AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.417.738 - RJ (2018/0335100-4)

RELATOR	**:**	**MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES**
AGRAVANTE	:	OI S.A. - EM RECUPERACAO JUDICIAL
ADVOGADO	:	JOSE ROBERTO DE ALBUQUERQUE SAMPAIO - RJ069747
ADVOGADOS	:	ANA TEREZA BASILIO E OUTRO(S) - RJ074802
		BRUNO DI MARINO - RJ093384
		MARIA BEATRIZ DE SOUZA MOREIRA - RJ165758
		AMANDA CHAVES RODRIGUES - RJ186254
AGRAVANTE	:	AGENCIA NACIONAL DE TELECOMUNICACOES
AGRAVADO	:	OS MESMOS

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 03/STJ. AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. ONERAÇÃO DE BENS REVERSÍVEIS. CONTRATO DE CONCESSÃO. MULTA. VIOLAÇÃO DO ART. 1.022 DO CPC/2015. NÃO OCORRÊNCIA. ACÓRDÃO BASEADO NA INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS E NO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. SÚMULAS 5 E 7/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. EXAME PREJUDICADO. AGRAVO CONHECIDO PARA CONHECER PARCIALMENTE DO RECURSO ESPECIAL E, NESSA EXTENSÃO, NEGAR-LHE PROVIMENTO.

DECISÃO

Trata-se de agravo interposto por OI S.A. - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL em face de decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região, que negou admissibilidade a recurso especial manejado contra acórdão cuja ementa assim se resume (e-STJ fl. 2775):

> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ANULATÓRIA. ANATEL. ONERAÇÃO DE BENS REVERSÍVEIS. MULTA APLICADA CONFORME CONTRATO DE CONCESSÃO. REGULAMENTAÇÃO SUFICIENTE. AGRAVO RETIDO. PRODUÇÃO DE PROVAS INDEFERIDA. DECISÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. AUSÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA. HONORÁRIOS MANTIDOS.

Opostos embargos de declaração, negaram provimento.

Nas razões do recurso especial, interposto com base nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional, a recorrente, além de divergência jurisprudencial, aponta a violação aos arts. 7º, 370, parágrafo único, e 1.022, II, do CPC/2015, 18, X, 23, X, e 35, § 1°, da Lei n° 8.987/95, 19, 22, IV, 38, 42, 176 e 179, *caput* e §1°, da Lei n° 9.472/97, e 106, III, "c", do CTN.

Em síntese, sustenta que: a) o v. acórdão deixou de se pronunciar sobre questões suscitadas nos aclaratórios; b) é necessária produção de prova pericial e testemunhal; c) resta impossível a imposição de multa à recorrente, ante a inexistência, à época dos fatos,

de regulamentação e inventário de bens reversíveis, sob pena de flagrante afronta ao princípio da legalidade, que deve pautar, necessariamente, a atuação da recorrida; d) ausente razoabilidade e proporcionalidade nas sanções aplicadas; e) a metodologia de cálculo não foi objeto de Consulta Pública e, tampouco, teve seu teor aprovado pelo Conselho Diretor da autarquia federal; f) necessária a aplicabilidade das atenuantes previstas na Resolução n° 589/2012, ante a retroatividade das normas mais benignas.

A inadmissão do recurso especial se fez à consideração de que os embargos de declaração foram devidamente apreciados, bem como rever o entendimento conforme a pretensão recursal resta inviável ante os óbices das Súmulas 5, 7 e 83/STJ, além de que o alegado dissídio jurisprudencial não foi devidamente comprovado pela recorrente.

Nas razões de agravo, postula o processamento do recurso especial, haja vista ter cumprido todos os requisitos necessários à sua admissão.

Parecer do Ministério Público Federal (e-STJ fls. 3200/3215) pelo provimento do agravo para não conhecimento do recurso especial.

É o relatório. Passo a decidir.

Necessário consignar que o presente recurso atrai a incidência do Enunciado Administrativo 3/STJ*: "Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC"*.

Presentes os pressupostos de admissibilidade do agravo, passo ao exame do especial.

A pretensão não merece prosperar.

Isso porque, sem razão a parte recorrente quanto à alegada violação ao artigo 1.022, II, do CPC/2015 sob a alegação de que a Corte *a quo* se omitiu sobre a nulidade da multa imposta pela ANATEL porquanto as sanções padecem de vício de legalidade, sem prévia e expressa previsão legal, a ausência de regulamentação à época da fiscalização e a necessidade da aplicação das atenuantes, com a incidência, ao caso, da Resolução n° 589/2012, por ser mais benéfica.

