

RECURSO ESPECIAL Nº 1.618.575 - PE (2016/0206451-0)

RELATORA : MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES
RECORRENTE : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL
RECORRIDO : ANTONI OGASPAR DE ALBUQUERQUE
ADVOGADO : JOSÉ GOMES DA ROCHA - PE009910

DECISÃO

Trata-se de Recurso Especial, interposto pelo INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, em 07/01/2016, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, publicado em 22/05/2015, assim ementado, **in verbis**:

"PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO JUDICIAL. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO: LITISPENDÊNCIA. FASE DE EXECUÇÃO. PROIBIÇÃO DE PAGAMENTO EM DUPLICIDADE.

I. Cuida-se de apelação: de sentença que julgou parcialmente procedentes

embargos à execução, extinguindo o processo sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, V, CPC, em relação a Antônio Gaspar de Albuquerque, Azor Ferreira, Dulce de Oliveira e Silva; Elza de Santana Silva; José de Juvêncio Pereira; Maria de Lourdes Caldas e Vasti Barreto de Oliveira.

II. Examinando os autos observa-se que, embora não exista litispendência entre ação individual e coletiva, deve ser mantida a sentença que excluiu os embargados da execução em comento, ao verificar que os mesmos executaram, individualmente, sentença proferida em ação coletiva, já em fase de precatório, sob pena de ocorrência de pagamento em duplicidade, caracterizando o enriquecimento ilícito.

III. Apelação improvida" (fl. 201e).

Opostos Embargos de Declaração por ANTÔNIO GASPAR DE ALBUQUERQUE E OUTROS (fls. 205/208e), foram eles providos – "para, atribuindo-lhes efeitos modificativos, dar parcial provimento à apelação para determinar o prosseguimento da execução em relação aos embargados, no que se refere às parcelas apuradas pela contadoria do juízo, abatidas as parcelas executadas em mandado de segurança" (fl. 217e) –, por acórdão publicado em 02/09/2015, cuja ementa segue:

"PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DECLARATÓRIOS.

EXISTÊNCIA DE OMISSÃO.

I. Trata-se de embargos de declaração opostos contra acórdão que negou provimento à apelação dos exequentes, mantendo a sentença que extinguiu o processo sem julgamento do mérito, em relação a alguns autores, sob o fundamento de que já executaram individualmente, sentença proferida em ação coletiva.

II. Os embargantes executaram a sentença proferida em mandado de segurança, relativa à GDAT, restando as prestações anteriores à impetração do mandado de segurança.

III. Embargos de Declaração providos. Atribuição de efeitos modificativos, para dar parcial provimento à apelação, determinando o prosseguimento da execução em relação aos embargados, no que se refere às parcelas apuradas pela contadoria do juízo, abatidas as parcelas executadas em mandado de segurança" (fl. 219e).

Em seguida, o INSS opôs Embargos Declaratórios (fls. 222/225e), os quais foram rejeitados pelo colegiado **a quo** (fls. 227/233e), por acórdão publicado em 23/11/2015.

Nas razões do Recurso Especial, fundamentado na alínea **a** do permissivo constitucional, aponta, primeiramente, contrariedade ao art. 535, II, do CPC/73, eis que o recurso de Embargos de Declaração, apresentado pelo recorrente, "não foi devidamente apreciado pelo Tribunal **a quo**, permanecendo as omissões quanto ao supracitados dispositivos e incorrendo em clara ofensa ao disposto no art. 535, II, do Código de Processo Civil Pátrio, cerceando, portanto, o direito constitucionalmente assegurado à tutela jurisdicional plena, alicerçada na ampla defesa (art. 5º, inc. LV, da CF)" (fls. 239/240e).

Sustenta, ainda, ofensa ao art. 741, VI, do CPC/73, argumentando que "os recorridos já foram agraciados com o pagamento da GDAT nas execuções originadas do Mandado de Segurança Coletivo impetrado pela ASFIPE, fato que acarretou a extinção da obrigação independentemente de ter sido paga neste ou em outro processo, vez que o objeto tanto de um como de outro é idêntico. Desse modo, a discussão sobre se há ou não litispendência perde folego e deve ser ultrapassada na medida que a obrigação relativa a GDAT foi extinta pelo pagamento" (fls. 241/242e).

Por fim, requer "sejam conhecidas e acolhidas as razões ora apresentadas para ANULAR o acórdão proferido no julgamento dos embargos de declaração, devolvendo-se os autos ao Eg. TRF-5ª Região, para que outro seja proferido com o necessário pronunciamento acerca da matéria apontada, relativamente ao art. 741, VI, do Código de Processo Civil. De outro lado, se acaso reconhecido por esta Corte Superior que está suficiente o prequestionamento em face da interposição dos embargos declaratórios, seja dado provimento ao presente recurso especial para, reformando-se o acórdão recorrido, na

esteira da correta interpretação a ser dada ao supracitado dispositivo legal, para manter, **in totum**, a sentença prolatada em primeiro grau de jurisdição" (fl. 242e).

