5ª. TURMA
RECURSO ORDINÁRIO Nº 0023600-42.2009.5.05.0011RecOrd
RECORRENTE(s): Ministério Público do Trabalho
RECORRIDO(s): Companhia de Gás da Bahia e Outros (1)
REDATOR: Desembargador ESEQUIAS DE OLIVEIRA

AÇÃO CIVIL PÚBLICA PROMOVIDA PELO MPT CONTRA SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA ESTADUAL E SEU DIRETOR-PRESIDENTE, PRETENDENDO QUE ABSTENHAM-SE DE CONTRATAR EMPREGADOS SEM PRÉVIO CONCURSO PÚBLICO DE PROVAS OU PROVAS E TÍTULOS. ACUSAÇÃO DE DANO MORAL COLETIVO COM PEDIDO DE RESPECTIVA CONDENAÇÃO. Estando certificado no processo que empresa integrante da Administração Indireta do Estado da Bahia contrata parte dos seus empregados prescindindo de prévio certame público de provas ou provas e títulos como exigido pelas normas constitucionais do *caput* e incisos I e II do art. 37, restam violados os princípios da legalidade, impessoalidade, finalidade e moralidade, além daquele da acessibilidade dos empregos públicos a todos que preencham os requisitos legais. Daí que procede a ação civil pública para impor a correção das contratações já realizadas irregularmente e proibir, definitivamente, que outras venham a ser realizadas, isso sob sanção. Tipificado, também, o dano moral coletivo, procede a condenação na indenização respectiva, não só da Companhia, mas igualmente, e de forma solidária, do seu diretor-presidente.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO recorre ordinariamente às folhas 557 a 580 contra a sentença de folhas 535 a 541, complementada pela decisão de folha 549, proferida na ação civil pública por ele proposta em face de **COMPANHIA DE GÁS DA BAHIA - BAHIAGÁS E DAVIDSON MAGALHÃES.**

Insurge-se o recorrente contra a decisão de primeiro grau, na qual foram julgados improcedentes todos os pedidos por ele formulados na ACP, quais sejam:

1.1 decretar a nulidade de todos os contratos firmados para a ocupação dos “cargos em comissão” da BAHIAGÁS, salvo os do Conselho Fiscal e da Diretoria Executiva, conforme prevê o artigo 8º e seguintes do Estatuto da

Empresa, em razão da manifesta ilegalidade e inconstitucionalidade ou ainda por não terem sido os mencionados cargos criados por Lei em afronta ao disposto no artigo 37, II, da Constituição Federal;

1.2 determinar que a BAHIAGÁS se abstenha de contratar/nomear, sem prévia admissão mediante concurso público, pessoal para ocupação de cargo/emprego em comissão ou função de confiança/gratificada, salvo para a ocupação dos cargos relativos ao Conselho de Administração, ao Conselho Fiscal e à Diretoria Executiva, que encontram amparo no artigo 173, § 1º, IV e V, da Constituição Federal, sob pena de pagamento de multa no valor de R$20.000,00, por trabalhador admitido nessas condições, valor reversível ao FAT;

1.3 compelir a BAHIAGÁS, no prazo de dez meses ou outro prazo que o Juiz entender pertinente, a afastar os trabalhadores contratados ilegalmente para ocupação de todos os "cargos em comissão" ou, eventualmente, os contratados para ocupação do cargo de Secretário, por este não possuir atribuições de direção, chefia e assessoramento, fixando-se multa diária de R$1.000,00, por cada trabalhador em situação irregular;

1.4 condenar ao pagamento da quantia de R$50.000,00 a título de reparação pelos danos causados aos direitos difusos e coletivos dos trabalhadores coletivamente considerados, corrigida monetariamente até o efetivo recolhimento em favor do FAT;

1.5. condenar o Diretor Presidente da BAHIAGÁS, Sr. Davidson Magalhães, a responder solidariamente pelas astreintes fixadas, considerando a sua responsabilidade em cumprir o mandamento judicial imposto.

Os Reclamados ofereceram contra-razões às folhas 583 a 590.

Por ter proferido voto prevalecente, fui designado Redator.

É O RELATÓRIO.

VOTO

PRELIMINARES VENTILADAS NA DEFESA

Reiteram os Recorridos as preliminares ventiladas na defesa, sem, entretanto, apontar qualquer fundamento novo que se contraponha ao que foi decidido. Mesmo assim, elas devem ser enfrentadas por este Colegiado, consoante entendimento consolidado na Súmula 393 do TST.

Entendo que as preliminares foram objeto de correta apreciação pelo Juiz de primeiro grau, motivo pelo qual me valho das razões expendidas na sentença como minhas para decidi-las.

