AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.438.404 - SP (2019/0021428-7)

AGRAVANTE : MUNICIPIO DE ITABERA
PROCURADOR : REINALDO SEVERINO BARBOSA JÚNIOR - SP292312
AGRAVADO : DANIEL MATTOCHEK
ADVOGADO : MARCIA CLEIDE RIBEIRO PORTALUPPI - SP185674

DECISÃO

Trata-se de agravo interposto por MUNICIPIO DE ITABERA, contra decisão que inadmitiu o recurso especial fundado no art. 105, III,*a*, da Constituição Federal, objetivando reformar o acórdão proferido pelo TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, assim ementado (fls. 120-121):

> SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL. ITABERÁ. MOTORISTA.
> PRELIMINAR. INÉPCIA DA PETIÇÃO INICIAL. Inocorrência. Exposição clara da causa de pedir e do pedido, que permite a ampla defesa da parte contrária. Preenchimento das condições da ação e pressupostos processuais.
> PRELIMINAR. PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO. Prescrição que, nas relações de trato sucessivo e continuado, atinge apenas as parcelas vencidas antes do qüinqüênio anterior ã propositura da ação. Súmulas 85 do STJ e 443 do STF.
> PRELIMINAR. INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA. Inocorrência. Competência absoluta do Juizado Especial da Fazenda Pública nas causas com valor até 60 salários mínimos. Art. 2º, § 4º, da Lei 12.153/09. Não instalação de JEFAZ. Comarca de Itaberá dotada, apenas, de Vara Única.
> PRELIMINAR. JUSTIÇA GRATUITA. Presunção relativa da declaração de hipossuficiência. Art. 99, § 3º, do CPC. Carência financeira comprovada.
> HORAS EXTRAORDINÁRIAS. BASE DE CALCULO. Pretensão de cálculo de horas extraordinárias sobre a remuneração, e não sobre o salário base. Possibilidade. Omissão da Lei Municipal 1.371/92 quanto à base de cálculo das horas extras. Observância do art. 7º, XVI, da CF, aplicável aos servidores por força do art. 39, § 3º, da CF. Adicional por tempo de serviço e sexta-parte que se incorporam, para todos os efeitos. Inteligência dos arts. 145 e 146 da Lei 1.371/92.
> RECURSOS NÃO PROVIDOS.

Na origem, cuida-se de ação ordinária ajuizada por DANIEL MOTTOCHEK em face do MUNICÍPIO DE ITABERÁ, objetivando o pagamento a título de horas extras sobre o valor da remuneração, incluídos o adicional de tempo de serviço e a sexta-parte, observada a prescrição quinquenal.

No recurso especial, o recorrente aponta violação dos arts. 292, inciso I, 330, inciso I, §1°, inciso II e 373, inciso I, do CPC e art. 37, inciso XIV, da Constituição Federal.

Sustenta, em síntese, que o agravado *em momento algum (...) apresentou planilha de cálculos comprovando os valores supostamente devidos a títulos de horas extra, ou seja, tal valor foi fixado de forma unilateral pelo apelado* (fls. 141). Assim, restou violado, a seu ver, o art. 292, inciso I, do CPC.

Aduz, ainda, que 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* (fls. 142).

Considera, ainda, que o autor não provou a prestação de serviços extraordinários, em clara violação ao art. 373, inciso I, do CPC, onde diz *o ônus da prova incumbe (...) ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito.*

Por fim, considera que o pedido do autor viola o princípio da legalidade, previsto no art. 37 da Constituição Federal, eis que não é permitido à Administração Pública conceder gratificações em desacordo com o previsto nas normas que regulam o funcionalismo (fls. 143).

Não foram apresentadas contrarrazões pela manutenção do acórdão recorrido (fls. 148).

O recurso especial foi inadmitido com base na Súmula n. 7/STJ.

No presente agravo, o recorrente apresenta argumentos objetivando rebater os fundamentos apresentados pelo julgador.

O Ministério Público Federal opina pelo desprovimento do agravo em recurso especial, nos termos do parecer de fls. 182-185, que guarda a seguinte ementa:

> ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. Ação ajuizada por servidor público municipal visando a que o Município de Itaberá fosse condenado a lhe pagar as horas extras trabalhadas em montante calculado sobre a totalidade da sua remuneração e não apenas sobre o salário base, uma vez que a lei Municipal n° 1.371/1992 é silente sobre a base de cálculo do serviço extraordinário. Ação julgada parcialmente procedente para, reconhecida a prescrição das prestações vencidas antes dos cinco anos precedentes ao ajuizamento da demanda, reconhecer o direito do Autor à "diferença, a ser apurada em liquidação de sentença, entre o valor pago a título de horas extras e o valor devido, considerando a incidência sobre o valor total da remuneração (incluindo adicional por tempo de serviço e sexta parte), acrescido de 50%". Apelação interposta pelo Município de Itaberá e reexame necessário não providos. Recurso especial interposto pelo Município de Itaberá com fundamento na alínea "a" do artigo 105, III, da Constituição da República, sob a alegação de contrariedade aos artigos 292,1, 330,1 e § Iº, II, e 373 do CPC de 2015 e ao artigo 37, XIV, da CF, não admitido na origem. Agravo interposto para destrancá-lo. Pretensão que não merece prosperar. Recurso especial que não seria suscetível de conhecimento quanto à alegada violação aos artigos 292, I, 330,1 e § Iº, II, e 373 do CPC de 2015, porque a pretensão nele veiculada pelo Agravante esbarra no óbice da Súmula n° 7 do

> STJ, uma vez que não seria possível, sem incursão no acervo fático-probatório dos autos, afastar a conclusão da Corte de origem de que "o autor comprovou a realização das horas extraordináriasAinda que assim não fosse, também não seria possível examinar a pretensão do Agravante com base na análise da legislação local, tal como por ele fundamentado, em virtude da vedação da Súmula n° 280 do STF, aplicada por analogia aos recursos especiais. Igualmente inviável o conhecimento do recurso especial quanto à alegada violação ao artigo 37, XIV, da CF, porque não compete ao STJ examinar matéria de índole constitucional em sede de recurso especial.
>
> Agravo em recurso especial que não deve ser provido.