Contrarrazões, a fls. 246/248e, pelo improvimento do recurso, ante a inexistência de omissão no julgado e a incidência da Súmula 7/STJ.

O recurso não merece ser conhecido.

Na origem, trata-se de Embargos à Execução, apresentados pelo INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, em face de execução de sentença promovida por ANTÔNIO GASPAR DE ALBUQUERQUE E OUTROS, objetivando a extinção do feito, "por já se encontrarem aguardando o pagamento dos precatórios relativos à GDAT, nas execuções originadas do Mandado de Segurança Coletivo n.º 99.017258-2, condenando-os no pagamento dos honorários advocatícios" (fls. 5/8e).

O Juízo de 1º Grau, "em face da caracterização de litispendência", extinguiu "o processo sem julgamento de mérito nos termos do art. 267, v, c/c art. 301, § 3º, do Código de Processo Civil, em relação aos embargados Antônio Gaspar de Albuquerque, Azor Ferreira, Dulce de Oliveira e Silva, Elza Rosa de Santana Silva, José de Juvêncio Pereira, Maria de Lourdes Caldas e Vasti Barreto de Oliveira" (fls. 169/171e).

Consignou a sentença que:

"Analisando a petição inicial dos autos principais (ação ordinária 2001.83.00.019508-3), e a documentação apresentada nestes autos às fls. 127/147, observa-se que há semelhança entre a presente ação e o Mandado de Segurança Coletivo de nº 99.017258-2, ambos em tramitação na 3ª Vara Federal, inclusive em fase de recebimento de Precatório. As partes são as mesmas, Antônio Gaspar de Albuquerque, Azor Ferreira, Dulce de Oliveira e Silva, Elza Rosa de Santana Silva, José de Juvêncio Pereira, Maria de Lourdes Caldas e Vasti Barreto de Oliveira contra o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS. Outrossim, a causa de pedir é idêntica, defendendo-se a inconstitucionalidade do §5º do art. 16 da MP 1915-1/99 e suas reedições. Por fim, os pedidos também são idênticos, pois visam o direito ao recebimento da Gratificação de Empenho de Atividade Tributária - GDAT" (fl. 170e).

De plano, o Tribunal de origem manteve a sentença, pois, "embora não exista litispendência entre ação individual e coletiva, deve ser mantida a sentença que excluiu os embargados da execução em comento, ao verificar que os mesmos executaram, individualmente, sentença proferida em ação coletiva (fls. 137/142), já em fase de precatório, sob pena de ocorrência de pagamento em duplicidade caracterizando o enriquecimento ilícito" (fl. 198e).

Opostos Embargos Declaratórios por ANTÔNIO GASPAR DE ALBUQUERQUE E OUTROS – à alegação de não ocorrência de litispendência –, restaram eles **providos** (fls. 216/219e), da seguinte maneira:

"Trata-se de embargos de declaração opostos contra acórdão que negou provimento à apelação dos exequentes, mantendo a sentença que extinguiu o processo sem julgamento do mérito, em relação a alguns autores, sob o fundamento de que já executaram individualmente, sentença proferida em ação coletiva.

Os embargantes sustentam que o acórdão da Segunda Turma restou omissa por não apreciar detalhadamente, que os valores executados referem-se ao período contado a partir da impetração do mandado de segurança. Não abrangendo parcelas pretéritas da GDAT.

Examinando os autos, observo que o acórdão deixou de analisar a questão das parcelas pretéritas.

De fato, tendo os embargantes executaram a sentença proferida em mandado de segurança, relativas à GDAT, restando as prestações anteriores à impetração do mandado de segurança.

Diante do exposto, dou provimento provimento aos presentes embargos de declaração, para, atribuindo-lhes efeitos modificativos, dar parcial provimento à apelação para determinar o prosseguimento da execução em relação aos embargados, no que se refere às parcelas apuradas pela contadoria do juízo, abatidas as parcelas executadas no mandado de segurança" (fl. 217e).

Após, o INSS opôs Embargos de Declaração (fls. 222/225e), apontando omissão/obscuridade, eis que **"o que importa considerar é que os apelantes já foram agraciados com o pagamento da GDAT nas execuções originadas do Mandado de Segurança Coletivo impetrado pela ASFIPE, fato que acarreta a extinção da obrigação independentemente de ter sido paga neste ou em outro processo, vez que o objeto tanto de um como de outro é idêntico.** Desse modo, a discussão sobre se há ou não litispendência perde fôlego e deve ser ultrapassada na medida que a obrigação relativa a GDAT foi extinta pelo pagamento" (fls. 223/224e).