> *"1. AUSÊNCIA DE CONTRADITÓRIO NO INQUÉRITO CIVIL. VIOLAÇÃO DE NORMA CONSTITUCIONAL.*
>
> *Pretende a demandada a extinção da presente ação civil pública sem resolução de mérito sob o argumento de que o inquérito civil que a precedeu não atendeu aos princípios do contraditório e da ampla defesa.*
>
> *Para enfrentar a matéria é importante definir a natureza jurídica do inquérito civil.*
>
> *O Ministro do Supremo Tribunal Federal, José Celso de Mello Filho, afirmou tratar-se o inquérito civil de "procedimento meramente administrativo, de caráter pré-processual, que se realiza extrajudicialmente. O inquérito civil, de instauração facultativa, desempenha relevante função instrumental. Constitui meio destinado a coligir provas e quaisquer outros elementos de convicção, que possam fundamentar a atuação processual do Ministério Público. O inquérito civil, em suma, configura um procedimento preparatório, destinado a viabilizar o exercício responsável da ação civil pública. Com ele, frustra-se a possibilidade, sempre eventual, de instauração de lides temerárias". (grifo nosso).*
>
> *Podemos concluir que o inquérito civil trata-se de um processo administrativo, de caráter pré-processual, de instauração facultativa, tendo como único titular o Ministério Público.*
>
> *Ora, se a instauração da do inquérito civil é ato facultativo do Ministério Público, significa dizer que ainda que não tivesse sido instaurado não seria um óbice para a ação civil pública, logo não há fundamento para a tese da defesa no sentido de extinguir o feito sem resolução de mérito por ferir princípios de contraditório e ampla defesa.*
>
> *É importante salientar que os princípios constitucionais de contraditório e ampla defesa não foram feridos haja vista que*

a competente ação civil pública foi intentada, a parte contrária foi devidamente notificada, e todas as questões serão apreciadas através da presente sentença.

2. CABIMENTO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INTERESSES INDIVIDUAIS.

Argumenta a ré que a presente ação civil pública não tem cabimento pois a discussão versa sobre direitos individuais pois visa decretação de contratos de trabalho de empregados ocupantes de cargos comissionados, admitidos sem prévia aprovação em concurso público, e a abstenção de contratação de novos empregados sem concurso público.

Equivocada a análise da demandada, data vênia. No presente feito será analisada se é ou não permitida, à luz da Constituição Federal, que as empresas públicas e sociedade de economia mista procedam a nomeação de empregados para ocupar cargos comissionados sem aprovação em concurso público, fato este que é de relevante interesse público, portanto interesse difusos e coletivos. Assim sendo rejeito a preliminar arguida ao tempo em que declaro o cabimento da presente ação.

3. CUMULAÇÃO DE PEDIDOS.

Com fundamento no art. 3o da Lei 7.347/85 os demandados argumentam que há impossibilidade da cumulação de pedidos formulados pelo Ministério Público do Trabalho, tendo em vista que o referido dispositivo legal utiliza-se da conjunção "ou" quando trata da "condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer".

Divirjo do entendimento dos réus a respeito da interpretação dada ao dispositivo legal, até mesmo porque o art. 11 da mesma lei, retro mencionada, determina que "na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor".

Considerando que até mesmo o juiz poderá, de ofício, cominar pena em dinheiro pelo descumprimento de obrigação de fazer ou não fazer logo não há que se falar impossibilidade na cumulação dos pedidos, sem contar que foram atendidos os requisitos contidos no art. 292, § 1º, I, II e III, do CPC.

Deste modo rejeito a preliminar arguida no particular".

MÉRITO

A empresa recorrida **Companhia de Gás da Bahia**, integra a Administração Indireta do Estado da Bahia e o pólo passivo desta ação, igualmente está integrado por seu diretor presidente Davidson Magalhães.

A lide a ser solucionada consiste na denúncia formulada pelo recorrente, **Ministério Público do Trabalho**, de que a empresa recorrida mantém em seu quadro de pessoal, 17 empregados não concursados, denominados de "empregados em comissão" ou "função de confiança", previsto no Regimento Interno da Empresa, exercendo cargos de Gerente, Assessor, Ouvidor, Consultor e Secretário. Diz ainda que essas atribuições nem sempre correspondem às funções de direção, chefia e assessoramento previstos em sede constitucional.

Afirma em prosseguimento o recorrente, que não há possibilidade jurídica de existência de "emprego em comissão" e funções de confiança em empresas públicas.

Sobre o ponto conclui afirmando que a empresa recorrida, no tocante a seus cargos comissionados, ofendeu triplamente o ordenamento jurídico:

> *"a) Criou "cargos" em comissão em violação à Constituição Federal, que adota a regra da obrigatoriedade do concurso público e não admite a criação de tais cargos por entidades de direito privado;*
> *b) Criou cargos comissionados não previstos por lei em sentido material e formal; e*
> *c) Criou cargos comissionados para atribuições que não se coadunam com as de direção, chefia e assessoramento.*
> ***Merece reforma, portanto, a sentença de piso, pois todos os "cargos comissionados" da empresa ré, salvo os do Conselho de Administração, do Conselho Fiscal e da Diretoria Executiva, conforme prevêem os arts. 8º e SS do seu Estatuto, são nulos, nos termos do art. 37, § 2º, da***

CF/88, aplicando-se o disposto na Súmula 363 do Colendo TST".