Cumpre asseverar que o Tribunal *a quo*, cumprindo com a devida prestação jurisdicional, consignou expressamente no julgamento dos embargos de declaração, *verbis*:

> (...)
>
> Com efeito, o v. acórdão foi claro ao consignar a irrelevância do art. 101 da Lei n° 9.472/1997 ser posterior à instauração dos PADOs, tendo em vista que contrato de concessão já fornecia todo o arcabouço que impedia a oneração de bens reversíveis sem a autorização da ANATEL.
>
> Não deixou dúvidas, igualmente, o decisum embargado, no que toca à suposta violação ao princípio da legalidade, firmando entendimento no sentido da legitimidade da edição, pela ANATEL, da Resolução n° 344/2003, com base em autorização concedida pela LGT, sendo certo que tal ato normativo não desborda dos limites legais por ela impostos, mas sim, se escora nos critérios normativos pela lei delineados.
>
> Por fim, a questão relativa à aplicação das atenuantes, com base na Resolução n° 589/2012, é estranha aos autos, não podendo, portanto, configurar omissão capaz de justificar a oposição de embargos de declaração. (e-STJ fl. 2814)

Percebe-se, desde logo, que não há falar em violação ao artigo 1.022 do

CPC/2015, porquanto houve efetivamente o enfrentamento da controvérsia posta nos autos e necessária à solução da lide, de modo que não há que se falar em ausência de prestação jurisdicional.

Registra-se que o Poder Judiciário não está obrigado a emitir expresso juízo de valor a respeito de todas as teses e artigos de lei invocados pelas partes, bastando para fundamentar o decidido fazer uso de argumentação adequada, ainda que não espelhe quaisquer das linhas de argumentação invocadas.

Nesse sentido:

> ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 489, § 1º E 1.022, II, DO CPC/15. ACÓRDÃO BASEADO EM FUNDAMENTAÇÃO EMINENTEMENTE CONSTITUCIONAL MATÉRIA INSUSCETÍVEL DE SER EXAMINADA EM RECURSO ESPECIAL.
> 1. Verifica-se não ter ocorrido ofensa aos arts. 489, § 1º e 1.022, II do CPC/15, na medida em que o Tribunal de origem dirimiu, fundamentadamente, as questões que lhe foram submetidas, apreciando integralmente a controvérsia posta nos presentes autos.
> 2. A Corte de origem decidiu a controvérsia à luz de fundamentos eminentemente constitucionais, circunstância que torna imprópria a análise da insurgência pelo STJ em recurso especial.
> 3. Agravo interno a que se nega provimento.
> (AgInt no REsp 1630265/RS, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/11/2016, DJe 06/12/2016)

Ademais, como é cediço, a omissão apta a ensejar os aclaratórios é aquela advinda do próprio julgamento e prejudicial à compreensão da causa, e não aquela que entenda o embargante.

Assim, não havendo no acórdão recorrido a existência de vício que caracterize ausência de prestação jurisdicional, e estando fundamentada a decisão, não fica caracterizada ofensa ao citado dispositivo.

No tocante à suposta ofensa aos dispositivos indicados, o Tribunal de origem, soberano na análise dos elementos probatórios dos autos e na interpretação de cláusulas do contrato de concessão, concluiu pela legalidade dos PADOs e das multas aplicadas pela agência reguladora. A propósito, os seguintes trechos do acórdão recorrido (e-STJ fls. 2767/2773), *verbis*:

> (...)
> No mérito, o compulsar dos autos revela terem sido os PADOs objeto da presente ação instaurados em virtude de terem os membros da equipe de trabalho de acompanhamento da situação organizacional e de gestão da concessionária verificado ter esta oferecido bens reversíveis como garantia em ações judiciais sem a anuência prévia da agência reguladora, o que violaria o art. 101 da Lei n° 9.472/1997 (fls. 110 e 395).
> Após regular desenvolvimento dos PADOs, foi proferida decisão aplicando multa no valor total, à época, de R$ 3.323.181,19 (fls. 182 e 754/755)
> É o seguinte o teor do dispositivo legal tido por violado:
>
> > Art. 101. A alienação, oneração ou substituição de bens reversíveis dependerá de prévia aprovação da Agência.

