AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.494.603 - SP (2019/0120206-3)

RELATOR	**:**	**MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES**
AGRAVANTE	:	TELEFÔNICA BRASIL S.A
ADVOGADOS	:	ARYSTOBULO DE OLIVEIRA FREITAS - SP082329 SILVIA LETICIA DE ALMEIDA - SP236637 FELIPE RODRIGUES GABRIEL PEREIRA - SP344749
AGRAVADO	:	COMPANHIA PAULISTA DE TRENS METROPOLITANOS - CPTM
ADVOGADO	:	FABIANA PAULOVICH DE ALENCAR - SP240120

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 3/STJ. FAIXA DE DOMÍNIO. USO. COBRANÇA. VIOLAÇÃO AO ART. 1.022 DO CPC/2015. CONFIGURAÇÃO. VÍCIO RELEVANTE NÃO SANADO NO JULGAMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AGRAVO CONHECIDO PARA DAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL.

DECISÃO

Trata-se de agravo de decisão que não admitiu recurso especial interposto pela Telefônica Brasil S.A. contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo assim ementado:

> FAIXA DE DOMÍNIO - Telecomunicação. Uso e ocupação por empresa de telefonia para implantação de infraestrutura. Remuneração devida à concessionária da ferrovia, em razão da utilização da faixa de domínio por parte da prestadora de serviço público, em razão da existência de previsão legal. Cobrança devida. Sentença reformada. RECURSO PROVIDO.

Os embargos de declaração foram rejeitados. No recurso especial, a recorrente aponta violação aos seguintes dispositivos: (a) arts. 1.022, I e II, e 489, § 1º, do CPC/2015, aduzindo que não foram sanados os vícios apontados nos embargos de declaração, referentes à interpretação da Lei 13.116/2015; (b) art. 12 da Lei 13.116/2015, ao argumento de que empresa que administra faixa de domínio que não possui contrato de licitação com o Poder Público não pode cobrar pelo seu uso; (c) arts. 99, II, e 103 do CC/2002, 2º, I, da Lei 9.472/1997, e 2º do Decreto Federal 84.398/1980, sustentando, em síntese, que *"a cobrança de preço público, tal como feito pela CPTM, pela utilização da referida malha ferroviária para instalação da infraestrutura da TELEFÔNICA, além onerar toda a sociedade, violando o princípio da modicidade das tarifas, não possui fundamento legal"* (fl. 509-e).

Houve contrarrazões.

A inadmissão do recurso especial se deu pelos seguintes fundamentos: (i) não houve violação aos arts. 489 e 1.022 do CPC/2015; (ii) não foi demonstra ofensa aos demais dispositivos legais indicados como violados; (iii) rever a posição da Turma Julgadora importaria ofensa à Súmula 7/STJ; e (iv) necessário reexame de direito local para acolhimento das alegações da recorrente (incidência da Súmula 280/STF).

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 816C5D5B-D64D-438C-8AC1-CD30B7970D36

O Ministério Público Federal, em seu parecer, opina pelo conhecimento do agravo e provimento do recurso especial, de forma seja determinado novo julgamento dos embargos de declaração opostos pela ora agravante na origem.

É o relatório. Passo a decidir.

Antes de mais nada, 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"*.

Conheço do agravo, porquanto infirmados os fundamentos lançados no juízo de admissibilidade.

Com razão a recorrente quando aponta violação ao art. 1.022 do CPC/2015. É que, mesmo com a oposição de embargos de declaração, a Corte de origem se recusou a se manifestar sobre as seguintes alegações (fls. 571/572-e):

> (...) 06. Pois bem, em que pese o v. acórdão ter concluído que a Embargante foi autorizada a utilizar as áreas de domínio, sem procedimento licitatório, o v. acórdão deixou de observar que apenas contratos que decorram de licitação são excetuados pelo artigo 12 da Lei n° 13.116/2015, sendo que os referidos contratos de licitação excetuados são aqueles referentes à exploração das faixas de domínio e/ou dos bens públicos de uso comum do povo, o que sequer se aplica ao presente caso considerando que a CPTM não é concessionária de ferrovia, mas sim empresa de economia mista, vinculada ao Governo do Estado de São Paulo: *Art. 12. Não será exigida contraprestação em razão do direito de passagem em vias públicas, em faixas de domínio e em outros bens públicos de uso comum do povo, ainda que esses bens ou instalações sejam explorados por meio de concessão ou outra forma de delegação, excetuadas aquelas cujos contratos decorram de licitações anteriores à data de promulgação desta Lei. (...)* 07. O v. acórdão simplesmente 'pulou' o termo licitação do grifo que fez na citação do artigo, não compreendendo ao certo a qual contrato de licitação, verdadeiramente, a Lei faz menção, para concluir que "a desoneração pretendida pela empresa apelada não encontra amparo na mencionada Lei n° 13.116/2015, porquanto o contrato de permissão de uso de faixa de domínio da ferroviafoifirmado em data anterior à sua Promulgação". 08. E é aí que está a contradição. Ao considerar a permissão de uso dada à TELEFÔNICA, não poderia concluir pela aplicação da exceção prevista no aludido artigo, pois a administração da ferrovia, pela CPTM, não decorre de contrato de licitação. 09. Ora Excelências, a exceção prevista na Lei 13.116/2015 não beneficia entidade estatal gestora de vias públicas e faixas de domínio, como é o caso da CPTM, pois as outorgas em seu favor não decorrem de licitação. 10. Portanto, o permissivo excepcional contido no artigo 12 da Lei 13.116/2015 não abarca o caso sub judice!