Em prosseguimento afirma o recorrente que, o ato da empresa recorrida consistente em contratar "empregados em comissão" sem previsão em lei e para o preenchimento de funções alheias a direção, chefia e assessoramento, encontra-se eivado de ilicitude, que produz danos morais e sociais. Daí formulou pedido de condenação da empresa em danos morais e a responsabilização solidária do gestor público nas "astreintes".

O pedido recursal formulado é o seguinte:

"A) ***pela reforma da sentença de primeiro grau,*** *julgando procedentes os pedidos formulados na ação civil pública pelo Ministério Público do Trabalho, quais sejam:*

1.1 decretar a nulidade de todos os contratos firmados para a ocupação dos "cargos em comissão" da BAHIAGÁS, salvo os do Conselho de Administração, do Conselho Fiscal e da Diretoria Executiva, conforme prevê o art. 8º e SS. do Estatuto da empresa, em razão da manifesta ilegalidade e inconstitucionalidade;

1.2 determinar qua a BAHIAGÁS ***abstenha-se de contratar/nomear, sem prévia admissão mediante concurso público, pessoal para ocupação de cargo/emprego em comissão ou função de confiança/gratificada,*** *salvo para ocupação dos cargos relativos ao Conselho de Administração, do Conselho Fiscal e da Diretoria Executiva, sob pena de pagamento de multa no valor de R$ 20.000,00 (vinte mil reais), por trabalhador admitido nessas condições, valor reversível ao FAT;*

1.3 *compelir a BAHIAGÁS,* ***no prazo máximo de 10 (dez) meses ou outro prazo que se entenda pertinente,*** *a afastar os trabalhadores contratados ilegalmente para ocupação de todos os "cargos em comissão" ou eventualmente, os contratados para ocupação dos cargos de Secretário,* ***fixando-se multa diária de R$ 1.000,00 (um mil reais) por cada trabalhador em situação irregular; e***

1.4 *condenar ao pagamento da quantia de* ***R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais)****, a título de reparação pelos danos causados aos direitos difusos e coletivos dos trabalhadores coletivamente considerados, corrigida monetariamente até o efetivo recolhimento em favor do FAT.*

Em atenção ao princípio da eventualidade, caso o pedido aduzido no item 1.1 não seja deferido, requer:

1.5 *caso se entenda ser possível a existência de "empregos em comissão", temos que seria necessária a sua prévia criação por meio de lei, nos termos do que vem definido no art. 37, II, da CF/88, em razão de se tratar de exceção à regra da prévia aprovação em concurso público. Não sendo o caso em análise, impõe-se a declaração das nulidades;*

1.6 *seja decretada a nulidade dos contratos firmados entre a BAHIAGÁS e empregados sem prévia admissão mediante concurso público admitidos após 12/10/1988, para ocupação do cargo de* ***Secretário****, por não prever atribuições de direção, chefia e assessoramento;*

2 ***Em face do segundo réu, Diretor Presidente da BAHIAGÁS, no momento representado pelo Sr. Davidson Magalhães, o seguinte provimento:***

*2.1 A condenação a responder solidariamente pelas astreintes fixadas nos **1.2 e1.3.** Ressalte-se que a presente obrigação deve ser dirigida ao titular do cargo de Diretor Presidente da entidade, durante o seu exercício."*

Conforme consignado de passagem acima, a decisão de primeiro grau, fls. 535/541, julgou a ação improcedente, desacolhendo inteiramente o pedido inicial. A parte nodal e conclusiva dessa decisão tem os seguintes fundamentos:

"*Diante do exposto concluo que apesar de não constar expressamente do II do art. 37 da CF/88 a exceção que estabelece ao princípio do concurso público os empregos de confiança em empresas públicas e sociedades de economia mista, estas hipóteses devem ser por analogia consideradas incluídas neste campo de excepcionalidade, até mesmo porque não existe vedação legal.*

A mesma razão que justifica a exceção constitucional para os cargos públicos da Administração Direta e autárquica aponta para a necessidade desta ser estendida também para as atividades funcionais de confiança nas entidades estatais de direito privado.

Por fim entendo acertado que a definição destes empregos de confiança se dê por atos internos dos órgãos competentes destas entidades estatais, desde que não esteja ferindo os

princípios de moralidade, publicidade e eficiência, previstos no caput do art. 37 da CF/88.

Por fim chamo a atenção para o fato de que a jurisprudência indicada na exordial também admite a figura do emprego público em comissão, vide fls. 12/13 EMPRESA PÚBLICA, EMPREGO EM COMISSÃO. "É admissível a figura do emprego público em comissão", já que o texto constitucional não apresenta nenhuma vedação a sua existência.

