

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.379.302 - SP (2018/0270623-6)

RELATORA : MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES
AGRAVANTE : SAO PAULO PREVIDENCIA - SPPREV
AGRAVANTE : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : PAULA LUTFALLA MACHADO LELLIS E OUTRO(S) - SP150647
AGRAVADO : CELSO DOMINGOS DE FREITAS
AGRAVADO : ITAMAR CINTO
AGRAVADO : JAIR BONILHA
AGRAVADO : JULIO DE OLIVEIRA
AGRAVADO : MANOEL GOMES FELIPE NETO
AGRAVADO : NELSON ZANETTI
AGRAVADO : RICARDO TADEU DE GOIS
AGRAVADO : WILSON TIMOTEO DA SILVA
AGRAVADO : ADELIO PEREIRA
AGRAVADO : APARECIDO VERONA
ADVOGADOS : WELLINGTON DE LIMA ISHIBASHI E OUTRO(S) - SP229720
WELLINGTON NEGRI DA SILVA - SP237006

DECISÃO

Trata-se de Agravo em Recurso Especial, interposto pela SÃO PAULO PREVIDENCIA – SPPREV e outro, contra decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que inadmitiu o Recurso Especial, manejado com fundamento no art. 105, III, a, da Constituição Federal, contra acórdão assim ementado:

"AÇÃO ORDINÁRIA DE COBRANÇA - Pretensão ao recebimento de valores, relativos ao ALE, no período imprescrito, vantagem esta incorporada por força de ação mandamental - Conquanto diverso, hoje, o entendimento da E. Câmara acerca da matéria, e mais, embora não se possa falar na existência de coisa julgada em condições de vincular a decisão, no presente caso, é certo que não se afigura razoável pudesse prevalecer, quanto a período anterior àquele em que o órgão colegiado, em outros tempos, reconheceu o direito à incorporação do ALE, orientação atual - Recurso dos autores parcialmente provido" (fl. 281e).

Sustenta a parte agravante, nas razões do Recurso Especial, o seguinte:

"III. 1. DA PRESCRIÇÃO DA AÇÃO

Contrariamente ao que ficou decidido pelo Tribunal 'a quo', deve ser reconhecida a ocorrência da prescrição que antecede a presente ação, em observância aos artigos 1º e 3º do Decreto nº 20.910/32.

(...)

À vista disso, as recorrentes requerem seja reconhecida a PRESCRIÇÃO do direito dos autores, com relação às parcelas

devidas anteriormente ao quinquênio que antecede a propositura desta ação, extinguindo-se o processo, nesta parte, com base no artigo 269, inciso IV, do Código de Processo Civil.

Outrossim, cumpre salientar que o mandado de segurança impetrado anteriormente pela AORRPM NÃO tem o condão de interromper o lapso prescricional desta ação.

Isto porque, à evidência, na aludida ação mandamental o provimento jurisdicional postulado diverge totalmente do pedido deduzido nesta ação ordinária. Na primeira, busca-se impugnar ATO DE AUTORIDADE, sendo que nesta ação a pretensão deduzida cinge-se ao RECEBIMENTO DAS PARCELAS VENCIDAS RELATIVAS AO CHAMADO ADICIONAL DE LOCAL DE EXERCÍCIO - ALE.

E, de outra feita, a ação mandamental está sujeita ao prazo decadencial de 120 dias, ao passo que a presente ação tem, como visto, o prazo prescricional de 5 anos para sua propositura.

Assim, afigura-se totalmente injurídico e ilógico equiparar os provimentos jurisdicionais solicitados nas duas ações, bem como os seus respectivos prazos, para concluir que a propositura da ação mandamental teria interrompido o prazo prescricional desta ação ordinária.

(...)

Desse modo, considerando que a coisa julgada do MS Coletivo (nº 0600592-55.2008.8.26.00530) formou-se em abril de 2013, grande parte do valor pretendido pelos autores foi consumida pela prescrição.