Na mesma linha é o parecer do Ministério Público Federal, da lavra do Subprocurador-Geral da República Brasilino Pereira dos Santos (fls. 756/757-e):

> (...) Colhe-se dos autos que, conquanto esta insurgência tenha sido efetivamente apresentada em sede de embargos declaratórios (basta conferir, para tanto, os parágrafos 6º [e seguintes] e 12 [e seguintes] dos aclaratórios de fls. 570/575), a Corte a quo os rechaçou por acórdão (fls.

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 816C5D5B-D64D-438C-8AC1-CD30B7970D36

> 588/591) que, em nossa opinião, data maxima venia, apresenta-se genérico e não aborda satisfatoriamente quaisquer dos apontamentos realizados. Para nós, os temas supramencionados são relevantes para o deslinde da controvérsia e podem ter o condão de modificar a conclusão adotada na origem, o que, na fase em que se encontra o presente feito, é tarefa que incumbe à Corte a quo, ante a necessidade de esclarecimento sobre importante questão atrelada ao conjunto fático-probatório, qual seja: a existência (ou não) de licitação prévia e a influência deste fato no julgamento da lide.

Como se trata de vício aparentemente relevante, cuja correção tem o potencial de alterar o resultado da demanda, impõe-se a anulação do acórdão dos embargos de declaração para que novo julgamento dos aclaratórios seja realizado, de forma sejam apreciadas as alegações em questão.

Nessa linha de consideração, citam-se:

> PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO ESPECIAL. ERRO MATERIAL. PREMISSA FÁTICA DOS AUTOS. ACOLHIMENTO. ACÓRDÃO EMBARGADO E DECISÕES ANTERIORES SEM FEITO. 1. A existência de erro material no acórdão embargado quanto às premissas fáticas conduz ao acolhimento da pretensão. 2. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos infringentes, para tornar sem efeito o acórdão embargado e as decisões anteriores. (EDcl no AgInt nos EDcl no REsp 1593753/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/06/2018, DJe 02/08/2018)

> PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITOS FISCAIS. DEMONSTRAÇÃO DE JULGAMENTO NAS INSTÂNCIAS DE ORIGEM COM BASE EM PREMISSA FÁTICA EQUIVOCADA. QUESTÕES RELEVANTES. AUSÊNCIA DE VALORAÇÃO. OMISSÃO CONFIGURADA. PREJUDICADO O RECURSO ESPECIAL DA PARTE CONTRÁRIA (QUE DISCUTE INFRAÇÃO À LEGISLAÇÃO QUE DISCIPLINA OS HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA). (...) 4. Está configurado o vício de omissão, pois a empresa opôs Embargos de Declaração para discutir a existência de omissão decorrente de premissa fática que, em seu entendimento, teria sido lançada com equívoco no acórdão hostilizado, isto é, a de que houve "mera discordância sem apontamento dos possíveis erros de apuração do fisco". (...) 10. Recurso Especial da concessionária de serviço de telefonia parcialmente provido, com determinação de remessa dos autos ao Tribunal a quo para novo julgamento dos aclaratórios. Prejudicado o Recurso Especial da Fazenda Nacional. (REsp 1693449/MS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/11/2017, DJe 19/12/2017)

Ante o exposto, com fulcro no art. 932, V, do CPC/2015 c/c o art. 253, parágrafo único, II, *c*, do RISTJ, conheço do agravo para dar provimento ao recurso especial, nos termos da fundamentação.

Publique-se. Intimem-se.

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 816C5D5B-D64D-438C-8AC1-CD30B7970D36

Brasília (DF), 05 de dezembro de 2019.

MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES
Relator

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 816C5D5B-D64D-438C-8AC1-CD30B7970D36