Por fim destaco o fato de que as nomeações de emprego público em comissão pela demandada não foram excessivas, tendo em vista que após as investigações do parquet foi constatado que a empresa possui 117 concursados efetivos, e apenas 17 empregados ocupantes de cargos em comissão, e ainda assim para o exercício de função de confiança.

Isto posto e considerando que não há nulidade nos contratos firmados pela demandada quando da contratação de empregos públicos em comissão julgo improcedente a presente ação civil pública em todos os seus termos".

O ponto nodal do conflito recursal consiste na fixação do entendimento jurídico sobre a possibilidade de empresa de economia mista, integrante da Administração Indireta do Estado da Bahia, poder corretamente contratar empregados sem que os mesmos, para essa finalidade, tenham previamente, se submetido a concurso público de provas ou provas e títulos.

Posta nesses termos a questão, uma vez que não há conflito sobre a natureza jurídica estrutural da empresa recorrida, assim como não há divergência de que a mesma possui um conjunto de 17 trabalhadores que nela ingressaram e integram seu quadro de empregados sem que para tanto tenham, previamente, se submetido a concurso público de provas ou provas e títulos.

Assim, entendo que o conflito atrai a incidência do caput do artigo 37 da CF, que no particular, estabelece que a Administração Pública Indireta do Estado-membro obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Além dessas normas principiológicas do *caput* do artigo 37, incidem, também, na hipótese em julgamento, as normas dos incisos I e II desse mesmo artigo da Constituição; estabelecendo o primeiro deles a acessibilidade dos empregos dos entes públicos da Administração Indireta aos brasileiros e estrangeiros que preencham os requisitos legais; e o segundo dos incisos estabelece a exigência do prévio concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do emprego, para o respectivo acesso.

Essas são as normas principais que incidem na hipótese em julgamento e que disciplinam a matéria, à luz das quais e das demais normas jurídicas que mencionarei ao longo desta fundamentação, **entendo que tem procedência a irresignação recursal**.

Veja-se que, à luz do *caput* do artigo 37 da CF incide na hipótese em julgamento e importa que seja observado precisa e rigorosamente o princípio da legalidade, em face do qual o administrador público – e o diretor da empresa recorrida é administrador público -, "está em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso" (Meireles).

Reitero que na particular hipótese em julgamento, para a admissão de empregado por sociedade de economia mista, o inciso II do artigo 37 da CF é expresso na exigência do prévio concurso público de provas ou provas e títulos, não havendo para a matéria exceção – situação de ressalva presente no mesmo inciso legal, para hipótese diversa, ou seja, para nomeações em cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração – aspecto esse certificador e obstativo de extensão de idêntica ressalva por via de interpretação normativa e até mesmo por via legal.

Aliás, não cabe interpretação ampliativa ou extensiva no sentido de chancelar as ações da empresa recorrida no caminho adotado e impugnado neste recurso em julgamento, porque a norma constitucional do princípio da acessibilidade envolve um outro princípio, igualmente constitucional, o da isonomia, artigo 5°, II, que consagra a igualdade de todos os brasileiros e até estrangeiros que atendam aos requisitos estabelecidos em lei, o que obsta a toda e qualquer ação ou procedimento discriminatório de acesso aos direitos e garantias estabelecidos em lei. Daí, para a admissão ou aceitabilidade da discriminação pretendida pela empresa recorrida e impugnada pelo recorrente – admissão de um grupo de empregados sem concurso público de provas ou provas e títulos – seria necessário a existência de um fator discriminatório legítimo, não presente na situação em julgamento.

A propósito desse relevante ponto quanto ao fator de discriminação entre situações assemelháveis, no caso em julgamento seria a postura da empresa recorrente contratando sem prévio concurso público de provas ou provas e títulos empregados ditos em comissão ou de confiança, situação essa em similitude com aquela de que trata a norma excetiva da parte final do inciso II do artigo 37 da CF, que no funcionalismo público propriamente dito permite admissões para cargos em comissão sem esse certame. Todavia, o caminho adotado pela empresa recorrida no presente caso, não se sustenta, por falta de amparo na própria Constituição que, no particular, na cabeça do artigo 37 impõe e submete toda a administração indireta de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios aos princípios que especifica, dentre os quais o da legalidade, impessoalidade e moralidade, princípios-valores esses, absolutamente incompatíveis com o mencionado procedimento e a ação da empresa recorrida, na modalidade de admissão impugnada neste recurso. A propósito da necessidade de adequação do fator discriminatório, com os valores erigidos pela Constituição, bem serve o escólio doutrinário que ora transcrevo de Celso Antônio Bandeira de Melo, extraído do seu extraordinário opúsculo "Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade" - 2ª edição, Editora Revista dos Tribunais, 1984, pags. 54 e 56.