É o relatório. Decido.

Inicialmente é necessário consignar que o presente recurso atrai a incidência do Enunciado Administrativo nº 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".

Considerando que o agravante, além de atender aos demais pressupostos de admissibilidade deste agravo, logrou impugnar a fundamentação da decisão agravada, passo ao exame do recurso especial interposto.

Inicialmente, insta considerar que não cabe ao STJ a análise de suposta violação de dispositivos constitucionais, ainda que para o fim de prequestionamento, porquanto o julgamento de matéria de índole constitucional é de competência exclusiva do STF, consoante disposto no art. 102, III, da Constituição Federal. Nesse sentido: AgInt no REsp n. 1.604.506/SC, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 16/2/2017, DJe de 8/3/2017; EDcl no AgInt no REsp n. 1.611.355/SC, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 14/2/2017, DJe de 24/2/2017.

Quanto ao mérito, a irresignação não merece prosperar.

Verifica-se que a irresignação do agravante no tocante à matéria constante dos arts. 292, inciso I, 330, I e §1°, II e 373, do CPC (valor da causa e ônus da prova, respectivamente) implica no reexame de elementos fáticos-probatórios, o que é vedado no âmbito estreito do recurso especial. Incide na hipótese a súmula n. 7/STJ.

No mesmo sentido, é o entendimento do *Parquet* federal (fls. 185)

> O recurso especial por ele interposto não seria suscetível de conhecimento quanto à alegada violação aos artigos 292,1, 330, I e § Iº, II, e 373 do CPC de 2015, porque a pretensão veiculada pelo Agravante esbarra no óbice da Súmula n° 7 do STJ, uma vez que não seria possível, sem incursão no

acervo fático-probatório dos autos, afastar a conclusão da Corte de origem de que "o autor comprovou a realização das horas extraordinárias ".

Além disso, o Tribunal *a quo*, para decidir a controvérsia, interpretou legislação local, *in casu*, a Lei municipal n. 1.371/1992, o que implica a inviabilidade do recurso especial, aplicando-se, por analogia, o teor do Enunciado n. 280 da Súmula do STF, que assim dispõe: "Por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário."

Nesse diapasão, confiram-se:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. INSTALAÇÃO DE ESTAÇÃO DE RÁDIO-BASE DE TELEFONIA. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO MUNICIPAL. LEI MUNICIPAL 13.756/04 E DECRETO MUNICIPAL 44.944/04. MATÉRIA DE DIREITO LOCAL. SÚMULA 280 DO STF. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

I. Agravo interno aviado contra decisão publicada em 26/08/2016, que, por sua vez, julgara recurso interposto contra decisão publicada na vigência do CPC/73.

II. Segundo consta do acórdão recorrido, a "Prefeitura Municipal de São Paulo propôs ação demolitória, em face da Tim Celular S/A, perante o Juízo da 7ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital, objetivando a remoção da estação de rádio base instalada irregularmente, em razão de o equipamento estar em funcionamento sem prévio licenciamento urbanístico". O Tribunal de origem manteve a sentença de procedência.

III. A questão controvertida nos autos foi solucionada, pelo Tribunal de origem, com fundamento em leis locais (Lei municipal 13.756/04 e Decreto municipal 44.944/04). Assim, torna-se inviável, em Recurso Especial, o exame da matéria nele inserida, diante da incidência, por analogia, da Súmula 280 do STF, que dispõe: "Por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário". Nesse sentido: STJ, AgRg no AREsp n. 709.574/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe de 14/9/2015; REsp n. 1.455.034/DF, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 6/4/2015.

IV. Agravo interno improvido.

(AgInt no AREsp n. 970.011/SP, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 18/5/2017, DJe 24/5/2017.)

PROCESSUAL CIVIL. SERVIDOR PÚBLICO. MUNICÍPIO DE SÃO PAULO. REAJUSTES REMUNERATÓRIOS. LEIS MUNICIPAIS. INCIDÊNCIA. MATÉRIA LOCAL. SÚMULA 280/STF.

1. A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.217.076/SP, representativo de controvérsia repetitiva, firmou o entendimento de que "A discussão, na fase de liquidação, a respeito dos supervenientes reajustes concedidos pela legislação municipal (Lei 12.397/97) e seus reflexos no cálculo do percentual devido e no cumprimento da condenação imposta envolve exclusivamente interpretação e aplicação de direito local, insuscetível de reexame por recurso especial. Aplicação, por analogia, da Súmula 280 do STF" (Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJe 14/10/11).

2. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AgRg nos EDcl no AREsp n. 4.111/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 14/10/2014, DJe 12/11/2014.)

Ante o exposto, com fundamento no art. 253, parágrafo único, II, *a*, do RISTJ, conheço do agravo para não conhecer do recurso especial.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 02 de abril de 2019.

MINISTRO FRANCISCO FALCÃO
Relator