

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.423.857 - SP (2019/0000735-7)

RELATORA : **MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES**
AGRAVANTE : ANA CLAUDIA RONCADA PASSARIN
AGRAVANTE : EDUARDO BUOSO
AGRAVANTE : KATIA CRISTINA CARVALHO ROQUE
AGRAVANTE : LUIS FERNANDO DE CASTRO NEVES MAFFEZOLI
AGRAVANTE : MARIA DE LURDES ROMERO ANDRADE
AGRAVANTE : VALDEREZ DE CASSIA JOANONI STOCCO
ADVOGADOS : ALEXANDRE AUGUSTO GUALAZZI - SP041802
ERICA SCHIAVUZZO GUALAZZI SIGUIN - SP286994
FULVIO TAGLIATTI SIGUIN - SP318612
ALEXANDRE AUGUSTO SCHIAVUZZO GUALAZZI - SP332931
AGRAVADO : MUNICÍPIO DE PIRACICABA
ADVOGADOS : ALEXANDRE MARCELO ARTHUSO TREVISAM - SP144865
MARCO AURELIO BARBOSA MATTUS - SP069062

DECISÃO

Trata-se de Agravo em Recurso Especial, interposto por ANA CLAUDIA RONCADA PASSARIN e outros, contra decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que inadmitiu o Recurso Especial, manejado com fundamento no art. 105, III, a e c, da Constituição Federal, contra acórdão assim ementado:

"AÇÃO ORDINÁRIA - SERVIDORES PÚBLICOS MUNICIPAIS - PIRACICABA - ABONO- DESEMPENHO - O abono-desempenho, devido aos integrantes das Unidades de Saúde, nos termos da Lei nº 3.925/95, deve ser pago considerando-se como de efetivo exercício os períodos de férias, férias-prêmio e licenças relacionados no art. 66, da Lei nº 1.972/72 (Estatuto dos Funcionários Públicos do Município de Piracicaba), incidindo, inclusive, sobre o décimo terceiro salário - INCORPORAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - Vantagem de caráter excepcional e natureza transitória - JUROS MORATORIOS - A regra a ser utilizada é a contida no artigo 1º-F, da Lei 9.494/97, sem contudo observar as regras da Lei nº 11.960/2009, por ser declarada inconstitucional pelo Plenário do STF - Precedentes desta C. 9ª Câmara de Direito Público e deste E. Tribunal de Justiça - Sentença parcialmente reformada - Recursos oficial e voluntário providos em parte" (fl. 634e).

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados (fls. 655/661e).

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

"O E. Tribunal *a quo*, dando parcial provimento à apelação intentada pelo réu, bem como ao reexame oficial, reputou por não incorporável a verba instituída pela Lei Municipal nº 3.925/95, o 'Abono

Desempenho', julgando parcialmente procedente a ação, para deferir os pedidos de recebimento de diferenças a título de férias + 1/3 da CF/88, 13º salários, férias premio, licenças remuneradas e INDEFERIR o pleito de inclusão do Abono Desempenho na base de cálculo das contribuições previdenciárias, do que hora se recorre.

No entender dos autores, tal entendimento é demasiadamente equivocado, 'data venia', porquanto o V. Acórdão considerou o Abono Desempenho como uma vantagem transitória (a despeito de seu pagamento contínuo há praticamente 20 anos); por segundo, não fez a devida distinção entre 'incorporação' e 'integração', o que acabou por violar o art. 4º, § 1º, da Lei Federal nº 10.887/04, já que este determina que não só as vantagens permanentes devem sofrer a incidência das contribuições previdenciárias, mas também 'quaisquer outras vantagens'. Por terceiro, vislumbram os recorrentes que a R. Decisão 'a quo' acabou por violar, ainda, o art. 8-A da Lei Federal nº 10.887/04 e o art. 128 do CTN, os quais atribuem ao Município a responsabilidade tributária exclusiva, por substituição. Por tais razões, merece reforma o V. Acórdão proferido pelo E. Tribunal de Justiça a quo, conforme passa a defender, a seguir.

(...)

Deveras, sustentou-se desde a Peça Inicial que, ainda que se considerasse impossível a incorporação da verba (o que admite-se apenas por amor ao debate), havia se operado, minimamente, a INTEGRAÇÃO REFLEXA do Abono-Desempenho à remuneração dos ora recorrentes. É o que pretenderam os autores, tendo aduzido o pedido inicial de forma a abranger tanto o primeiro fundamento, quanto o segundo.

