

QUARTA CÂMARA CÍVEL

APELAÇÃO Nº 131308/2012 - CLASSE CNJ - 198 - COMARCA DE RONDONÓPOLIS

**APELANTE(S) MUNICÍPIO DE RONDONÓPOLIS
MINISTÉRIO PÚBLICO**

**APELADO(S) NÉLIO NUNES CABETTE
HERMÍNIO BARRETO**

R E L A T Ó R I O

EXMO. SR. DES. JOSÉ ZUQUIM NOGUEIRA

Egrégia Câmara:

Cuidam-se os autos de Recursos de apelação cível, sendo o primeiro interposto pelo **Ministério Público**, e o segundo pelo **Município de Rondonópolis**, em face da sentença proferida na Ação Ordinária Declaratória de Nulidade e de Direito de Regresso cumulada com Condenatória e Pedido de Antecipação de tutela proposta pelo Município apelante contra **Nélio Nunes Cabette e Hermínio Barreto**.

A ação declaratória visava reconhecer a nulidade do ato administrativo de contratação de **Nélio Nunes Cabette**, como médico no Município de Rondonópolis, e a condenação dele e de Hermínio Barreto (prefeito municipal à época da contratação), em perdas e danos, em favor do ente municipal, alegando que a contratação foi um ato ímprobo e ilegal.

O Juiz de Primeiro Grau reconheceu a coisa julgada e declarou extinto o feito, no que tange à relação de trabalho, porque o pedido já foi objeto de apreciação na Justiça do Trabalho. Quanto ao pedido de indenização por perdas e danos, julgou improcedente, e condenou o autor em R\$10.000,00 (dez mil reais) de honorários advocatícios.

Nas razões de recurso, o Município defende que a contratação sem concurso público é ilegal e fere a Constituição Federal. Se insurgiu, ainda, quanto ao valor fixado a título de honorários, pedindo sua redução.

O Ministério Público também interpôs recurso de apelação, alegando que o Erário da municipalidade de Rondonópolis foi lesado em R\$389.753,00 (trezentos e oitenta e novo mil setecentos e cinquenta e três reais), em razão da contratação ilegal; ratificou os argumentos do Município, quando à ilegalidade da contratação sem concurso público e argumentou que o segundo apelado (prefeito) agiu com dolo na contratação e, portanto, deve ser responsabilizado.

QUARTA CÂMARA CÍVEL

APELAÇÃO Nº 131308/2012 - CLASSE CNJ - 198 - COMARCA DE RONDONÓPOLIS

As contrarrazões vieram às fls. 626-633; 634-640, onde os apelados, rebatendo os argumentos recursais, pugnam pelo desprovimento do apelo.

O parecer da Procuradoria-Geral de Justiça (fls. 651-655), foi pelo provimento dos recursos.

É o relatório.

À douda Revisão.

V O T O

EXMO. SR. DES. JOSÉ ZUQUIM NOGUEIRA (RELATOR)

Egrégia Câmara:

Embora tanto o Município, quanto o Ministério Público tenham interposto recurso de apelação, julgarei ambos, simultaneamente, pois, exceto quanto ao valor fixado a título de honorários, as alegações são, basicamente, as mesmas. Consistem na nulidade do contrato de trabalho e no dever dos apelados de indenizar o Erário.

Pois bem. O Município de Rondonópolis propôs Ação Ordinária Declaratória de Nulidade e de Direito de Regresso, cumulada com Condenatória e Pedido de Antecipação de tutela contra **Nélio Nunes Cabette e Hermínio J. Barreto**. Àquele, médico contratado pelo Município (em janeiro de 1989), sem concurso público, e este, o Prefeito à época - responsável pela contratação.

Sustentou o Município que ambos deveriam responder pela condenação em perdas e danos, porque a contratação foi ilegal e inconstitucional; fruto de ato de improbidade administrativa, já que levada a efeito sem concurso público.

Numa detida análise dos autos, sobretudo das razões dos recursos, verifico que a pretensão posta na ação declaratória, em verdade, nasceu quando o primeiro apelado (Nélio Nunes Cabette) ingressou na Justiça do Trabalho (em 04/03/1993), reclamando as verbas salariais contra o Município. O Município, por sua vez, deixou de comparecer à audiência, o que acarretou a confissão e reconhecimento do vínculo laboral. A ação transitou

QUARTA CÂMARA CÍVEL

APELAÇÃO Nº 131308/2012 - CLASSE CNJ - 198 - COMARCA DE RONDONÓPOLIS

em julgado e deu-se início à fase executória, que culminou num acordo, no valor de R\$389.753,00 (trezentos e oitenta e novo mil setecentos e cinquenta e três reais).

