

Publique-se.

Recife, 21 de março de 2023.

Des. FREDERICO RICARDO DE ALMEIDA NEVES

2º Vice-Presidente (por convocação)

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

"Art. 374. Não dependem de prova os fatos: (...) IV - em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade."

2 "Art. 1.007. No ato de interposição do recurso, o recorrente comprovará, quando exigido pela legislação pertinente, o respectivo preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, sob pena de deserção. § 1º São dispensados de preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, os recursos interpostos pelo Ministério Público, pela União, pelo Distrito Federal, pelos Estados, pelos Municípios, e respectivas autarquias, e pelos que gozam de isenção legal."

3 Súmula 07/STJ. A pretensão de simples reexame de prova não enseja Recurso Especial."

4 "Sumula 126/STJ. É Inadmissível Recurso Especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário."

5 "Art. 1.030. Recebida a petição do recurso pela secretaria do tribunal, o recorrido será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias, findo o qual os autos serão conclusos ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, que deverá: V - realizar o juízo de admissibilidade e, se positivo, remeter o feito ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça, desde que (...)"

**004. 0000080-74.2015.8.17.0620
(0571673-8)**

Apelação

Comarca	: Mirandiba
Vara	: Vara Única
Apelante	: MUNICÍPIO DE CARNAUBEIRA DA PENHA -PE
Advog	: Delmiro Dantas Campos Neto(PE023101)
Advog	: MARIA STEPHANY DOS SANTOS(PE036379)
Advog	: Thiago Carvalho(PE028507)
Apelante	: JANICLEIDE ALEXANDRINA DA CONCEIÇÃO FREIRE
Advog	: Paulo Emanuel Perazzo Dias(PE020418)
Apelado	: JANICLEIDE ALEXANDRINA DA CONCEIÇÃO FREIRE
Advog	: Paulo Emanuel Perazzo Dias(PE020418)
Apelado	: MUNICÍPIO DE CARNAUBEIRA DA PENHA -PE
Advog	: Delmiro Dantas Campos Neto(PE023101)
Advog	: MARIA STEPHANY DOS SANTOS(PE036379)
Advog	: Thiago Carvalho(PE028507)
Órgão Julgador	: 2ª Câmara de Direito Público
Relator	: Des. José Ivo de Paula Guimarães
Despacho	: Decisão Interlocutória
Última Devolução	: 27/03/2023 10:44 Local: CARTRIS

RECURSO ESPECIAL NO PROCESSO Nº 80-74.2015.8.17.0620 (571673-8)

RECORRENTE: MUNICÍPIO DE CARNAUBEIRA DA PENHA

RECORRIDA: JANICLEIDE ALEXANDRINA DA CONCEIÇÃO FREIRE

DECISÃO

Trata-se de Recurso Especial interposto com fundamento no art. 105, III, alíneas "a" e "c", da Constituição Federal, contra acórdão exarado em Apelação, pela 2ª Câmara de Direito Público sob relatoria do Exmo. Des. José Ivo de Paula Guimarães.

Na origem, o Juízo de 1º Grau julgou parcialmente procedente a Ação de Cobrança, para condenar a Edilidade "ao pagamento das diferenças salariais (entre o valor contratual e o salário mínimo à época) no período de 09 de janeiro de 2010 a 30 de novembro de 2011, bem como ao pagamento de indenização substitutiva ao FGTS pelo período trabalhado" (fls. 32/37).

A Câmara Julgadora votou no sentido de "dar provimento à apelação interposta pela autora para também condenar o Município de Carnaubeira da Penha no pagamento à demandante dos valores correspondentes ao 13º salário, férias com acréscimo do 1/3 constitucional, ainda, a indenizá-la em vista de seu não cadastramento do PIS, no valor de 01 (um) salário mínimo para cada ano de atraso posterior aos primeiros 05 (cinco) anos, contados do ato de admissão no serviço público municipal, respeitada a prescrição quinquenal. Os consectários legais da condenação devem seguir os critérios delineados pelos Enunciados nºs 08, 11, 15 e 20 da Seção de Direito Público desta Corte de Justiça e, por sua vez, ter como provido parcialmente o apelo manejado pelo Município tão somente para excluir da condenação a indenização substituída do FGTS, visto se constituir ultra petita". (fls. 75/83)

O aresto restou assim ementado (fls. 71/74):

"EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. APELAÇÕES CÍVEIS. PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. REJEITADA. AÇÃO ORDINÁRIA DE COBRANÇA. SERVIDORA PÚBLICA. CONTRATO TEMPORÁRIO. SUCESSIVAS RENOVAÇÕES. DIREITO ÀS FÉRIAS E DÉCIMO TERCEIRO. TEMA 551/STF. AUSÊNCIA DE CADASTRO NO PIS. DIREITO À INDENIZAÇÃO.