III.2. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 2º-A, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI Nº 9.494/97

O v. Acórdão ora impugnado deve ser reformado por essa Colenda Corte, tendo em vista que os recorridos não instruíram a petição inicial com documento comprobatório da filiação à entidade de classe por ocasião da impetração do mandado de segurança coletivo. Importante ressaltar que os demonstrativos de pagamento anexados aos autos são todos recentes e não comprovam eventual filiação dos autores à época da impetração da ação mandamental.

No caso em exame, a Associação dos Oficiais de Reserva e Reformados da Polícia Militar do Estado de São Paulo - AORRPM agiu em seu nome, mas no interesse dos associados.

No momento da impetração do mandado de segurança coletivo, a impetrante delimitou subjetivamente a legitimação extraordinária, à medida que falava em nome daqueles associados que, naquele momento, faziam parte da associação.

(...)

A imposição da juntada da relação nominal dos filiados existentes à época da impetração do mandado de segurança coletivo, com a

petição inicial, constante do artigo 2º-A, parágrafo único, da Lei nº 9.494/1997, indica os limites subjetivos da relação jurídica processual, assim como futuros efeitos da coisa julgada que será formada.

A Associação dos Oficiais de Reserva e Reformados da Polícia Militar do Estado de São Paulo - AORRPM não tinha legitimação para postular direitos de futuros associados, mas somente daqueles que se encontravam filiados, no momento da impetração do mandado de segurança coletivo, a teor do disposto no referido artigo 2º-A, parágrafo único, Lei nº 9.494/1997" (fls. 294/298e).

Requer, ao final, "o conhecimento e provimento do presente recurso, para que seja reconhecida a violação ao artigo 2º-A, parágrafo único, da Lei nº 9.494/97 e ao artigo 1º do Decreto nº 20.910/32, nos termos expostos acima, com a consequente reforma do v. Acórdão ora impugnado" (fl. 298e).

Contrarrazões, a fls. 301/314e.

Negado seguimento ao Recurso Especial (fls. 387/388e), foi interposto o presente Agravo (fls. 391/395e).

Contraminuta, a fls. 398/405e.

Registre-se, de logo, que o acórdão recorrido foi publicado na vigência do novo CPC (fl. 291e).

A irresignação não merece acolhimento.

No caso, confira-se, no que interessa, o acórdão recorrido:

"E a contagem do lustro prescricional de que cuida a norma do artigo 3º do Decreto nº 20.910/32, por certo, dar-se-á, retroativamente, a partir da data do mandado de segurança coletivo, porquanto o direito à vantagem lá se viu reconhecido, não se tratando, por isto, de hipótese de suspensão de prazo prescricional" (fl. 285e).

Nesse contexto, ao contrário do que alega a parte agravante, acolher a pretensão recursal pressupõe o reexame do conjunto fático-probatório do feito, porquanto não é possível extrair do contexto fático delineado do acórdão recorrido as premissas necessárias à alteração de sua conclusão, atraindo a aplicação da Súmula 7/STJ.

A propósito, dentro inúmeros precedentes, o seguinte aresto:

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. SERVIDORES PÚBLICOS FEDERAIS. REAJUSTE DE 28,86%. EXECUÇÃO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTIVA. EXISTÊNCIA DE CAUSA DE INTERRUPÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL. ANÁLISE QUE EXIGE REEXAME DO ACERVO FÁTICO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

1. A parte recorrente defende o afastamento da prescrição partindo

do pressuposto de que propusera execução em 1999 na qualidade de substituta processual de toda a categoria, daí porque não há falar na ocorrência da prescrição relativamente à execução proposta posteriormente (em 2010), em decorrência de desmembramento determinado pelo juízo da execução. Ocorre que o Tribunal de origem assentou que a ação executiva de 1999 foi ajuizada em nome de apenas um grupo determinado de servidores (e não de toda a categoria), e que a execução que ora se discute envolve outros exequentes, os quais não buscaram a satisfação de seus créditos a tempo e hora. Nessas circunstâncias, o acolhimento das alegações do recorrente demanda reexame do conjunto fático-probatório dos autos, o que é vedado pela Súmula 7/STJ.

2. Agravo regimental não provido" (STJ, AgRg no AREsp 419.682/DF, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 04/12/2013).