O Tribunal de origem rejeitou os referidos Aclaratórios, pois **"o acórdão não incorreu na omissão apontada, apenas entendeu que os embargantes executaram a sentença proferida em mandado de segurança coletivo, restando as prestações anteriores à impetração do mandado de segurança.** Na verdade, o que se constata é a

pretensão do embargante de reabrir discussão acerca da temática de mérito" (fls. 228/230e)

Sustenta a parte agravante, nas razões do Recurso Especial, contrariedade aos arts. 535, II, e 741, VI, do CPC/73, argumentando que:

"5.1 Da contrariedade ao art. 535, II, do Código de Processo Civil.

(...)

A legislação instrumental pátria oferece aos sujeitos processuais o recurso de embargos de declaração, tendente a, dentre outras utilidades, suprir eventuais omissões constantes na decisão.

Dito recurso, entretanto, não foi devidamente apreciado pelo Tribunal a quo, permanecendo as omissões quanto aos supracitados dispositivos e incorrendo em clara ofensa ao disposto nos artigos 535, II, do Código de Código de Processo Civil Pátrio, cerceando, portanto, o direito constitucionalmente assegurado à tutela jurisdicional plena, alicerçada na ampla defesa (art. 5º, inc. LV, da CF).

Vislumbra-se assim que, ao negar provimento aos embargos declaratórios opostos houve flagrante violação ao art 535, II, do CPC dando ensejo a interposição do presente recurso com fulcro no 105, inciso III, alínea 'a' da Carta da República.

(...)

5.2. Da Ofensa ao art. 741. VI. do Código de Processo Civil

(...)

É importante destacar que os embargados estão executando sentença proferida nos autos do Mandado de Segurança Coletivo nº 99.0172258-2, impetrado pela Associação Pernambucana dos Fiscais de Contribuições Previdenciárias - ASFIFE, a qual assegurou aos embargados a percepção da GDAT e o pagamento dos atrasados, conforme comprova a documentação que acosta neste momento.

Os argumentos utilizados nos embargos declaratórios da parte autora são frágeis e inaptos para conduzirem a reforma da sentença proferida pelo juízo da 3ª Vara, tal como fez a Colenda Turma do TRF-5ª Região.

Os efeitos infringentes concedidos em sede de aclaratórios tiveram como supedâneo o argumento de que 'Os embargantes executaram a sentença proferida em mandado de segurança, relativa à GDAT, restando as prestações anteriores à impetração do mandado de segurança'.

O pagamento dos atrasados da GDAT através das execuções germinadas do Mandado de Segurança Coletivo conduz à

extinção da execução em curso em relação aos beneficiários dos precatórios, tornando insubsistente a execução promovida pelos aludidos embargados. Trata-se de causa extintiva da obrigação exequenda superveniente a sentença.

Qualquer fato impeditivo, modificativo ou extintivo da obrigação, desde que supervenientes à sentença, pode ser alegado nos embargos à execução, contra a Fazenda Pública, como permite o art. 741, VI, do CPC:

(...)

O que importa considerar é que os recorridos já foram agraciados com o pagamento da GDAT nas execuções originadas do Mandado de Segurança Coletivo impetrado pela ASFIPE, fato que acarretou a extinção da obrigação independentemente de ter sido paga neste ou em outro processo, vez que o objeto tanto de um como de outro é idêntico. Desse modo, a discussão sobre se há ou não litispendência perde folego e deve ser ultrapassada na medida que a obrigação relativa a GDAT foi extinta pelo pagamento.

Por tais razões foi violado pela Corte o art. 741, VI, do Código de Processo Civil, sendo necessária a reforma do acórdão recorrido por essa Corte Federal" (fls. 239/242e).

Ao final, requer a parte recorrente, no ponto, que "sejam conhecidas e acolhidas as razões ora apresentadas para ANULAR o acórdão proferido no julgamento dos embargos de declaração, devolvendo-se os autos ao Eg. TRF-5ª Região, para que outro seja proferido com o necessário pronunciamento acerca da matéria apontada, relativamente ao art. 741, VI, do Código de Processo Civil" (fl. 242e).

Sem razão, contudo.