CONDENAÇÃO À INDENIZAÇÃO SUBSTITUTA DO FGTS. EXCLUÍDA. RESPEITO AO PRINCÍPIO DA ADSTRIÇÃO. APELAÇÃO DA PARTE AUTORA PROVIDA. APELAÇÃO DO MUNICÍPIO PROVIDA PARCIALMENTE. DECISÃO UNÂNIME. 1. O Município apelante argui a preliminar de incompetência absoluta da Justiça Estadual para processar e julgar o feito sob a consideração de que os contratos temporários objetos da demanda foram firmados visando a aplicação de recursos federais da Fundação Nacional de Saúde - FUNASA, tendo em vista se tratar de contratação de prestador de serviços para a área indígena. 2. Com efeito, as circunstâncias apontadas pelo Município apelante não têm o condão de excluir a competência desta Justiça Estadual, máxime, quando o próprio arguente assevera que firmou os contratos temporários com a parte autora e, ademais, apesar de afirmar que a FUNASA era a real detentora da gerência sobre os contratos, nestes autos não há qualquer comprovação quanto à referida questão. Preliminar rejeitada. 3. Notadamente, ao teor da decisão, o togado monocrático julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na inicial, condenando o Município demandado a pagar à parte autora as diferenças salariais, entre o valor contratual e o salário mínimo à época), no período de 09 de janeiro de 2010 a 30 de novembro de 2011, bem como no pagamento de indenização substitutiva ao FGTS pelo período trabalhado. 4. No mérito recursal, além de atacar o direito da autora ao FGTS, o Município recorrente defende não ter também ela direito ao recebimento de férias e 13º salário, em vista de sua situação de servidora temporária. 5. Ora, as matérias relativas às férias e ao 13º salário não foram contempladas na sentença. Assim, resta evidenciada, de forma flagrante, que a fração que hostiliza o direito às férias e ao 13º salário se encontra dissociadas da ventilada na decisão proferida, que de regra, não mereceria qualquer análise, todavia, as mesmas foram apresentadas nesta instância, consoante teor do recurso interposto pela demandante. 6. De logo, assente-se que, apesar do teor do Tema 911 do STF, que ampara o direito do servidor contratado ao recebimento do FGTS, no caso concreto, a autora não faz jus a qualquer indenização substitutiva do FGTS, vez que não consta na exordial pedido de tal natureza, devendo a condenação ser excluída, sob pena de restar ferido o princípio da adstrição. 7. Os autos noticiam que a autora foi contratada temporariamente pelo Município réu para a função de auxiliar de enfermagem, exercendo-a pelo período de 14.09.2001 a 30.11.2011, ou seja, por mais de 10 (dez) anos. 8. Depreende-se ao teor do artigo 37, II da Carta Magna que, em homenagem aos princípios da isonomia, impessoalidade, publicidade, moralidade, eficiência e seletividade, o recrutamento para cargo e emprego público dar-se-á por meio de prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos. Por outro lado, como exceção à regra estabelecida no supracitado art. 37, II, da CF/88, prevê, o inciso IX do mesmo preceito, que a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público. 9. No presente caso, conforme já ressaltado, a autora foi admitida para exercer a função de auxiliar de enfermagem, a qual não se amolda às hipóteses de situação de excepcionalidade, pelo que o contrato ora em comento deve ser considerado nulo, e ademais, foi prorrogado por período superior a 10 (dez) anos, gerando para a demandante direito ao recebimento do 13º salário e férias, nos exatos termos do Tema 551 STF: "Servidores temporários não fazem jus a décimo terceiro salário e férias remuneradas acrescidas do terço constitucional, salvo (I) expressa previsão legal e/ou contratual em sentido contrário, ou (II) comprovado desvirtuamento da contratação temporária pela Administração Pública, em razão de sucessivas e reiteradas renovações e/ou prorrogações". 10. Cabia ao Município apontado como inadimplente, demonstrar nos autos o pagamento dos valores cobrados, a fim de se desincumbir da obrigação. Vale dizer, a teor do art. 373, II, é ônus do réu constituir prova dos fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito da autora, e, não o tendo feito, deve arcar com o pagamento das verbas reclamadas, em face do reconhecimento da procedência do pedido inaugural. 11. Por sua vez, merecem também albergue as razões recursais da autora no que diz respeito à indenização em vista do não cadastramento da mesma no Programa Integração Social - PIS, pois de acordo com a Lei nº 7.998/90, decorridos cinco anos do cadastramento o trabalhador tem direito a um abono corresponde a 01 (um) salário mínimo. 12. No caso ora analisado, a autora/recorrente comprovou o vínculo e a prestação de serviço, não tendo o Município demandado se desincumbido do ônus de demonstrar o cadastramento e o recolhimento do PIS, deve ser condenado à indenização pela omissão perpetrada. 13. Apelação interposta pela autora provida para também condenar o Município de Carnaubeira da Penha no pagamento à demandante dos valores correspondentes ao 13º salário, férias com acréscimo do 1/3 constitucional, ainda, a indenizá-la em vista de seu não cadastramento do PIS, no valor de 01 (um) salário mínimo para cada ano de atraso posterior aos primeiros 05 (cinco) anos, contados do ato de admissão no serviço público municipal, respeitada a prescrição quinquenal. Os consectários legais da condenação devem seguir os critérios delineados pelos Enunciados nºs 08, 11, 15 e 20 da Seção de Direito Público desta Corte de Justiça e, por sua vez, ter como provido parcialmente o apelo manejado pelo Município réu para excluir da condenação a indenização substitutiva do FGTS. Sem discrepância".