Em que pese o E. Tribunal 'a quo' tenha entendido que o pleito inicial era exclusivamente pela 'incorporação' do Abono-Desempenho, faz-se mister distinguir-se tais institutos jurídicos a fim de reiterar o fundamento da integração para os fins de Direito ora invocados, conforme segue:

No instituto da 'incorporação', determinada verba passa a compor o salário/vencimento dos servidores 'ad eternum' (adere ao vencimento), jamais podendo sofrer variações, reduções e, conseqüentemente, jamais podendo ser suprimida. São aquelas denominadas pela doutrina de 'vantagens irretiráveis'. É o caso, por exemplo, dos 'Adicionais por Tempo de Serviço' (também conhecidos como 'Quinquênios', 'Quinta Parte' ou 'Sexta Parte').

(...)

2.2 - Da Violação Literal (ou negativa de vigência) ao art. 4º, § 1º, da Lei Federal nº 10.887/2004.

Nos termos já delineados na inicial, os recorrentes recebem o estipêndio denominado pela Legislação Municipal (Lei Municipal nº 3.925/95) como 'Abono Desempenho', desde o ano de 1995, ou seja,

HÁ MAIS DE DEZOITO ANOS e, no entanto, tal estipêndio não vem sendo computado na base de cálculo das contribuições previdenciárias.

A maneira com que se prolongaram os pagamentos do referido Prêmio/Abono, mês a mês, e durante anos, torna-os verba indiscutivelmente HABITUAL.

Note-se que o sobredito Abono chega a ser pago na incrível proporção de 60% sobre o padrão dos cargos de alguns dos recorrentes, o que gera desmesurada expectativa de seu recebimento por parte do servidor, o qual, com o passar dos anos e diante da continuidade no pagamento, passa a planejar seus gastos mensais sob a ótica global de seus ganhos.

'Ad argumentandum tantum', embora a própria lei que instituiu o Prêmio/Abono Desempenho o tenha caracterizado como verba precária, SEU SISTEMA DE PAGAMENTO VEM SENDO FEITO COM HABITUALIDADE E DE FORMA ININTERRUPTA A TODA A CATEGORIA DE SERVIDORES LOTADOS NA SECRETARIA DA SAÚDE, DE FORMA INDISTINTA, DESDE 1995, o que arreda por completo a precariedade que lhe fora conferida pela Legislação municipal. Com efeito, trata-se de verba de natureza genérica, conforme tratamento atribuído a esta pela própria municipalidade, sendo que a suposta excepcionalidade de seu recebimento se restringiu a uma disposição vazia constante na lei local.

Estamos diante, portanto, do que a doutrina denominou de lacuna ontológica e axiológica, por meio da qual a disposição normativa não mais retrata a realidade vivenciada pelos litigantes neste feito (lacuna ontológica), e, se tal legislação local for aplicada, resultará em decisão injusta, como ocorreu nos autos (lacuna axiológica).

Desta feita, em primeiro plano, demonstra-se desacertada a decisão do Tribunal 'a quo' por considerar como vantagem precária e insuscetível de incorporação um estipêndio dotado das características supraindicadas, o que por si só já reclamaria a reforma do V. Acórdão proferido pelo Egrégio Tribunal a quo, já que a conclusão equivocada sobre o caráter permanente do Abono Desempenho acabou por violar o art. 4º, § 1º, da Lei Federal nº 10.887/2004.

(...)

Pede-se 'venias', primeiramente, para a transcrição do art. 3º, da Lei Complementar Municipal nº 219/2008, somente para se demonstrar o porquê da Lei Federal nº 10.887/2004, que em princípio se aplicaria somente à União, estar sendo aplicada ao sistema de custeio do regime de previdência dos servidores do Município de Piracicaba:

Lei Complementar Municipal nº 219/08:

Art. 3º A contribuição social dos servidores públicos titulares de cargos efetivos no Município de Piracicaba, para

manutenção do sistema previdenciário municipal, será de 11% (onze por cento) sobre o valor do respectivo vencimento, acrescido das vantagens pecuniárias de caráter permanente, nos termos do art. 4º, da Lei Federal n.º 10.887, de 18 de junho de 2004.

(...)

Resta evidente, portanto, que o V. Acórdão proferido pelo E. Tribunal *a quo* violou literalmente o art. 4º, § 1º, da Lei Federal nº 10.887/2004. primeiramente, por desconsiderar o caráter permanente do Abono Desempenho, e, em segundo, por não observar que sendo permanente ou não, o Abono Desempenho deve integrar a base de cálculo das contribuições previdenciárias em comento, diante da disposição expressa constante no mencionado preceito, de que devem sofrer tal exação as vantagens permanentes ou quaisquer vantagens. Portanto, velando-se pela efetiva observância da legislação Federal, requer-se a reforma do V. Acórdão proferido pelo E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a fim de restabelecer a sua condenação no sentido de proceder ao recolhimento das diferenças das contribuições previdenciárias geradas pela não inclusão do Abono Desempenho em sua base de cálculo, parcelas vencidas e vincendas, conforme pedido de letra 'B'e'B.l' da inicial" (fls. 687/701e).