Todas as questões de ordem processual e material relativas ao crédito trabalhista, inclusive sobre a competência da Justiça do Trabalho para apreciar a matéria, foram exauridas e acobertadas pelo manto da coisa julgada.

Daí, após esgotar todos os meios de recurso na Justiça Trabalhista, o Município, inconformado, vem com uma nova estratégia de defesa: a declaratória de nulidade do ato.

Ocorre que, de acordo com o que consta dos autos e como bem ponderou o magistrado sentenciante, “(...) **no tocante à ilegalidade desse ato de contratação, conforme informado e reconhecido pelo próprio autor, foram esgotadas as instâncias e possibilidades recursais em relação à procedência do pedido do Réu contra o Município, na esfera trabalhista, sendo, ainda, informado que a referida decisão foi objeto de rescisória, que igualmente não logrou êxito em modificar a condenação, transitando em julgado.**” (destaquei) (fl. 575)

A Justiça do Trabalho, ainda, reconheceu a ilegalidade do ato de contratação sem concurso, porém, esclareceu que tal ato não desonera o Município do pagamento das verbas trabalhistas, já que, ainda que eivado de nulidades, o contrato gerou efeito entre as partes; que não houve má-fé por parte do empregado (fls. 103-107).

Por isso, entendeu o Juiz sentenciante que não haveria mais porque discutir a matéria já albergada pela coisa julgada, sendo a *nulidade do contrato assunto encerrado*.

A situação, a meu ver, é um pouco complexa, porque, embora a Justiça do Trabalho tenha decidido definitivamente pela não nulidade do contrato laboral, impõe-se uma reflexão a respeito do tema “nulidades”, tanto à luz do princípio da legalidade dos atos da Administração, quanto dos efeitos, já que cumulado com o pedido de nulidade, esta ação objetiva a condenação dos requeridos em ressarcir o Erário, e o suposto prejuízo é derivado do pagamento relativo à relação de trabalho. Logo, é partindo dos efeitos da nulidade, que se chegará à conclusão se é ou não devido o ressarcimento e, em caso positivo, qual a verba deverá ser ressarcida.

QUARTA CÂMARA CÍVEL

APELAÇÃO Nº 131308/2012 - CLASSE CNJ - 198 - COMARCA DE RONDONÓPOLIS

Pois bem. Ao que consta dos autos, o primeiro apelado (Nélio Nunes Cabette) foi contratado no início de janeiro de 1989, por contrato verbal, para exercer a função de médico anestesista do Pronto Socorro Municipal de Rondonópolis e demitido, sem justa causa, em 17.02.93.

O contrato de trabalho, portanto, sem qualquer documento que comprovasse a excepcionalidade, foi firmado ao arrepio da norma constitucional (art. 37, II), que prevê a necessidade de concurso público. Assim, uma vez não atendida a exigência do concurso público, é princípio mezinho, que a contratação deve ser declarada nula, em cumprimento à regra do art. 37, § 2º da Constituição Federal.

Sob as luzes civilistas, a ilegalidade que gera nulidade absoluta, leva a reconhecer a inexistência do ato e, consequentemente, os efeitos se produzem *ex tunc*, ou seja, desde a prática do ato, retornando a situação ao *status quo ante*.

Sob a ótica do direito do trabalho, contudo, a questão impõe uma análise sob outro ângulo, sobretudo em se considerando o decurso do tempo desde a prática do ato, sua natureza; a data do pedido de declaração de nulidade e a impossibilidade de se retornar à situação anterior à sua realização.

O objeto do contrato, no caso, é lícito, apesar de o médico apelado ter trabalhado ilegalmente (sem ter sido submetido a concurso público). Não houve, por outro lado, prova de que o tenha feito de má-fé. Ao contrário, o que consta dos autos e reconhecido pela Justiça do Trabalho, é que ele trabalhou para o Município por mais de 04 (quatro) anos.