Nas razões recursais (fls. 87/101), o Recorrente suscita, além da divergência jurisprudencial quanto à aplicação do Tema 551/STF1, violação aos arts. 37, IX e 169, §1º, da CF2, ante a "impossibilidade de estender aos servidores temporários o direito ao décimo terceiro salário e férias remuneradas, ante a ausência de cláusula contratual, alinhavando tal direito, bem com inexistência de legislação municipal que outorgue os direitos formulados pela Recorrida"

Aduz que, "No presente caso, deve ser revisto a aplicação do TEMA 551/STF, haja vista que não houve o desvirtuamento na contratação temporária por excepcional interesse público. Notadamente, o Município respeitou a regra alinhavada no art. 37, inciso IX, da Constituição Federal, a qual dá azo as referidas contratações, e, some-se a isso, o contrato firmado não traz cláusula tratando de férias, ne 13º salário".

Recurso tempestivo, com representação processual regular e preparo dispensado, nos termos do artigo 1.007, §1º, do CPC3.

Contrarrazões não apresentadas (fl. 116).

É o breve relatório. Decido.

Verifico, sem maiores delongas, que o presente apelo excepcional não reúne condições de admissibilidade. Explico.

1. Ofensa a matéria constitucional: via especial inadequada.

De início, ressalte-se que o inconformismo do Recorrente desborda dos limites legais do apelo nobre, pois, se o Recurso Especial não possui entre os seus permissivos constitucionais a possibilidade de discussão de matéria constitucional, não cabe ao c. STJ manifestar-se acerca de eventual violação aos dispositivos constitucionais mencionados, tampouco ao Tema 551, julgado em sede de repercussão geral pelo e. STF.

Acerca da matéria:

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SUBMISSÃO À REGRA PREVISTA NO ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 03/STJ. PRETENSÃO DE RECEBIMENTO DE SALÁRIO EM CONFORMIDADE COM O PISO SALARIAL ESTABELECIDO POR LEI FEDERAL PARA AGENTES DE COMBATE A ENDEMIAS. ARGUMENTO EMINENTEMENTE CONSTITUCIONAL UTILIZADO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. COMPETÊNCIA DO STF. 1. No que concerne à questão do recebimento do salário em conformidade com o piso salarial estabelecido por lei federal, verifica-se que o acórdão recorrido baseia-se em fundamentos de natureza eminentemente constitucional. Em consequência, não compete ao Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso especial, analisar eventual contrariedade a preceito contido na CF/88, nem tampouco uniformizar a interpretação de matéria constitucional. 2. Agravo interno não provido".

(AgInt no REsp n. 1.736.498/SE, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 18/9/2018.) (g.n)

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE OFENSA A DISPOSITIVO LEGAL. SÚMULA N. 284 DO STF. VIOLAÇÃO DE DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO. TESE DO ESPECIAL. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA N. 211 DO STJ. DANO MORAL. CARACTERIZAÇÃO. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. SÚMULA N. 7/STJ. DECISÃO MANTIDA. (...) 2. Não cabe ao Superior Tribunal de Justiça manifestar-se acerca de suposta violação de dispositivos constitucionais, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal. 3. A simples indicação dos dispositivos legais tidos por violados, sem enfrentamento do tema pelo acórdão recorrido, obsta o conhecimento do recurso especial, por falta de prequestionamento, a teor da Súmula n. 211 do STJ. (...) 5. Agravo interno a que se nega provimento".

