

**AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.427.202 - SP (2019/0005814-8)**

**RELATORA** : MINISTRA ASSUSETTE MAGALHÃES  
**AGRAVANTE** : MUNICIPIO DE ITABERA  
**PROCURADORES** : REINALDO SEVERINO BARBOSA JÚNIOR E OUTRO(S) -  
SP292312  
THAÍS HELENA WAGNER CERDEIRA - SP378915  
RAFAEL CHUERI GURGEL - SP384906  
**AGRAVADO** : JOAO LUIZ DE OLIVEIRA  
**ADVOGADO** : MARCIA CLEIDE RIBEIRO PORTALUPPI - SP185674

**DECISÃO**

Trata-se de Agravo em Recurso Especial, interposto pelo MUNICÍPIO DE ITABERÁ, em 28/05/2018, 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:

"APELAÇÃO - Servidor Público Municipal - Base de cálculo - Pretensão à inclusão dos valores relativos a horas-extras - Possibilidade - Interpretação da Constituição Federal art. 7º para com a Lei Municipal nº 1.371/92 que determina que a base de cálculo das férias e 13º salário devem integrar a remuneração - Inconstitucionalidade do dispositivo reconhecida pelo C. Órgão Especial - Direito ao cálculo sobre a integralidade dos vencimentos — Sentença reformada — Recurso provido" (fl. 129e).

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

**"1. DA CONTRARIEDADE AOS ARTIGOS 292, I E 330, I e II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

Conforme já apontado anteriormente, o Autor, ora Recorrido, ingressou com a presente ação afirmando ter um suposto crédito de R\$ 5.000,00, indicando apenas poucos holerites como referência disto.

Ocorre que, em momento algum, o Apelado apresentou planilha de cálculos comprovando os valores supostamente devidos a títulos de horas extras, ou seja, tal valor foi fixado de forma unilateral pelo Apelado.

O Autor sequer esclareceu se esse seria o valor devido ou mero valor hipotética para 'fins de alçada'.

Com a manutenção da sentença de primeiro grau, houve violação ao art. 292 do Código de Processo Civil:

Art. 292. O valor da causa constará da petição inicial ou da reconvenção e será:

I - na ação de cobrança de dívida, a soma monetariamente corrigida do principal, dos juros de mora vencidos e de outras penalidades, se houver, até a data de propositura da ação;

A ausência de indícios e fundamentos que justifiquem o valor atribuído à causa tornam incerto o pedido do Autor e, por consequência, inepta a inicial como dispõe o art. 330 do novo Código de Processo Civil:

Art. 330. A petição inicial será indeferida quando:

I - for inepta; [...]

§ 1º Considera-se inepta a petição inicial quando: [...]

II - o pedido for indeterminado, ressalvadas as hipóteses legais em que se permite o pedido genérico;

Conforme mencionado artigo 292, a ação de cobrança não permite a indicação de pedido genérico, tornando evidente a violação aos mencionados dispositivos processuais.

Assim, deve ser dado provimento ao presente Recurso Especial e cassando as decisões ordinárias para que seja reconhecida a inépcia da inicial e a consequente extinção do presente processo sem apreciação de seu mérito, nos termos do art. 487, I, do novo Código de Processo Civil.

## **2. DA VIOLAÇÃO AO ARTIGO 373,I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

A parte Recorrida fez pedido genérico de pagamento de horas extras, alegando de forma superficial que teria realizado a prestação de serviços extraordinários desde a posse em seu cargo.

Todavia, o Autor não provou a existência da realização de tais serviços extraordinários, sequer esclarece quantas horas extras teriam sido realizadas, em clara violação do artigo 373,I, do Código de Processo Civil:

Art. 373 - O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

A mera apresentação de três holerites de meses aleatórios não prova que o Autor teria realizado serviços extraordinários por tantos anos ininterruptos, ainda mais considerando que o artigo 132, § 1º, do Estatuto dos Servidores Municipais determina a apresentação de justificativa expressa no caso de convocação para a realização de mais de duas horas extras diárias.