> " 36. O último elemento encarece a circunstância de que não é qualquer diferença, conquanto real e logicamente explicável, que possui suficiência para discriminações legais. Não basta, pois, poder-se estabelecer racionalmente um nexo entre a diferença e um conseqüente tratamento diferenciado. Requer-se, demais disso, que o vínculo demonstrável seja constitucionalmente pertinente. É dizer: as vantagens calçadas em algumas particularidade distinta hão de ser conferidas prestigiando situações conotadas positivamente ou, quando menos, compatíveis com os interesses acolhidos no sistema constitucional.
>
> (...)
>
> 40. À guisa de conclusão deste tópico, fica sublinhado que não basta a exigência de pressupostos fáticos diversos para que a lei distinga situação sem ofensa à isonomia. Também não é suficiente o poder-se argüir fundamento racional, pois não é qualquer fundamento lógico que autoriza desequiparar, mas tão-só aquele que se orienta na linha de interesses prestigiados na ordenação jurídica máxima. Fora daí ocorrerá incompatibilidade com o preceito igualitário. "

Seguindo a trilha doutrinária, outro aspecto relevante é que o princípio da legalidade de que ora tratamos, envolve o princípio da finalidade, este tratado apenas doutrinariamente, conquanto de efeito prático e relevante na consideração jurídica da matéria. Veja-se que conforme anota a doutrina, o ato administrativo só é válido quando atende ao seu fim legal, ou seja, o seu fim preordenado na lei. O fim está sujeito ao princípio da legalidade, tanto que é sempre vinculado. "O fim legal é unicamente aquele que a norma de Direito indica expressa e ou virtualmente como objeto do ato, de forma impessoal." E a finalidade terá sempre um objeto certo e inafastável de qualquer ato administrativo: o interesse público que é aquele eleito pela lei. Todo ato que se apartar desse objetivo sujeitar-se-á a invalidação por desvio de finalidade ..." . "Desde que o princípio da finalidade exige que o ato seja praticado sempre com finalidade pública, o administrador fica impedido de buscar outro objetivo ou de praticá-lo no interesse próprio ou de terceiro." Na situação em julgamento, conforme resulta de lei expressa, sendo a empresa recorrida sociedade de economia mista, integrante da Administração Indireta do Estado da Bahia, para a admissão dos seus empregados necessário se faz seleção prévia, via concurso

público de provas ou de provas e título, artigo 37 caput da CF, obstado, portanto, qualquer outra opção ou procedimento, ainda que se possa alegar vantagens – no caso em julgamento a empresa recorrida alega vantagens de gestão na livre admissão de parcela dos empregado pelo gestor.

Um outro princípio valor diretivo que mostra-se violado na forma de contratação praticada pela empresa recorrida e impugnada neste recurso é o da impessoalidade, também contemplado no caput do artigo 37 da CF. Esse princípio visa assegurar a igualdade de tratamento que a administração deve dispensar aos administrados que se encontrem em idêntica situação jurídica. Nesse sentido é de se consignar o dever da administração voltar-se exclusivamente para o interesse público, sendo vedado em conseqüência favorecimento a indivíduos ou grupos. Veja-se que a norma primeira da administração é a objetividade, que se liga à neutralidade, norma essa que se constitui na única diretriz jurídica válida para o comportamento dos entes estatais, com o quê se choca frontalmente a modalidade de contratação praticada pela empresa recorrida, aqui impugnada pelo recorrente.

Em reforço desse entendimento diga-se ainda que o princípio da impessoalidade impõe ao administrador público que só pratique o ato para o seu fim legal, que é aquele que a norma de Direito indicar expressa ou virtualmente e também observando o procedimento ou modalidade impessoal estabelecido em lei. E essa finalidade é sempre e invariavelmente o interesse público. Qualquer ato que se afaste desse objetivo e também da forma ou modalidade estabelecido em lei, sujeita-se a invalidação por desvio de formalidade ou finalidade, repise-se, ainda que se queira ou mesmo se possa apontar no ato ou no procedimento impugnado vantagens econômicas ou de gestão. O que importa é que a lei tendo explicitado opção e o seu respectivo procedimento, resta proscrito ao administrador caminho ou procedimento diverso do escolhido pela lei.

Por fim, incide forte na hipótese em julgamento o princípio da moralidade, também expressamente adotado pelo *caput* do artigo 37 da CF. Conforme bem sublinha a doutrina “a idéia subjacente ao princípio é a de que a moralidade administrativa não é moralidade comum, mas moralidade jurídica”.

Significa que a moralidade administrativa consiste no conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da administração.

Continuando ensina ainda a doutrina que "a moral administrativa é imposta ao agente público para a sua conduta interna, segundo as exigências da instituição a que se serve e a finalidade de sua ação: o bem comum." À luz dessas idéias, tanto infringe a moralidade administrativa o administrador que, para atuar, foi determinado por fins imorais ou desonestos como aquele que – segundo entendo, enquadra-se o agir da empresa recorrida – despreza a ordem institucional e, embora movido por zelo profissional, desatende as exigências e formalidades estabelecida em lei e adota procedimentos à procura de obter mera vantagem para o patrimônio confiado à sua guarda. Em ambos os casos os seus atos são infiéis à idéia que tinham de servir, pois violam o princípio da moralidade ou da legalidade a que estão submetidos e, embora mantendo ou aumentando o patrimônio gerido, desviam-se do fim ou disciplina institucional eleitos legalmente.