Em relação à tese de violação ao art. 2º-A, Parágrafo único, da Lei 9.494/1997, tal como posta pela recorrente, observa-se que não foi debatida pelo Tribunal **a quo**. Portanto, inviável a apreciação, nesta Corte, ante a falta de prequestionamento, pelo Tribunal de origem, o que atrai incidência da Súmula 282 do STF "É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada".

Cumprе ressaltar que, nos termos do art. 1.025 do CPC/2015, "consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade".

Inferе-se, assim, da lei de regência, que, para a adoção do denominado prequestionamento ficto – segundo o qual a oposição dos Embargos de Declaração seria suficiente ao suprimimento do requisito do prequestionamento – faz-se necessário, além da invocação da questão, por ocasião dos Embargos de Declaração, opostos contra o acórdão do Tribunal de origem, que a Corte superior considere a existência de erro, omissão, contradição ou obscuridade no referido **decisum**, em razão da alegação de contrariedade ao art. 1.022 do CPC/2015, nas razões do Recurso Especial.

Sobre o tema, confira-se o seguinte precedente do STJ:

"CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. INVENTÁRIO. - LIQUIDAÇÃO PARCIAL DE SOCIEDADE LIMITADA. PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS PROPORCIONAIS ÀS COTAS INVENTARIADAS - HERDEIROS SÓCIOS EM CONDOMÍNIO - CABIMENTO - PRESCRIÇÃO DO DIREITO - NÃO OCORRÊNCIA.

01. Inviável o recurso especial na parte em que a insurgência

recursal não estiver calcada em violação a dispositivo de lei, ou em dissídio jurisprudencial.

02. Avaliar o alcance da quitação dada pelos recorridos e o que se apurou a título de patrimônio líquido da empresa, são matérias insuscetíveis de apreciação na via estreita do recurso especial, ante o óbice da Súmula 7/STJ.

03. Inviável a análise de violação de dispositivos de lei não prequestionados na origem, apesar da interposição de embargos de declaração.

04. **A admissão de prequestionamento ficto (art. 1.025 do CPC/15), em recurso especial, exige que no mesmo recurso seja indicada violação ao art. 1.022 do CPC/15, para que se possibilite ao Órgão julgador verificar a existência do vício inquinado ao acórdão, que uma vez constatado, poderá dar ensejo à supressão de grau facultada pelo dispositivo de lei.**

05. O pedido de abertura de inventário interrompe o curso do prazo prescricional para todas as pendengas entre meeiro, herdeiros e/ou legatários que exijam a definição de titularidade sobre parte do patrimônio inventariado.

06. Recurso especial não provido" (STJ, REsp 1.639.314/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, DJe de 10/04/2017).

Nesse contexto, em relação ao art. 2º-A, Parágrafo único, da Lei 9.494/1997, destaca-se que, além de os referidos dispositivos legais não terem sido apreciados, pelo acórdão recorrido, não foram opostos Embargos de Declaração, em 2º Grau, além de, no presente Recurso Especial, não se alegar violação ao art. 1.022 do CPC/2015, razão pela qual não restaram observados os requisitos previstos no art. 1.025 do CPC/2015, para fins de consideração do prequestionamento ficto.

Em face do exposto, com fundamento no art. 253, parágrafo único, II, a, do RISTJ, conheço do Agravo para não conhecer do Recurso Especial.

Em atenção ao disposto no art. 85, § 11, do CPC/2015 e no Enunciado Administrativo 7/STJ ("Somente nos recursos interpostos contra decisão publicada a partir de 18 de março de 2016 será possível o arbitramento de honorários sucumbenciais recursais, na forma do art. 85, § 11, do NCPC") e, considerando a sucumbência recíproca estabelecida pelas instâncias ordinárias, majoro os honorários advocatícios em 10% (dez por cento) sobre o valor já arbitrado, devido ao advogado da parte **recorrida**, respeitados os limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º do art. 85 do CPC/2015, sendo vedada a compensação, nos termos do § 14 do aludido dispositivo legal.

I.

Brasília (DF), 05 de fevereiro de 2019.

MINISTRA ASSUSETTE MAGALHÃES

Relatora

