AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.134.564 - SP (2017/0169963-4)

RELATOR	**:**	**MINISTRO SÉRGIO KUKINA**
AGRAVANTE	:	CONCESSIONARIA DO SISTEMA ANHANGUERA-BANDEIRANTES S/A
ADVOGADOS	:	CÂNDIDO DA SILVA DINAMARCO E OUTRO(S) - SP102090 MAURÍCIO GIANNICO - SP172514 MARCOS DOS SANTOS LINO - SP271262 MARIA FLAVIA JUNQUEIRA FRANCO MACARIMI - SP365939
AGRAVADO	:	COMPANHIA PAULISTA DE FORÇA E LUZ
ADVOGADOS	:	JOSE EDGARD DA CUNHA BUENO FILHO - SP126504 JONATAS DE SOUZA FRANCO - SP223425 WILLIAN LOSNAK RIZZARDI E OUTRO(S) - SP275247

DECISÃO

Trata-se de agravo manejado pela **CONCESSIONÁRIA DO SISTEMA ANHANGUERA - BANDEIRANTES S.A. - AUTOBAN** contra decisão que não admitiu recurso especial, este interposto com fundamento no art. 105, III, *a* e *c*, da CF, desafiando acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado (fl. 973):

> *"APELAÇÃO - Concessionária de serviço público - Uso de faixa de domínio pertencente a outra concessionária de serviço público - Cobrança de preço público - Impossibilidade - Ausência de previsão legal - Sentença de procedência - Decisão mantida - Recurso desprovido."*

Opostos embargos declaratórios, foram rejeitados.

Nas razões do recurso especial, a parte agravante aponta violação aos arts. 11, da Lei n. 8.987/95 (Lei de Concessões); 2º, § 1º, da LINDB; 103 do Código Civil; 131, 535, II, 538, parágrafo único, do CPC/73.

De início, sustenta que o acórdão recorrido incorreu em omissão.

Aduz dissídio jurisprudencial acerca da possibilidade da remuneração pelo uso das faixas de domínio. Alega, também, que o acórdão recorrido violou a Lei de Concessões, ao negar à agravante o direito de auferir receita de caráter acessório decorrente do uso das faixas de domínio por ela administradas. Defende que o acórdão

incorreu em violação ao Código Civil, que claramente prevê a possibilidade de remuneração pelo uso dos bens públicos, seja pelo uso comum ou pelo uso especial, como no caso em comento. Afirma, também, que "*Ao contrário do que se dá com o uso comum dos bens de uso comum, o uso especial dos bens de uso comum sujeita-se a autorização específica do poder público para tanto competente, no caso, a Agência Reguladora de serviços Públicos Delegados de Transporte do Estado de São Paulo - Artesp (lembre-se que a competência do DER cessou em relação às rodovias concedidas).*" (fl. 1070). Em acréscimo, alega que qualquer obra de concessionária de energia elétrica em faixas de domínio de rodovias federais, estaduais ou municipais configura o uso especial de bem público de uso comum, legitimando a cobrança de preço.

Por outro lado, também aduz dissídio jurisprudencial a respeito da imposição de multa nos embargos de declaração. Nesse ponto, alega violação à legislação processual, pois foi indevida a aplicação de multa, pois seus embargos tinham nítido propósito de prequestionamento.

É o relatório.

Registre-se, de logo, que o acórdão recorrido foi publicado na vigência do CPC/73; por isso, no exame dos pressupostos de admissibilidade do recurso, será observada a diretriz contida no Enunciado Administrativo n. 2/STJ, aprovado pelo Plenário do STJ na Sessão de 9 de março de 2016 (*Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/73 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*).

De início, é deficiente a fundamentação do recurso especial em que a alegação de ofensa ao art. 535 do CPC se faz de forma genérica, sem a demonstração exata dos pontos pelos quais o acórdão se fez omisso, contraditório ou obscuro. Aplica-se, na hipótese, o óbice da Súmula 284 do STF. Nesse mesmo sentido são os seguintes precedentes: **AgRg no REsp 1.084.998/SC**, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 12/3/2010; **AgRg no REsp 702.802/SP**, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma DJe 19/11/2009, e **REsp 972.559/RS**, Rel.

Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, DJe de 9/3/2009.

No mais, o recurso comporta êxito.