O princípio da moralidade impõe que o administrador público não dispense os preceitos éticos que devem estar presentes em sua conduta. Como já consignado, o artigo 37 da CF é expresso em sua adoção, o que foi bem aceito no seio da coletividade nacional, já sufocada em assistir estupefata e sem grande força de reação aos desmandos de maus administradores, frequentemente na busca dos seus próprios interesses inconfessáveis, relegando para último plano os preceitos morais de que não deviam se afastar.

O que pretende a Constituição com a adoção desses princípios é exatamente afastar procedimentos e ações como o da empresa recorrida que, circundam a lei e dela se afastam ou a violam, tipificando a imoralidade administrativa tão comum em toda a nossa nodoada história republicana, da qual cumpre que lhe mudemos o conteúdo e a face. E nessa toada augurada merece encômios a Resolução n° 7, de 18.10.2005 do Conselho Nacional de Justiça, que regulou o artigo 103-B, § 4°, II da CF, pela qual ficou expressamente vedada a condenável prática do nepotismo no Poder Judiciário, prática essa insidiosa de improbidade administrativa, que guarda grande semelhança ao procedimento da empresa recorrida, impugnada neste recurso.

Portanto, à luz desses três princípios expressos (legalidade, impessoalidade e moralidade) adotados pelo *caput* do artigo 37 da Constituição Federal, não há espaço nem amparo para o procedimento adotado pela empresa recorrida, sociedade de economia mista do Estado Federado da Bahia, para admitir em seu quadro de pessoal, sem prévio concurso público de provas ou provas e títulos o grupo impugnado de 17 trabalhadores. Todos os trabalhadores da recorrida têm que ser selecionados via certame público, modalidade eleita pela lei como aquela que a experiência tem revelado como a mais adequada modalidade de seleção meritória, que assegura o tratamento igualitário estabelecido em lei.

Por outro lado de visualização da matéria, no tocante a alegação da fidúcia que esses 17 empregados portam em face do empreendimento empresarial, igualmente, não vejo procedência na alegação, porque não logram os recorridos apontar para quaisquer características especiais que possam ter ou ser exigido desses 17 empregados, que de modo idêntico não possa ser encontrado nos empregados selecionados pelo rigoroso certame público que, presentemente e em face da Emenda Constitucional n° 19/98, nele deve ser observar e conter exigência que atenda a natureza e a complexidade do emprego, inciso II do art. 37 da CF.

Nessa mesma toada, e após esse rigoroso certame, a contratação de todos os empregados da empresa recorrida, em idêntica condição, o é pela modalidade do contrato de emprego disciplinado pela Consolidação das Leis do Trabalho. E esse contrato, conforme estabelece a lei e entendem a doutrina e a jurisprudência é celebrado *intuitu personae*, criando para o empregado uma obrigação não fungível, por isso só o próprio empregado pode cumpri-la. A obrigação de fazer resultante desse contrato é para o empregado uma obrigação personalíssima, portanto intransferível a outrem, artigo 3º da CLT. Resulta daí a existência de fortíssima carga fiduciária, plenamente capaz e suficiente para atender as exigências dos serviços e responsabilidades atribuídas aos 17 empregados da empresa recorrida, cujas admissões mostram-se violadoras da lei. Inexistem indicações nas atribuições e responsabilidades afetas a esses empregados que exijam espécie de fidúcia tão especial que fujam aos

limites e conteúdo da mencionada acima, presente ordinariamente na relação de emprego.

Mas não é só. Ainda ordinariamente admite-se na organização interna do trabalho na empresa a atribuição a empregados de poderes e prerrogativas de direção e gestão próprios ao empregador, matéria essa disciplinada na legislação obreira, como o artigo 62 - II e 224, § 2º da CLT, este referente aos empregados bancários; artigo 157 da Lei 6.404/76, que disciplina a Sociedade Anônima e que no particular ponto se refere às condições dos contratos de trabalho que tenham sido firmados pela companhia com os diretores e empregados de alto nível. Também é de se anotar a construção jurisprudencial em derredor da matéria, súmula 269 do TST.

Vê-se, portanto, à luz desses fundamentos expostos a incompatibilidade das ações e procedimentos da empresa recorrida em face da lei, quanto a admissão do conjunto dos 17 empregados admitidos nos seus quadros, sem o prévio concurso público de provas ou de provas e títulos.

DO DANO MORAL COLETIVO. Pretende o recorrente MPT a condenação da recorrida em dano moral coletivo, por entender que a ação empresarial impugnada neste recurso – contratação pela companhia recorrida de um grupo de 17 empregados sem prévio concurso público de provas ou de provas e títulos – corresponde a um só tempo a violação de princípios expressos da Constituição, assim como a uma lesão extrapatrimonial coletiva ou dano à própria sociedade.