A impossibilidade de se fazer voltar a situação ao *status quo ante* é óbvia: não há como se devolver a mão de obra prestada, a força de trabalho do apelado, tampouco o trabalho pode ser desfeito. Logo, o ato ilegal da Administração produziu efeitos que repercutiram em outra situação jurídica que não pode ser desfeita, sob pena de enriquecimento ilícito por parte da Administração, o que não se tolera no ordenamento jurídico pátrio.

A conclusão a que se chega, então, é que, apesar de nulo, esta nulidade só pode operar-se *ex nunc*, como, aliás, é o entendimento da jurisprudência da Justiça Trabalhista, v.g. Recurso de Revista n. 67810/94.

QUARTA CÂMARA CÍVEL

APELAÇÃO Nº 131308/2012 - CLASSE CNJ - 198 - COMARCA DE RONDONÓPOLIS

Sendo assim, decidiu com acerto o Juiz de Primeira Instância, ao reconhecer a coisa julgada que se deu na Justiça do Trabalho, sobre a nulidade (declarada a partir do encerramento do contrato).

Encerrada a questão da nulidade, cabe analisar se é o caso de condenar os requeridos, ora apelados, na obrigação de ressarcir o Erário, em razão da condenação trabalhista.

De acordo com a disposição constitucional (§ 6º, art. 37, CF), um dos requisitos para condenação regressiva, é que tenha o funcionário público causado dano ao Erário Público, agindo com dolo ou culpa.

Então, necessário aferir: o dano ao Erário e o dolo ou culpa dos apelados.

A contratação do primeiro apelado, sem concurso público, não há como negar, afrontou a Constituição, porque não restou demonstrado que se encaixaria nas exceções legais, que permite a contratação sem concurso público. No entanto, ainda que por contratação irregular, os serviços foram prestados, como dito, por mais de 04 (quatro) anos. Isto foi reconhecido pela própria Justiça do Trabalho e não há prova que venha a elidir esta certeza.

Serviço prestado enseja a contraprestação – o pagamento. Logo, o valor recebido pelo primeiro apelado por uma questão lógica, dele não pode ser cobrado a título de restituição aos cofres públicos, sob pena de configurar enriquecimento ilícito por parte da Administração.

É este, aliás, o entendimento do Supremo Tribunal Federal. O Ministro Celso de Melo, em decisão monocrática que proferiu no AI 743.712 AgR destacou a existência de "entendimento jurisprudencial prevalecente no âmbito desta Suprema Corte, que reconhece, como único efeito jurídico válido resultante do pacto celebrado, o direito à percepção do salário referente ao período efetivamente trabalhado".

Também em acórdão relatado pelo Ministro Carlos Britto a posição do Tribunal restou clara: "1. Após a Carta Magna de 1988, é nula a contratação para a investidura em cargo ou emprego público sem prévia aprovação em concurso público. Tal contrato gera, tão-somente, o direito ao pagamento dos salários pelos dias efetivamente trabalhados, pena de enriquecimento sem causa do Poder Público." (AI 502140 AgR).

QUARTA CÂMARA CÍVEL

APELAÇÃO Nº 131308/2012 - CLASSE CNJ - 198 - COMARCA DE RONDONÓPOLIS

No que se refere ao segundo apelado – o ex-prefeito, responsável pela contratação, entretanto, o entendimento, não é o mesmo. Isto porque, na qualidade de agente público, tinha o dever de agir com lisura, dentro da legalidade, em estrita observância aos comandos insertos no art. 37 da Constituição Federal. Não o fazendo, incorre em atos que podem gerar a obrigação de reparar o dano, e, no caso, a previsão está contida no § 2º, do art. 37, da Constituição Federal que diz : ***“A não observância do disposto nos incisos II e III implicará a nulidade do ato e a punição da autoridade responsável, nos termos da lei”***.