Com efeito, o Superior Tribunal de Justiça possui firme entendimento no sentido de que a multa aplicada nos embargos declaratórios deve ser afastada no caso em que estes tenham sido opostos com nítido propósito de prequestionamento, porquanto ausente, na espécie, seu caráter protelatório, nos termos da Súmula 98 do STJ.

Nesse sentido, confiram-se:

> *"DIREITO PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. MULTA PREVISTA NO ART. 538, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC. EXCLUSÃO.*
> *1. O Superior Tribunal de Justiça, através da Súmula nº 98, entende ser inaplicável a multa prevista no art. 538, parágrafo único, do CPC, quando os embargos declaratórios demonstram notório intuito de prequestionamento para viabilizar o recurso especial.*
> *2. Embargos de declaração acolhidos."*
> (**EDcl nos EDcl no AgRg no Ag 1.273.522/SP**, Relator Ministro Desembargador Convocado do TJ/RJ ADILSON VIEIRA MACABU QUINTA TURMA, DJe 19/5/2011).
>
> *"AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS INFRINGENTES. RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO CONTRA PARTE UNÂNIME. REITERAÇÃO DAS RAZÕES RECURSAIS. INTEMPESTIVIDADE. AFASTAMENTO. DANO MORAL. VALOR ADEQUADO. INTERVENÇÃO DO STJ NÃO JUSTIFICADA. EMBARGOS DE*
> *DECLARAÇÃO. PREQUESTIONAMENTO. CARÁTER PROTELATÓRIO NÃO VERIFICADO. SÚMULA 98/STJ.*
> *[...]*
> *4. Este Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento no sentido de que 'os embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não tem caráter protelatório' (Súmula 98).*
> *5. Agravo regimental parcialmente provido."* (**AgRg no Ag 568.367/PR**, RELATORA MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI QUARTA TURMA, DJe 4/2/2011).
>
> *"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. MANDADO DE SEGURANÇA. FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. MULTA DO ART. 538 DO CPC. SÚMULA 98/STJ.*

> *INAPLICABILIDADE.*
> *1. (...)*
> *2. Afasta-se a multa do art. 538 do CPC, pois os Embargos de Declaração opostos para fins de prequestionamento não têm caráter protelatório. Incidência da Súmula 98 desta Corte.*
> *3. Agravo Regimental provido."* (**AgRg no REsp 1.034.351/SP**, Relator Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe 19/5/2009).
>
> *"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. JUROS DE MORA. TERMO INICIAL. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. SÚMULA N.º 188 DO STJ. JULGAMENTO. EXTRA PETITA. ERROR IN PROCEDENDO. ANULAÇÃO. EXCLUSÃO DA MULTA DO ART. 538, DO CPC - SÚMULA 98 DO STJ.*
> *[...]*
> *7. Exclusão da multa imposta com base no art. 538, parágrafo único, do CPC, ante a ratio essendi da Súmula 98 do STJ.*
> *8. Recurso especial provido."* (**REsp 963.470/RS**, Relator Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, DJe 1º/10/2008).

No caso concreto, observa-se que o recorrente opôs embargos declaratórios com o objetivo de viabilizar a abertura da via especial. Assim, na linha da firme jurisprudência do STJ, a multa imposta em razão da oposição dos aclaratórios (art. 1.026, § 2º, do novo CPC/15) deve ser afastada, nos termos da Súmula 98/STJ ("*Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório.*").

Quanto ao mérito, vale anotar que o Tribunal local manteve a inexigibilidade de cobrança pela utilização de faixa de domínio da rodovia administrada pela parte agravante pelos seguintes fundamentos (fl. 976):

> *Embora se trate de duas concessionárias de serviços públicos, tendo direito à exploração comercial, com base no contrato de concessão, a área é bem público e a obra que a segunda quer implantar em área explorada pela primeira se destina a melhoria de serviço público essencial - instalação de postes de energia elétrica, devendo, neste caso prevalecer o interesse público sobre o interesse privado.*
> *Tem razão a apelante ao afirmar que tem direito ao pagamento de preço público ao ser utilizado faixa pertencente a seu domínio. No entanto, não pode ser dado o enfoque por ela pretendido. Esta cobrança é devida apenas quando a faixa for utilizada por empresa privada que não desempenhe serviços*

públicos, que não é o caso da autora.