E entendo que procede a irresignação recursal, pois comungo do entendimento doutrinário e jurisprudencial que reconhece e ver na disciplina e normatização constitucional sobre os valores sociais do trabalho e a dignidade da pessoa humana, um verdadeiro manto protetor, que nos termos do artigo 3º, IV, da CF visa a promover o bem de todos, sem preconceitos ou discriminação como a combatida neste recurso.

Outrossim, os incisos V e X do artigo 5º da CF são expressos na admissão do dano moral decorrente da violação dos direitos imateriais assegurados nela própria, podendo aqui ser enquadrado, precisamente, a ofensa

de que cuida o recurso em apreciação, consistente na postura da Companhia recorrida de contratar um conjunto de 17 empregados à revelia dos princípios do *caput* do artigo 37 e da norma expressa do inciso II desse mesmo artigo da CF.

As normas infraconstitucionais disciplinadoras da matéria são os artigos 186, 187, 927 do Código Civil; o inciso VI do artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor e o artigo 1º, *caput* e inciso IV da Lei nº 7.347/85, essa disciplinadora da Ação Civil Pública.

O dano moral coletivo, conforme exposto, resta plenamente caracterizado. Todavia, o valor da correspondente indenização não é tarifado, devendo ser arbitrado. Na fixação da condenação, considerando os diversos parâmetros utilizados pela doutrina e a jurisprudência, avulta em importância no caso descrito nos presentes autos a situação do ofendido, a extensão do dano, a capacidade econômica do ofensor e o caráter pedagógico da pena. Quanto à situação do ofendido e a extensão do dano, tem-se a dizer que a prática da empresa recorrida de contratar um conjunto de 17 empregados, à revelia dos princípios insculpidos no *caput* do art. 37,da CF/88 e da norma expressa no inciso II, desse mesmo dispositivo, detém o condão de infligir um dano que atinge, em última instância, a toda a sociedade, que teve frustrada a oportunização a todos quantos preenchessem os requisitos para o exercício dos cargos, de ingressar nos quadros da empresa, na forma prevista pela norma constitucional, qual seja, mediante certame público. Por outro lado, impõe-se também seja levado em conta a capacidade econômica da empresa que, conforme exsurge desse próprio processo, possui porte econômico a suportar a indenização no valor pretendido. Por fim, destaque-se quanto ao caráter pedagógico da pena, que a indenização não deverá ser ínfima a ponto de não desencorajar o ofensor da prática de novos ilícitos e ainda não deverá ser de tal monta que acarrete enriquecimento, cuja causa não se justifique. Sopesando-se os critérios acima aludidos, afigura-se módico o valor R$ 50.000,00 (cinqüenta mil reais), mas foi quanto postulou o autor e nesse valor é que defiro o pedido.

Resta por fim considerar a condição e a qualidade do diretor presidente da Companhia recorrida, o Sr. Davidson Magalhães, para efeito da

condenação pedida no recurso, de sua responsabilização solidária nas sanções pedidas nos itens 1.2 e 1.3 da petição inicial.

Afigura-se procedente a irresignação recursal e procede o pedido formulado de condenação do réu-diretor-presidente, uma vez que o mesmo se encontra em mora, por força da citação inicial, fls. 133 e 134. Cabe a responsabilização solidária pretendida, nos termos do artigo 37, § 2º da CF; artigos 186 e 942 do CC, combinado com o artigo 19, I do Decreto Estadual nº 9.373, de 15.3.2005. Veja-se, inclusive que o comportamento do diretor presidente ora responsabilizado, tipifica até mesmo ato de improbidade administrativa, à luz dos artigos dos artigos 4º e 5º da Lei 8.429 de 2 de junho de 1992. E, no mais, tudo o que foi exposto como fundamento acima quanto a ação e procedimento impugnado da empresa, aplica-se igualmente a este segundo réu.