Por sua vez, o Anexo n° 01 do contrato referente à concessão do serviço telefônico fixo comutado na modalidade local, celebrado entre as partes ora Apelantes, qualifica os bens reversíveis da prestação do serviço telefônico fixo comutado local, como sendo os seguintes: infraestrutura e equipamentos de comutação, transmissão incluindo terminal de uso público; infraestrutura e equipamentos de rede externa; infraestrutura de equipamentos de energia e ar condicionado; infraestrutura e equipamentos de Centos de Atendimento e de Prestação de Serviço; infraestrutura e equipamentos de sistemas de suporte e operação; outros indispensáveis à prestação do serviço.

O que se verifica é que o contrato de concessão já previa a qualificação dos bens reversíveis, o que derruba a alegação de que a genérica previsão do art. 101 da Lei Geral de Telecomunicações (Lei n° 9.472/1997) não traz subsídios para regular a obrigação das concessionárias em resguardar tais bens, nem para amparar sanção por suposto descumprimento dessa obrigação, o que só teria surgido com o advento da Resolução n° 447/2006.

Com efeito, ocorreu violação ao texto da lei, que traz a necessidade de prévia autorização da agência reguladora para alienação, oneração ou substituição de bens reversíveis, os quais encontram-se devidamente qualificados no contrato de concessão.

Ou seja, indiferente que a regulamentação do art. 101 da Lei n° 9.472/1997 seja posterior à instauração dos PADOs, tendo em vista que o contrato de concessão já fornecia todo o arcabouço que impedia a oneração de bens reversíveis sem a autorização da ANATEL, prevendo, inclusive, no parágrafo único de sua cláusula 22.2, que "os bens reversíveis serão transferidos à ANATEL livres de quaisquer ônus ou encargos, observada a hipótese do parágrafo 2º da cláusula seguinte".

Dessa forma, sendo a concessionária conhecedora do contrato celebrado com a agência reguladora, bem como da lei que rege o setor em que atua, não há como se sustentar a nulidade da multa aplicada ao argumento de ausência de regulamentação suficiente à época da instauração dos PADOs.

(...)

A leitura dos Informes n°s 54/2008 e 145/2008 (fls. 175/180 e 744/755) revela terem sido levadas em consideração, para a fixação do valor da multa, as disposições contidas no contrato de concessão, cujo inciso VIII da cláusula 25.1 prevê a aplicação de multa, no valor de até R$ 10.000.000,00, por ato ou omissão que acarrete dano ou ponha em risco bens ou equipamentos vinculados à concessão. Com base nesse parâmetro, e levando em consideração o valor dos bens onerados, foi imposta multa equivalente a 1% destes valores.

Após a interposição de recurso administrativo, foi a sanção mantida, pelo Conselho Diretor, tal qual aplicada (fls. 367 e 1101), o que faz cair por terra a alegação de não ter o seu arbitramento passado pelo crivo daquele órgão.

Consoante já mencionado alhures, a análise, pelo Poder Judiciário, de questão relativa aos critérios utilizados pela fixação da multa, eqüivaleria a imiscuir-se indevidamente no mérito administrativo. Por certo, não se verificando qualquer violação aos princípios da legalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade na condução dos PADOs e na aplicação da sanção deles decorrente, não cabe ao Poder Judiciário reavaliar o mérito administrativo, sob pena de invadir competência reservada ao Poder Executivo.

> (...)
> Ora, a multa estipulada não viola as cláusulas do contrato celebrado, sendo certo, ainda, que o valor ali previsto não extrapola o limite máximo estabelecido pelo art. 179 da LGT (R$ 50.000.000,00), de modo que não se vislumbra qualquer ilegalidade, desproporcionalidade ou irrazoabilidade na sua imposição.
> No que tange á aplicação de metodologia mais benéfica para o cálculo da multa, o Informe n° 312/2010/PBOAC/PBOA revela-se alheio à questão debatida nestes autos, fazendo referência a outro PADO (n° 535000130332008), que não é objeto da presente demanda, razão pela qual não há como se pretender a sua incidência no caso em tela.

Nesse contexto, o julgado atrela-se ao contexto fático-probatório da causa e à interpretação de cláusulas do contrato de concessão e, para admitir entendimento contrário conforme a pretensão recursal, necessário que se adote o mesmo procedimento, o que todavia escapa ao âmbito do recurso especial diante das Súmulas 5 e 7/STJ ("A simples interpretação de cláusula contratual não enseja recurso especial" e "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial").

