2016/CÍVEL

*de tributar dos entes políticos em geral. Conseqüente inexigibilidade, por parte do Município tributante, do ISS referente às atividades executadas pela INFRAERO na prestação dos serviços públicos de infra-estrutura aeroportuária e daquelas necessárias à realização dessa atividade-fim. O ALTO SIGNIFICADO POLÍTICO-JURÍDICO DA IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA, QUE REPRESENTA VERDADEIRA GARANTIA INSTITUCIONAL DE PRESERVAÇÃO DO SISTEMA FEDERATIVO. DOCTRINA. PRECEDENTES DO STF. INAPLICABILIDADE, À INFRAERO, DA REGRA INSCRITA NO ART. 150, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO. - A submissão ao regime jurídico das empresas do setor privado, inclusive quanto aos direitos e obrigações tributárias, somente se justifica, como consectário natural do postulado da livre concorrência (CF, art. 170, IV), se e quando as empresas governamentais explorarem atividade econômica em sentido estrito, não se aplicando, por isso mesmo, a disciplina prevista no art. 173, § 1º, da Constituição, às empresas públicas (caso da INFRAERO), às sociedades de economia mista e às suas subsidiárias que se qualifiquem como delegatárias de serviços públicos.”*

*(RE 363412 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 07/08/2007, DJe-177 DIVULG 18-09-2008 PUBLIC 19-09-2008 EMENT VOL-02333-03 PP-00611)*

**“CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS: IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA: C.F., art. 150, VI, a. EMPRESA PÚBLICA QUE EXERCE ATIVIDADE ECONÔMICA E EMPRESA PÚBLICA PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO: DISTINÇÃO.**

*I. - As empresas públicas prestadoras de serviço público distinguem-se das que exercem atividade econômica. A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos é prestadora de serviço público de prestação obrigatória e exclusiva do Estado, motivo por que está abrangida pela imunidade tributária recíproca: C.F., art. 150, VI, a. II. - R.E. conhecido em parte e, nessa parte, provido.”*

*(RE 407099, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 22/06/2004, DJ 06-08-2004 PP-00062 EMENT VOL-02158-08 PP-01543 RJADCOAS v. 61, 2005, p. 55-60 LEXSTF v. 27, n. 314, 2005, p. 286-297).*



CRLC

Nº 70069424224 (Nº CNJ: 0152616-91.2016.8.21.7000)  
2016/CÍVEL

*Na hipótese, a Agravada é empresa estatal de capital misto, cuja atuação se limita, exclusivamente, à prestação do serviço público de exploração de infraestrutura rodoviária mediante a cobrança de pedágios públicos comunitários. Logo, encontram-se preenchidos os requisitos necessários ao reconhecimento de sua imunidade.*

*Portanto, a Agravada goza da imunidade tributária prevista no artigo 150, inciso VI, alínea a, da Constituição da República, motivo pelo qual é de ser mantida a decisão agravada.*

Ante o exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso.

**DES. NEWTON LUÍS MEDEIROS FABRÍCIO** - De acordo com o(a) Relator(a).

**DES. IRINEU MARIANI (PRESIDENTE)**

Sem embargo da respeitabilidade do voto do eminente relator, bem assim da sentença, e reconhecendo que o tema é polêmico, aliás, como soe no Direito Tributário, peço vênia para acolher a apelação, a fim de julgar improcedente a ação anulatória de lançamento de ISS por serviços de pedágio.

1. A previsão de ISS está prevista no item 22.01 da Lista Anexa à LC 116/03, que diz: “*Serviços de exploração de rodovia mediante cobrança de preço ou pedágio dos usuários, envolvendo execução de serviços de conservação, manutenção, melhoramentos para adequação de capacidade e segurança de trânsito, operação, monitoração, assistência aos usuários e outros serviços definidos em contratos, atos de concessão ou de permissão ou em normas oficiais.*”

A questão *sub judice* consiste em definir:

**(a)** se a Empresa Gaúcha de Rodovias – EGR, cujo objeto social é a exploração da infraestrutura rodoviária mediante a cobrança de pedágios públicos e comunitários, está ou não sujeita ao ISS por serviços previstos no item 22.01 da Lista; ou

**(b)** se a EGR faz jus à **imunidade recíproca**, prevista na alínea a do inciso VI do art. 150 da CF, pela qual a União, Estados, DF e Municípios não podem cobrar “*uns dos outros*” impostos sobre o patrimônio, renda ou serviços, o que se estende “*às autarquias e às fundações instituídas e mantidas pelo Poder*



CRLC

Nº 70069424224 (Nº CNJ: 0152616-91.2016.8.21.7000)  
2016/CÍVEL

*Público, no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços, vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes” (§ 2º).*

**1.1** – Se se entender que a EGR faz jus à imunidade recíproca porque presta **serviço público**, isso não se aplica tão só à ela, empresa pública, portanto, capital 100% público, e pessoa jurídica de direito privado, mas a todas as demais que de igual modo têm por objeto social a exploração de infraestrutura de rodovias mediante a cobrança de pedágios, sob pena de se privilegiar a EGR.