(AgInt no AREsp 1754353/MS, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 09/02/2021, DJe 12/02/2021) (g.n)

2. Reexame de fatos. Análise de legislação local. Incidência das Súmulas 7, do c. STJ4 e 280, do e. STF5.

Lado outro, quanto à alegada impossibilidade de estender aos servidores temporários o direito ao décimo terceiro salário e férias remuneradas, ante a ausência de cláusula contratual e inexistência de legislação municipal que outorgue tais direitos, verifica-se que tal análise, demandaria, inequivocamente, o revolvimento do conjunto probatório e a apreciação de legislação local, inviável em sede de recurso especial, respectivamente, pelo óbice do enunciado sumular 7, do c. STJ, e, pela aplicação, por analogia, da Súmula 280, do e. STF, ao caso em comento.

Neste sentido, é a jurisprudência do c. STJ:

"ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. PISO NACIONAL DO MAGISTÉRIO. NECESSIDADE DE REVISÃO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. NÃO CABIMENTO. SÚMULA 7/STJ. (...) II - O Tribunal de origem com base no contexto fático-probatório dos autos consignou que "demonstrado que o Município de Pelotas não efetuou o pagamento do vencimento da parte autora em fonformidade com a Lei Federal n. 11.738/08" (fl. 101). Assim, é evidente que, para modificar o entendimento firmado no acórdão recorrido, seria necessário exceder as razões colacionadas no acórdão vergastado, o que demanda incursão no contexto fático-probatório dos autos, vedada em Recurso Especial, conforme Súmula 7 desta Corte: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja Recurso Especial". III - Agravo interno improvido".

(AgInt no AREsp n. 885.925/RS, relator Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 1/3/2018, DJe de 6/3/2018.) (g.n)

"PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. PISO NACIONAL. MAGISTÉRIO DA EDUCAÇÃO BÁSICA. DESCUMPRIMENTO PELO MUNICÍPIO. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STF. (...) 2. Não há como aferir eventual violação sem que se reexamine o conjunto probatório dos presentes autos, vedada em Recurso Especial, conforme Súmula 7 desta Corte: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja Recurso Especial". (...)

(REsp 1670519/PE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/06/2017, DJe 21/06/2017) (g.n)

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. DÉBITO DE IPVA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. OMISSÃO. ACOLHIMENTO. ACÓRDÃO BASEADO EM LEI LOCAL. NÃO CONHECIMENTO DO APELO NOBRE. (...) 3. A análise da controvérsia posta demandaria o exame de legislação local, o que torna inviável o acolhimento do apelo nobre, segundo a aplicação analógica do enunciado n. 280 constante da Súmula do STF: "Por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário." 4. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos infringentes, para não conhecer do recurso especial".

(EDcl no REsp 1667974/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, julgado em 08/06/2020, DJe 17/06/2020) (g.n)

"PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. COBRANÇA. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DO ART. 506 DO CPC/2015. PRETENSÃO DE REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO E DE CLÁUSULA CONTRATUAL. INCIDÊNCIA DAS SÚMULA N. 5 E 7 DO STJ. INTERPRETAÇÃO DE LEGISLAÇÃO LOCAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 280 DO STF. (...) IV - Assim, alterar o entendimento do acórdão recorrido demandaria reexame de fatos, provas, e cláusula contratual, o que é vedado em razão dos óbices das Súmulas n. 5 e 7 do STJ. V - Ademais, o Tribunal a quo, para decidir a controvérsia, também interpretou legislação local, in casu, a Lei Estadual n. 13.286/2008, 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." VI - Agravo interno improvido".

(AgInt nos EDcl no AREsp 1487173/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/05/2020, DJe 11/05/2020) (g.n)

3. Dissídio jurisprudencial. Prejudicado.

Por fim, ante o reconhecimento da aplicabilidade das Súmulas obstativas de seguimento incidente ao caso (Súmulas 7, do c. STJ e 280, do e. STF) e a consequente não admissão do presente Recurso Especial com base no artigo 105, III, "a", fica prejudicado o exame do dissídio jurisprudencial invocado com fundamento na alínea "c" do mesmo dispositivo.

Veja-se a jurisprudência:

"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. FRAUDE À LICITAÇÃO. DANO AO ERÁRIO IN RE IPSA. OFENSA AO ART. 10 DA LEI N. 8.429/1992. REVISÃO DAS SANÇÕES IMPOSTAS. PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. VERIFICAÇÃO. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. PRECEDENTES. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. EXAME PREJUDICADO. (...) 3. 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 quanto ao mesmo dispositivo legal ou tese jurídica, o que ocorreu na hipótese. Nesse sentido: AgInt no REsp 1.590.388/MG, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 24/3/2017; AgInt no REsp 1.343.351/SP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 23/3/2017". (...)

(AgInt no REsp 1857348/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/11/2020, DJe 18/11/2020) (g.n)