É de se ver, daí, que, a rigor, é direito do Município de pleitear a reparação do prejuízo do erário público, em face do seu ex-gestor, quando concreto e efetivo o dano, como na hipótese. Este direito é exercido exatamente por meio da ação ordinária regressiva, que, nas palavras de Diogenes Gasparini (2005, p. 909), ***“(...) é medida judicial de rito ordinário, que propicia ao Estado reaver o que desembolsou à custa do patrimônio do agente causador direto do dano, que tenha agido com dolo ou culpa no desempenho de suas funções (...) Tal medida deve ser interposta, uma vez transitada em julgado a sentença que condenou a Administração Pública, ou após esse pagamento, nos casos de acordo. (...) São requisitos dessa ação: a) a condenação da Administração Pública a indenizar, por ato lesivo de seu agente; b) o pagamento do valor da indenização; c) a conduta lesiva, dolosa ou culposa do agente causador do dano.”***

Verifica-se dos ensinamentos doutrinários, que é exatamente a hipótese dos autos. O segundo apelado, na qualidade de prefeito municipal, contratou sem o devido concurso público; desta contratação, resultou o pagamento das verbas trabalhistas para o primeiro apelado, no valor acordado de R\$389.753,00 (trezentos e oitenta e novo mil setecentos e cinquenta e três reais), ou seja, foi o valor que saiu dos cofres da Prefeitura Municipal, decorrente de um ato ilegal, uma conduta inconstitucional, para a qual a própria Constituição prevê punição.

Ressalte-se, que, no caso, não é necessária a propositura de uma ação de improbidade administrativa, para reconhecer o dever de ressarcimento por parte do agente público. Aqui não se está falando em ato ímprobo (em sentido estrito), tampouco na penalidade de ressarcimento, previsto na LIA. A situação aqui é constitucionalmente prevista, porque se dispensa o elemento volitivo, o dolo. Basta a culpa, para que o agente seja obrigado à

QUARTA CÂMARA CÍVEL

APELAÇÃO Nº 131308/2012 - CLASSE CNJ - 198 - COMARCA DE RONDONÓPOLIS

restituição. E, no caso, não há como se negar a culpa, porque o ex-prefeito agiu contrário às regras constitucionais de observância obrigatória e, portanto, lesando os cofres públicos, tem o dever de restituição.

O Supremo Tribunal Federal, julgando o RE 596478 (13.06.2012), numa discussão no Pleno, aludiu-se ao fato de que se houvesse irregularidade na contratação de servidor sem concurso público, o responsável, comprovando dolo ou culpa, responderia regressivamente nos termos do art. 37, da CF. O debate deu-se da seguinte forma:

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - E mais, para os responsáveis, conforme diz o Ministro Ricardo Lewandowski, fiquem atentos, porque, se eles descumprirem o art. 37, terão que responder também pelo depósito de fundo de garantia e ressarcir o ente público. Em outras palavras, reforça a norma constitucional.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - O § 2º do artigo 37 exige a punição da autoridade responsável.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Exatamente. Responderá pelas consequências do ato, inclusive ressarcindo ao Erário o fundo de garantia que tenha sido depositado.

Não restam dúvidas, portanto, que cabe ao Município o direito de regresso, contra seu ex-gestor e, por parte deste, o dever de restituir os valores que o Município foi obrigado a desembolsar, para o pagamento dos serviços prestados, por aquele que foi contratado sem concurso público.

Confesso que este entendimento não é uma situação pacífica na jurisprudência, mas acredito e espero que a situação seja repensada pelo Judiciário, porque estão cada dia mais corriqueiras as contratações sem concurso público, em evidente afronta à Constituição Federal, e os agentes responsáveis ficam ilesos, diante do reconhecimento do direito do contratado ao recebimento das verbas trabalhistas.

Está mais que na hora de fazer valer o efetivo direito de regresso do Ente Público contra seus gestores e destes responderem com seu patrimônio, pelas mazelas e prejuízos deixados ao Erário Público. Se agem contra a lei, sabendo das consequências, que arquem com elas, quando instados a fazê-lo.

QUARTA CÂMARA CÍVEL

APELAÇÃO Nº 131308/2012 - CLASSE CNJ - 198 - COMARCA DE RONDONÓPOLIS

De bom alvitre, outrossim, trazer à colação ensinamentos de Geraldo Ataliba, que por certo servirá de reflexão para aqueles que exercem função pública. Assim assevera o mestre, *in verbis*:

[...] os exercentes de função políticas agem debaixo de um estatuto especial, viabilizado pelo mandato; esse estatuto foi qualificado por Cirne Lima como relação de administração. O administrador gere coisa alheia. O dono continua sendo do povo. É seu nome que age o governante, que não se pode se comportar como dono, mas como administrador, mandatário. Por isso, Sampaio Dória vê no mandato político espécie perfeita do gênero mandato.