Como se vê, o acórdão recorrido está em dissonância com o entendimento da Primeira Seção deste Superior Tribunal, que no julgamento do **EREsp 985.695/RJ** (Rel. Ministro Humberto Martins, DJe 12/12/2014), firmou entendimento de que o poder concedente, com base no art. 11 da Lei nº 8.987/95, poderá estabelecer, no edital de licitação, a possibilidade de a concessionária obter fontes de "*receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, para favorecer a modicidade das tarifas*". Por oportuno, merece transcrição a ementa do referido precedente:

> *ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. CONCESSÃO. RODOVIA. DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. COBRANÇA PELO USO DE FAIXA DE DOMÍNIO. ART. 11 DA LEI 8.987/95. POSSÍVEL DESDE QUE PREVISTA NO CONTRATO. CASO SOB ANÁLISE. PREVALÊNCIA DA DISPOSIÇÃO LEGAL. MANUTENÇÃO DO ENTENDIMENTO DA PRIMEIRA SEÇÃO EXPLICITADO NO ACÓRDÃO PARADIGMA. PROVIMENTO.*
> *1. Cuida-se de embargos de divergência interpostos contra acórdão que consignou não ser possível - no caso - a cobrança de concessionária de distribuição energia elétrica pelo uso da faixa de domínio de rodovia concedida, em razão da existência do Decreto n. 84.398/80.*
> *2. É trazido paradigma da Primeira Seção no qual foi apreciado caso similar, quando se debateu a extensão interpretativa do art. 11 da Lei n. 8.987/95 (Lei de Concessões e Permissões) e a possibilidade de cobrança pelo uso de rodovia por outras empresas concessionárias.*
> *3. No acórdão paradigma está firmado que o art. 11 da Lei n. 8.987/95 autoriza a cobrança de uso de faixas de domínio, mesmo por outra concessionária de serviços públicos, desde que haja previsão no contrato de concessão da rodovia, em atenção à previsão legal.*
> *4. Deve prevalecer o entendimento firmado pela Primeira Seção, que se amolda com perfeição ao caso: "Poderá o poder concedente, na forma do art. 11 da Lei n. 8.987/95, prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas. (...) No presente caso, há a previsão contratual exigida*

> *no item VI, 31.1, da Cláusula 31" (REsp 975.097/SP, Rel. Ministra Denise Arruda, Rel. p/ Acórdão Ministro Humberto Martins, Primeira Seção, julgado em 9.12.2009, DJe 14.5.2010).*
> *Embargos de divergência providos.*
> (**EREsp 985.695/RJ**, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe 12/12/2014)

Nesse mesmo sentido, sobressai recente julgado da Primeira Turma:

> *ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. RAZÕES INSUFICIENTES À MODIFICAÇÃO DO ENTENDIMENTO PROFERIDO NA DECISÃO AGRAVADA. CONSOLIDAÇÃO DO ENTENDIMENTO ATRAVÉS DE RECENTE PRECEDENTE DA 1a. SEÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.*
> *1. A Primeira Seção desta Corte Superior ao julgar os EREsp. 985.695/RJ, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe 12.12.2014, consolidou o entendimento sobre a aplicabilidade do art. 11, da Lei 8.987/95 que autoriza a cobrança pelo uso da faixa de domínio da rodovia por outra concessionária, para passagem de linha de energia, no mesmo sentido da decisão agravada.*
> *2. As demais alegações da Agravante não veicularam razões recursais suficientes para infirmar os sólidos fundamentos da decisão recorrida.*
> *3. Não está o julgador obrigado a rebater um a um os argumentos utilizados pela parte, conquanto que resolva a lide de maneira clara, suficiente e fundamentada com os elementos constantes dos autos. Precedentes.*
> *4. Agravo Regimental desprovido.*
> (**AgRg no REsp 1.296.954/SP**, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, DJe 7/4/2015)

Ante o exposto, **conheço do agravo e dou parcial provimento ao recurso especial** a fim de afastar da condenação ao pagamento da multa prevista no art. 538 do CPC/73, bem como para determinar o retorno dos autos à origem, para que se examine a questão à luz da jurisprudência desta Corte, ou seja, se existe previsão contratual a permitir que a concessionária agravante efetue cobrança pela utilização das faixas de domínio.

Publique-se.

Brasília (DF), 20 de fevereiro de 2019.

MINISTRO SÉRGIO KUKINA
Relator