Em complemento ao mencionado artigo 132, atualmente vige o Decreto 4.538/2017. As disposições desse Decreto são reeditadas anualmente neste município, há mais de dez anos, sempre determinando o controle com rigidez da realização de horas extras,

nos seguintes termos:

(...)

Desta forma, conclui-se que atualmente neste município de Itaberá a realização de serviços extraordinários / horas extras deve, em qualquer hipótese, ser precedida de justificativa expressa e por escrito expedida pelo responsável pelo setor.

Ainda, sendo o próprio servidor público corresponsável pelo controle de sua jornada de trabalho, inclusive realização de horas extras, deveria ter apresentado relatórios de realização de serviços extraordinários com as respectivas justificativas escritas do superior hierárquico.

A ausência da referida documentação configura descumprimento, pelo Autor, do seu ônus probatório conforme estabelecido pelo artigo 373 do Código de Processo Civil.

Considerando que o juízo de primeiro grau, tampouco o Tribunal de Justiça Estadual, se atentaram para a ausência de provas, deve o presente Recurso Especial ser provido para que se reconheça a violação ao artigo 373,I, do Código de Processo Civil e, por via de consequência, seja julgada improcedente o pedido do Autor.

### 3. DA VIOLAÇÃO AO ARTIGO 37, XIV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Ao contrário do decidido pelo Tribunal de Justiça a quo, a Lei municipal estabelece, SIM, base de cálculo para o pagamento de horas extras, tudo de acordo com o artigo 7º, XIV da Constituição Federal, ou seja, a hora extra é remunerada com cinquenta por cento sobre a hora normal de trabalho. Não há qualquer limitação dos direitos garantidos constitucionalmente, ao contrário, a Lei Municipal em questão reproduz o mesmo preceito contido na Constituição Federal.

(...)

Importantíssima é a aplicação de tal vedação reconhecida pelo STF ao presente litígio, considerando que entendimento contrário acarretaria verdadeiro 'efeito cascata' em desfavor da Administração Pública, pois o cálculo errôneo iria gerar reflexos sobre férias e outras gratificações, além dos vencimentos de outros inúmeros servidores públicos, resultando em grave dano ao erário público" (fls. 144/148e).

Requer, ao final, "o Recebimento do presente Recurso Especial, e o seu total provimento, com a consequente reforma da sentença e acórdão das instâncias ordinárias, para que seja reconhecida a inépcia da inicial ou, ao menos, a improcedência do pedido formulado pelo Autor, em razão da violação aos artigos 292, I; 330,I, § 1º, II; e 372,I do Código de Processo Civil" (fl. 148e).

Sem contrarrazões.

Negado seguimento ao Recurso Especial (fl. 159e), foi interposto o presente Agravo (fls. 163/169e).

Sem contraminuta (fl. 179e).

A irresignação não merece acolhimento.

De início, é pacífica a jurisprudência no sentido de que "não cabe a esta Corte, em recurso especial, o exame de matéria constitucional, cuja competência é reservada ao Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 102, inciso III, da Carta Magna" (STJ, AgRg no AREsp 470.765/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 31/03/2014).

Em relação à tese de violação ao art. 373, I, do CPC/2015, 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 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. 373, I, do CPC/2015, destaca-se que, além de o referido dispositivo legal não ter sido apreciado, 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.

Decidido isso, o Tribunal de origem, com base no exame dos elementos fáticos dos autos, consignou que "quanto a preliminar de inépcia da inicial sob o argumento de que ausentes documentos imprescindíveis para instruí-la, também é impertinente, tendo em vista que a petição inicial atende aos requisitos elencados no art. 319 do Código de Processo Civil, indicando com clareza os fatos, fundamentos e os motivos inerentes aos danos sofridos" (fls. 130/131e).

Nesse contexto, 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.

A propósito:

**"PROCESSUAL CIVIL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DOSIMETRIA. SANÇÃO. INÉPCIA DA INICIAL. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO, E NESSA PARTE, NÃO PROVIDO. HISTÓRICO DA DEMANDA**

1. Cuida-se, na origem, de Ação de Improbidade Administrativa

proposta pelo Município de Patos contra Dinaldo Medeiros Wanderley, ex-Prefeito, ora recorrente, objetivando a condenação do réu pela prática de ato ímprobo, consubstanciado no fracionamento da licitação.