A propósito, os seguintes julgados:

> ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AFRONTA AO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. CONTRATO. VERIFICAÇÃO ACERCA DA OCORRÊNCIA DE QUITAÇÃO. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVA. SÚMULA 7 DO STJ. ANÁLISE DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. SUMULA 5/STJ.
> 1. Não ocorre contrariedade ao art. 535, inc. II, do CPC, quando o Tribunal de origem decide fundamentadamente todas as questões postas ao seu exame, assim como não há que se confundir entre decisão contrária aos interesses da parte e inexistência de prestação jurisdicional.
> 2. A instância ordinária entendeu que "a prova documental e a pericial produzidas comprovam que a ré não respeitou as datas acordadas para saldar as faturas, e, ao realizar os respectivos pagamentos, o fez somente com relação ao valor histórico das mesmas, desconsiderando o que foi ajustado nas cláusulas 9.1.1 e 9.1.3".
> 3. Nessas condições, para modificar as conclusões da Corte local, seria imprescindível o reexame das provas constantes dos autos, bem como das cláusulas contratuais ajustadas, o que é defeso em sede de recurso especial, nos termos preconizados nas Súmulas 5 e 7/STJ.
> 4. Agravo regimental a que se nega provimento
> (AgRg no AREsp: 572866/RJ, Relator: Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, DJe 20/11/2014).

> PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE COBRANÇA. CONTRATO ADMINISTRATIVO. PAGAMENTOS A MENOR. RESSARCIMENTO DE DIFERENÇAS. REVISÃO FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 7 DO STJ. INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. SÚMULA 5 DO STJ. 1. O Plenário do STJ decidiu que "aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (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" (Enunciado

> Administrativo n. 2).
> 2. A via especial é sede imprópria para a revisão fático-probatória dos autos, bem como para interpretação de cláusulas contratuais, sob pena de ofensa às Súmulas 7 e 5 do STJ, respectivamente.
> 3. No caso, o acórdão recorrido entendeu que os aditivos celebrados não poderiam ter alterado os termos dos acordos originários, reconhecendo haver saldo em favor das empresas agravadas, asseverando, ainda, que a falta de prestação de contas não foi motivo suficiente para que a agravante se eximisse do pagamento, pois tal encargo não constava do pacto original.
> 4. Agravo interno desprovido
> (AgInt no AREsp 398.832/ES, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/08/2017, DJe 19/09/2017).

Por fim, o entendimento desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que fica prejudicada a análise da divergência jurisprudencial quando a tese sustentada já foi afastada por óbice sumular no exame do recurso especial pela alínea 'a' do permissivo constitucional.

Neste sentido:

> ADMINISTRATIVO. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. APONTADA OFENSA AOS ARTS. 4º E 5º DA LINDB, 126 E 127 DO CPC/73. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. NORMA LOCAL. ANÁLISE. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 280/STF. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. ANÁLISE PREJUDICADA.
> 1. O STJ entende ser inviável o conhecimento do Recurso Especial quando os artigos tidos por contrariados não foram apreciados pelo Tribunal a quo, a despeito da oposição de Embargos de Declaração, haja vista a ausência do requisito do prequestionamento. Incide, na espécie, a Súmula 211/STJ.
> 2. O exame da controvérsia acerca do pagamento do adicional de insalubridade foi realizado com amparo na legislação local (Lei Municipal 1.863/2009 e Decreto Municipal 44/2009), sendo sua análise vedada na via Especial, consoante Súmula 280/STF, aplicável por analogia.
> 3. Prejudicada a análise da divergência jurisprudencial quando a tese sustentada esbarra em óbice sumular por ocasião do exame do Recurso Especial pela alínea "a" do permissivo constitucional.
> 4. Agravo Interno não provido. (AgInt no AREsp 932.880/PB, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/11/2016, DJe 17/11/2016)

Ante o exposto, com fulcro no art. 932, III e IV, do CPC/2015 c/c o art. 253, parágrafo único, II, b, do RISTJ, conheço do agravo para conhecer parcialmente do recurso especial e, nessa extensão, negar-lhe provimento.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília (DF), 20 de fevereiro de 2019.

MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES
Relator