Requer, ao final, "o conhecimento e TOTAL PROVIMENTO do presente Recurso Especial, para que seja reformado, no que fora improcedente, o V. Acórdão proferido pelo E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ante a evidente violação à Legislação Federal - ou negativa de vigência - ora apontada, bem como em razão de ter o E. Tribunal 'a quo' ter dissentido do entendimento jurisprudencial deste C. STJ" (fl. 703e).

Sem contrarrazões (fls. 730/742e).

Negado seguimento ao Recurso Especial (fls. 782/783e), foi interposto o presente Agravo (fls. 797/805e).

Sem contraminuta.

A irresignação não merece acolhimento.

O Tribunal de origem dirimiui a controvérsia, nos seguintes termos:

"Os autores, servidores públicos municipais, ingressaram com a presente ação em face do Município de Piracicaba, objetivando a incorporação do abono-desempenho aos seus vencimentos, com o devido apostilamento ou, subsidiariamente, o cômputo do abono-desempenho na base de cálculo dos 13º salários, nas férias anuais e férias prêmio acrescidas de 1/3 constitucional, bem como o pagamento das parcelas vencidas e vincendas, bem como que seja observada a correta forma de cálculo do referido abono,

desconsiderando, como fatores de exclusão as situações elencadas no Decreto Municipal nº 7.926/1998.

Referido abono foi instituído pela Lei Municipal de Piracicaba nº 3.925/1995 que, em seu artigo 1º, assim estabelece:

(...)

A Lei nº 1.972, de 07 de novembro de 1972, que dispõe sobre Estatuto dos Funcionários Públicos do Município de Piracicaba, estabelece em seu artigo 66 que:

(...)

Ocorre que, em março de 1998, foi editado o Decreto Municipal nº 7.926, que alterou a planilha para apuração do abono- desempenho, excluindo parcial ou totalmente o benefício nos seguintes termos:

(...)

Como se vê, o artigo 4º, do Decreto-Municipal nº 7.926/1998, contraria o disposto no Estatuto dos Funcionários Públicos do Município de Piracicaba (Lei nº 1.972/1972) devendo, por esse motivo, ser afastado.

Portanto, os autores fazem jus ao recebimento do abono de desempenho nos períodos em que se encontravam afastados nas hipóteses previstas no artigo 66, da Lei nº 1.972/1972, por serem tais períodos considerados como de efetivo exercício.

Igualmente fazem jus ao 13º salário com o abono-desempenho, nos termos do artigo 39, § 3º c/c artigo 7º, VIII, da Constituição Federal.

Como bem decidiu a MM.^a Juíza de Direito sentenciante, as parcelas vencidas deverão ser pagas observando-se a prescrição quinquenal.

Contudo, a incorporação aos vencimentos dos autores se mostra indevida diante da natureza precária do referido benefício.

Logo, a r. sentença deve ser parcialmente reformada, excluindo-se o direito à incorporação do abono-desempenho nos vencimentos dos autores" (fls. 636/639e).

Com efeito, em relação à tese de violação ao art. 4º, § 1º, da Lei Federal nº 10.887/2004, 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".

Infere-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 suprimento 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. 4º, § 1º, da Lei Federal nº 10.887/2004, destaca-se que, apesar de opostos Embargos de Declaração contra o aresto do Tribunal de origem, não foi apontada, nas razões do Recurso Especial, a contrariedade ao art. 1.022 do CPC/2015, a fim de ser verificada a ocorrência de erro, omissão, contradição ou obscuridade, no referido julgado, cujo reconhecimento poderia ensejar a adoção do prequestionamento ficto, razão pela qual resta afastada, **in casu**, a aplicabilidade do art.

1.025 do CPC/2015.

Outrossim, verifica-se que, embora a parte recorrente alegue ter ocorrido violação a legislação infraconstitucional, segundo se observa dos fundamentos da Corte de origem para apreciar a controvérsia, o exame do recurso, tal como colocado pela parte recorrente, exigiria a análise de legislação local, pretensão insuscetível de ser apreciada em recurso especial, conforme a Súmula 280/STF ("Por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário").

Anote-se, por fim, que segundo entendimento desta Corte, a inadmissão do recurso especial interposto com fundamento no artigo 105, III, **a**, da Constituição Federal, em razão da incidência de enunciado sumular, prejudica o exame do recurso, no ponto em que suscita divergência jurisprudencial, se o dissídio alegado diz respeito ao mesmo dispositivo legal ou tese jurídica, o que ocorreu na hipótese. Nesse sentido: STJ, AgInt no REsp 1.590.388/MG, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe de 24/03/2017.

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

Não obstante o 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"), deixo de majorar os honorários advocatícios, tendo em vista que, na origem, não houve prévia fixação de honorários sucumbenciais.

I.

Brasília (DF), 11 de fevereiro de 2019.

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES
Relatora