É muito didática a síntese do saudoso mestre: “1º) o representante tem de querer com o povo, ou como povo, e nunca em nome próprio, como em causa própria; 2º) as atribuições dos governantes são as instruções do povo em leis ou costumes, ou tudo o que estiver implícito na finalidade do encargo; 3º) com a eleição d governantes, o povo não aliena o direito de os chamar a contas, e responsabilizá-los pelo que tenham feito, ou deixado de fazer; 4º) o governante é autodeterminante na técnica com que desempenhe seu mandato” (ob., p. 312).(ATALIBA, Geraldo. República e Constituição. 3. Ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 83 e 96).

Nesse diapasão, com respaldo na cristalina norma Constitucional (art. 37, § 2º), vejo que merecem acolhidas as razões recursais, tanto do Município, quanto do Ministério Público, no que tange ao dever de ressarcimento dos cofres públicos, embora somente pelo segundo apelado.

É oportuno registrar, até para que este meu entendimento não seja interpretado em conflito com aquele exarado no RAC 4927/2013 (onde também era julgada a conduta de um médico, contratado sem concurso público em Lambari D'Oeste-MT), que naquele feito, excepcionalmente, me manifestei pela não configuração da improbidade, porque a situação da estrutura da saúde do Município de Rio Branco (que abrange também o Município de Lambari D'Oeste e Salto do Céu) contava com apenas 02 (dois) médicos, sendo um deles o médico que estava sendo julgado. Ou seja, uma situação de excepcionalidade e

QUARTA CÂMARA CÍVEL

APELAÇÃO Nº 131308/2012 - CLASSE CNJ - 198 - COMARCA DE RONDONÓPOLIS

urgência, que justificou a contratação sem concurso público e desconstituiu, a meu ver, o ato ímprobo. Foi este o meu fundamento.

Aqui, embora não se trate de ação de improbidade, indubitavelmente, o ato é revestido desta característica e, como dito acima, não veio nos autos nenhuma situação a justificar a excepcionalidade da contratação. Logo, reconhecer a ilegalidade e o direito de regresso é medida que se impõe, nos termos delineados na fundamentação alhures.

Isso posto, **dou provimento integral ao recurso manejado pelo Ministério Público e, provimento parcial ao recurso manejado pelo Município de Rondonópolis**, para o fim de reformar a sentença, no sentido de julgar procedente o pedido de condenar tão somente o ex-gestor Municipal Herminio J. Barreto à restituir ao Erário Público, o valor integral da condenação trabalhista, que beneficiou Nélcio Nunes Cabette, acrescido de juros e correção monetária, nos moldes da norma vigente, invertendo-se o ônus da sucumbência, restando prejudicado o recurso, que objetivava a minoração da verba honorária.

É como voto.

**APELANTES: MUNICÍPIO DE RONDONÓPOLIS
MINISTÉRIO PÚBLICO**

**APELADOS: NÉLIO NUNES CABETTE
HERMÍNIO BARRETO**

Número do Protocolo: 131308/2012

Data de Julgamento: 11-03-2014

E M E N T A

**RECURSOS DE APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA
DE NULIDADE DE ATO ADMINISTRATIVO C/C PERDAS E DANOS –
CONTRATAÇÃO SEM CONCURSO PÚBLICO – ILEGALIDADE –
PAGAMENTO DE VERBAS TRABALHISTAS – DIREITO DE REGRESSO**

QUARTA CÂMARA CÍVEL

APELAÇÃO Nº 131308/2012 - CLASSE CNJ - 198 - COMARCA DE RONDONÓPOLIS

CONTRA O EX-GESTOR - PREVISÃO CONSTITUCIONAL (ART. 37, § 2º) –
RECURSO DO MP PROVIDO – RECURSO DO MUNICÍPIO PROVIDO
PARCIALMENTE – SENTENÇA REFORMADA EM PARTE -.

Após a Carta Magna de 1988, é nula a contratação para a investidura em cargo ou emprego público sem prévia aprovação em concurso público. Tal contrato gera, tão-somente, o direito ao pagamento dos salários pelos dias efetivamente trabalhados, pena de enriquecimento sem causa do Poder Público.

Deve ser punida a autoridade responsável pelo ato que atente contra a obrigatoriedade do concurso público, *ex vi* do § 2º do artigo 37 da Constituição Federal exige. Esta punição alcança o dever de ressarcir o Erário pelo prejuízo causado com o pagamento do servidor contratado, sem concurso público.