2. O Juiz de 1º grau julgou improcedente o pedido.

3. O Tribunal a quo deu parcial provimento à Apelação do Município de Patos.

DOSIMETRIA DAS SANÇÕES 4. O Tribunal de origem afirmou que apenas aplicou a multa e que esta 'encontra-se dentro dos parâmetros da razoabilidade e proporcionalidade em relação ao ato de improbidade administrativa' (fl. 533, grifo acrescentado).

5. Esclareça-se que o entendimento firmado na jurisprudência do STJ é de que, como regra geral, modificar o quantitativo da sanção aplicada pela instância de origem enseja reapreciação dos fatos e da prova, obstada nesta instância especial. Nesse sentido: AgRg no AREsp 435.657/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 22.5.2014; REsp 1.252.917/PB, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 27.2.2012; AgRg no AREsp 403.839/MG, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 11.3.2014; REsp 1.203.149/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma DJe 7.2.2014; e REsp 1.326.762/SE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 17.9.2013.

INÉPCIA DA INICIAL 6. No mais, com relação à alegação de inépcia da petição inicial, verifica-se que o Tribunal a quo afirmou que, analisando 'detidamente a petição inicial, percebe-se que a mesma preenche em toda plenitude os requisitos do artigo 282 da Lei Adjetiva Civil. (...) Com efeito, facilmente se denota que o caso dos autos enfoca á imputação de ato de improbidade administrativa ao ex-prefeito de Patos-PB, o Sr. Dinaldo Medeiros Wanderley, em razão do fracionamento indevido do objeto de licitação para aquisição de combustíveis, no ano de 2001.' (fl. 535, grifo acrescentado).

7. Assim, é inviável '**rever, em sede de recurso especial, as conclusões a que chegaram as instâncias ordinárias quanto à inépcia da petição inicial por exigir nova análise do conjunto fático-probatório. Incidência da Súmula 7/STJ. Precedentes.**' (AgInt no Ag 1336592/SP, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, DJe 19/12/2016, grifo acrescentado). Nesse sentido: AgInt no AREsp 781.076/RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 13/12/2016.

8. Recurso Especial parcialmente conhecido, e nessa parte, não provido" (STJ, REsp 1.654.967/PB, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 25/04/2017).

"AGRAVO INTERNO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO -

EMBARGOS DE TERCEIRO - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO. INSURGÊNCIA DA EMBARGANTE.

1. A Corte Especial, em nova compreensão do tema, firmou o entendimento de que é desnecessária a renovação do pedido de concessão de gratuidade de justiça quando tal benefício já tiver sido concedido nas instâncias de origem (EAREsp 86.915, Rel. Min. Raul Araújo, julgado em 26/2/2015), caso do presente feito.

**2. Inviável rever, em sede de recurso especial, as conclusões a que chegaram as instâncias ordinárias quanto à inépcia da petição inicial por exigir nova análise do conjunto fático-probatório. Incidência da Súmula 7/STJ. Precedentes.**

3. Não se conhece recurso especial quando, nas razões recursais, não são indicados os dispositivos de legislação federal violados.

Incidência da Súmula 284/STF.

4. Não pode ser conhecido o apelo nobre pelo dissídio quando o acórdão paradigma foi proferido pelo mesmo tribunal que decidiu o acórdão recorrido. Incidência da Súmula 13/STJ.

5. Agravo interno desprovido" (STJ, AgInt no Ag 1.336.592/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, DJe de 19/12/2016).

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"), majoro os honorários advocatícios em 10% (dez por cento) sobre o valor a ser arbitrado pelo magistrado, na liquidação do julgado, levando-se em consideração o trabalho adicional imposto ao advogado da parte recorrida, em virtude da interposição deste recurso, respeitados os limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º do art. 85 do CPC/2015.

I.

Brasília (DF), 1º de fevereiro de 2019.

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES  
Relatora