Assim, como todas as empresas que prestam os mencionados serviços, sejam públicas, sejam economias mistas, sejam inteiramente privadas, quer dizer, como não há possibilidade de excluir uma ou outra empresa do item 22.01 da Lista, pois todas prestam o mesmo serviço, o próprio item é inconstitucional, e por decorrência incide a Súmula Vinculante nº 10, que diz: “*Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, art. 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declara expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.*”

**1.2** – Porém, segundo o meu entendimento, considero essa questão prejudicada porque entendo que não há eiva de inconstitucionalidade, na medida em que se impõe distinguir serviços públicos: **(a)** prestados em caráter público; e **(b)** prestados em caráter privado.

Vou ser breve e objetivo, pois o voto do eminente relator esgota o exame da matéria, com jurisprudência a respeito da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – EBTC, da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária – INFRAERO e das companhias de serviços de administração portuária, e minha divergência é restrita à questão dos serviços públicos **prestados em caráter público** – e neles se inserem os prestados pelas entidades referidas –, e dos serviços públicos **prestados em caráter privado**, que é o caso da EGR.

Por conseguinte, o caso sub judice encontra similar no caso dos serviços de registros públicos, também serviços públicos, mas prestados em caráter privado, e por isso o STF decidiu pela sujeição do ISS, conforme a seguinte ementa:



CRLC

Nº 70069424224 (Nº CNJ: 0152616-91.2016.8.21.7000)  
2016/CÍVEL

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. ITENS 21 E 21.1. DA LISTA ANEXA À LEI COMPLEMENTAR 116/2003. INCIDÊNCIA DO IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA - ISSQN SOBRE SERVIÇOS DE REGISTROS PÚBLICOS, CARTORÁRIOS E NOTARIAIS. CONSTITUCIONALIDADE.

Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada contra os itens 21 e 21.1 da Lista Anexa à Lei Complementar 116/2003, que permitem a tributação dos serviços de registros públicos, cartorários e notariais pelo Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISSQN. Alegada violação dos arts. 145, II, 156, III, e 236, *caput*, da Constituição, porquanto a matriz constitucional do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza permitiria a incidência do tributo tão-somente sobre a prestação de serviços de índole privada. Ademais, a tributação da prestação dos serviços notariais também ofenderia o art. 150, VI, a e §§ 2º e 3º da Constituição, na medida em que tais serviços públicos são imunes à tributação recíproca pelos entes federados. As pessoas que exercem atividade notarial não são imunes à tributação, porquanto a circunstância de desenvolvem os respectivos serviços com intuito lucrativo invoca a exceção prevista no art. 150, § 3º, da Constituição. O recebimento de remuneração pela prestação dos serviços confirma, ainda, capacidade contributiva. A imunidade recíproca é uma garantia ou prerrogativa imediata de entidades políticas federativas, e não de particulares que executem, com inequívoco intuito lucrativo, serviços públicos mediante concessão ou delegação, devidamente remunerados. Não há diferenciação que justifique a tributação dos serviços públicos concedidos e a não-tributação das atividades delegadas. Ação Direta de Inconstitucionalidade conhecida, mas julgada improcedente.

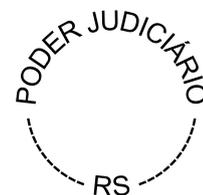
(ADIn nº 3089, Tribunal Pleno, Relator Min. Carlos Brito, Redator do Acórdão Min. Joaquim Barbosa, em 13-2-08, DJ Eletrônico 142, de 31-7-08).

2. Nesses termos, renovada vênua, provejo, a fim de julgar improcedente o pedido inicial, invertida a sucumbência, com atualização dos honorários pelo IGP-M desde a sentença, com juros moratórios mensais de 1% a partir do trânsito em julgado (CPC/2015, art. 85, § 16).

É o voto.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



CRLC

Nº 70069424224 (Nº CNJ: 0152616-91.2016.8.21.7000)  
2016/CÍVEL

**DES. IRINEU MARIANI** - Presidente - Apelação Cível nº 70069424224, Comarca de Porto Alegre: "PROSSEGUINDO NO JULGAMENTO, VOTARAM OS DESEMBARGADORES LÚCIA E RICARDO, PASSANDO O RESULTADO A SER O SEGUINTE: POR MAIORIA DESPROVERAM A APELAÇÃO, VENCIDO O DESEMBARGADOR MARIANI QUE A PROVEU."

Julgador(a) de 1º Grau: JOAO PEDRO CAVALLI JUNIOR