Quanto à alegação de negativa de prestação jurisdicional, feita sob a égide do CPC/73, verifica-se que, apesar de apontar como violado o art. 535, II, do CPC/73, o recorrente não evidencia qualquer vício, no acórdão recorrido – limitando-se a afirmar que o recurso de Embargos Declaratórios por ele opostos, "entretanto, não foi devidamente apreciado pelo Tribunal a quo, permanecendo as omissões quanto aos supracitados dispositivos e incorrendo em clara ofensa ao disposto nos artigos 535, II, do Código de Processo Civil Pátrio, cerceando, portanto, o direito constitucionalmente assegurado à tutela jurisdicional plena, alicerçada na ampla defesa (art. 5º, inc. LV, da CF) " (fls. 240/241e) –, deixando de demonstrar no que consistiu a alegada ofensa ao citado dispositivo, atraindo, por analogia, a incidência da Súmula 284 do STF. Nesse sentido: STJ, AgRg no AREsp 422.907/RJ, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA,

DJe de 18/12/2013; AgRg no AREsp 75.356/SC, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 21/10/2013.

Lado outro, o Tribunal de origem, com base no exame dos elementos fáticos dos autos, consignou que, expressamente, que "o acórdão deixou de analisar **a questão das parcelas pretéritas**. De fato, tendo que os embargantes executaram a sentença proferida em mandado de segurança, relativas à GDAT, **restando as prestações anteriores à impetração do mandado de segurança**" (fl. 217e) e, em sede dos Aclaratórios opostos pela parte ora agravante, afirmou que "o acórdão não incorreu na omissão apontada, apenas entendeu que os embargantes executaram a sentença proferida em mandado de segurança coletivo, **restando as prestações anteriores à impetração do mandado de segurança**" (fl. 228e).

Nessa perspectiva, verifica-se que restou incólume, nas razões do Recurso Especial, o fundamento que sustenta o acórdão impugnado, no sentido de que, muito embora os agravados tenham executado a sentença proferida no mandado de segurança coletivo, restaram sem executar as parcelas anteriores à impetração do referido **mandamus**.

Diante desse contexto, a pretensão recursal esbarra, inarredavelmente, no óbice da Súmula 283 do Supremo Tribunal Federal, por analogia.

Nesse sentido:

"PROCESSUAL CIVIL. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. CONTRATO ADMINISTRATIVO. INEXECUÇÃO. RETENÇÃO DE CRÉDITOS. REEXAME DOS FATOS E DAS PROVAS. INCIDÊNCIA. SÚMULA 7/STJ. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO A FUNDAMENTO AUTÔNOMO. SÚMULA 283/STF. IMPUGNAÇÃO TARDIA DE FUNDAMENTO DO ACÓRDÃO RECORRIDO. PRECLUSÃO.

1. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC/1973.
2. O Tribunal local consignou que a agravante não cumpriu com todas as obrigações assumidas na execução da obra de construção do Centro Operacional e Administrativo de Florianópolis, o que deu ensejo à aplicação das multas moratória e rescisória, bem como na retenção do pagamento devido como forma de ressarcimento do prejuízo advindo da inexecução do contrato.
3. Decidir de forma contrária ao que ficou expressamente consignado no v. acórdão recorrido implica revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos, o que é vedado pela Súmula 7 do STJ.
4. Na presente hipótese, **não houve a impugnação particularizada**

de fundamento basilar que ampara o acórdão hostilizado, ou seja, de que a retenção de crédito decorrente do inadimplemento do contrato administrativo encontra previsão na Lei 8.666/93 (art. 80, IV). Sendo assim, **como o fundamento não foi atacado pela parte insurgente e é apto, por si só, para manter o *decisum* combatido, permite-se aplicar na espécie, por analogia, o óbice da Súmula 283 do STF.**

5. Ademais, a impugnação tardia dos fundamentos da decisão que não admitiu o Recurso Especial, por ocasião do manejo de Agravo Regimental, além de caracterizar imprópria inovação recursal, não tem o condão de afastar a aplicação do referido verbete 283/STF, tendo em vista a ocorrência de preclusão consumativa.

6. Agravo Regimental não provido" (STJ, AgRg no REsp 1.573.930/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 01/06/2016).

Mesmo que assim não fosse, considerando a fundamentação do acórdão objeto do Recurso Especial, os argumentos utilizados pela parte recorrente somente poderiam ter sua procedência verificada mediante o necessário reexame de matéria fática, não cabendo a esta Corte, a fim de alcançar conclusão diversa, reavaliar o conjunto probatório dos autos, em conformidade com a Súmula 7/STJ.

Com efeito, **"na via especial, não cabe a análise de tese recursal que demande a incursão na seara fático-probatória dos autos. Incidência da orientação fixada pela Súmula 7 do STJ"** (STJ, AgInt no AREsp 912.470/SC, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, DJe de 24/10/2016).

Ante o exposto, com fundamento no art. 255, § 4º, I, do RISTJ, não conheço do Recurso Especial.

I.

Brasília (DF), 27 de novembro de 2019.

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES
Relatora