ISTO POSTO, DOU PROVIMENTO AO RECURSO PARA JULGAR PROCEDENTES ESTA AÇÃO CIVIL PÚBLICA PROPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO, EM CONSEQUENCIA, DECRETO A NULIDADE DE TODOS OS CONTRATOS DE EMPREGO FIRMADOS SEM PRÉVIO CONCURSO PÚBLICO DE PROVAS OU PROVAS E TÍTULOS PARA "CARGOS EM COMISSÃO" OU "FUNÇÃO GRATIFICADA" DA COMPANHIA DE GÁS DA BAHIA – BAHIAGÁS; DETERMINO QUE A RÉ, BAHIAGÁS ABSTENHA-SE DE CONTRATAR OU "NOMEAR" PESSOAL COMO SEU EMPREGADO PARA OCUPAR "CARGO/EMPREGO EM COMISSÃO" OU "FUNÇÃO GRATIFICADA", SEM PRÉVIO CONCURSO PÚBLICO DE PROVAS OU PROVAS E TÍTULOS, SOB PENA DE PAGAMENTO DE MULTA NO VALOR DE R $ 20.000,00 (VINTE MIL REAIS) POR TRABALHADOR ADMITIDO NESSAS CONDIÇÕES, VALOR REVERSÍVEL AO FAT; CONDENO A RÉ A, NO PRAZO MÁXIMO DE 10 (DEZ) MESES, AFASTAR OS TRABALHADORES CONTRATADOS ILEGALMENTE, CUJOS CONTRATOS ORA SÃO INVALIDADOS, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA DE R$ 1.000,00 (UM MILREAIS), POR CADA TRABALHADOR EM SITUAÇÃO IRREGULAR; CONDENO A RÉ NA QUANTIA DE R $ 50.000,00 (CINQUENTA MIL REAIS) A TÍTULO DE REPARAÇÃO PELOS DANOS CAUSADOS AOS DIREITOS DIFUSOS E COLETIVOS DOS TRABALHADORES, COLETIVAMENTE CONSIDERADOS,

CORRIGIDA MONETARIAMENTE ATÉ O EFETIVO RECOLHIMENTO, EM FAVOR DO FAT; CONDENO O DIRETOR-PRESIDENTE DA BAHIAGÁS, DAVIDSOM MAGALHÃES A RESPONDER SOLIDARIAMENTE PELAS SANÇÕES ACIMA IMPOSTAS RELATIVAS A MULTA NO VALOR DE R$ 20.000,00 (VINTE MIL REAIS), POR TRABALHADOR ADMITIDO EM CONDIÇÕES ILEGAIS, ASSIM COMO NA MULTA DIÁRIA DE R $ 1.000,00 (UM MIL REAIS) PELA EVENTUAL MORA NO AFASTAMENTO DOS TRABALHADORES QUE TIVERAM SEUS CONTRTOS ORA HAVIDOS POR ILEGAIS; POR FIM FIXO O VALOR DA CAUSA EM R $ 50.000,00 E CONDENO OS RÉUS NAS CUSTAS DE R $ 1.000,00 (UM MIL REAIS).

ACORDAM OS DESEMBARGADORES DA 5ª. TURMA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 5ª REGIÃO, POR MAIORIA, **DAR PROVIMENTO AO RECURSO** PARA JULGAR PROCEDENTE ESTA AÇÃO CIVIL PÚBLICA PROPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO, E EM CONSEQUENCIA, DECRETAR A NULIDADE DE TODOS OS CONTRATOS DE EMPREGO FIRMADOS SEM PRÉVIO CONCURSO PÚBLICO DE PROVAS OU PROVAS E TÍTULOS PARA "CARGOS EM COMISSÃO" OU "FUNÇÃO GRATIFICADA" DA COMPANHIA DE GÁS DA BAHIA - BAHIAGÁS; DETERMINAR QUE A RÉ, BAHIAGÁS ABSTENHA-SE DE CONTRATAR OU "NOMEAR" PESSOAL COMO SEU EMPREGADO PARA OCUPAR "CARGO/EMPREGO EM COMISSÃO" OU "FUNÇÃO GRATIFICADA", SEM PRÉVIO CONCURSO PÚBLICO DE PROVAS OU PROVAS E TÍTULOS, SOB PENA DE PAGAMENTO DE MULTA NO VALOR DE R$ 20.000,00 (VINTE MIL REAIS) POR TRABALHADOR ADMITIDO NESSAS CONDIÇÕES, VALOR REVERSÍVEL AO FAT; CONDENAR A RÉ A, NO PRAZO MÁXIMO DE 10 (DEZ) MESES, AFASTAR OS TRABALHADORES CONTRATADOS ILEGALMENTE, CUJOS CONTRATOS ORA SÃO INVALIDADOS, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA DE R$ 1.000,00 (UM MILREAIS), POR CADA TRABALHADOR EM SITUAÇÃO IRREGULAR; CONDENAR A RÉ NA QUANTIA DE R$ 50.000,00 (CINQUENTA

MIL REAIS) A TÍTULO DE REPARAÇÃO PELOS DANOS CAUSADOS AOS DIREITOS DIFUSOS E COLETIVOS DOS TRABALHADORES, COLETIVAMENTE CONSIDERADOS, CORRIGIDA MONETARIAMENTE ATÉ O EFETIVO RECOLHIMENTO, EM FAVOR DO FAT; CONDENAR O DIRETOR-PRESIDENTE DA BAHIAGÁS, DAVIDSOM MAGALHÃES A RESPONDER SOLIDARIAMENTE PELAS SANÇÕES ACIMA IMPOSTAS RELATIVAS A MULTA NO VALOR DE R$ 20.000,00 (VINTE MIL REAIS), POR TRABALHADOR ADMITIDO EM CONDIÇÕES ILEGAIS, ASSIM COMO NA MULTA DIÁRIA DE R$ 1.000,00 (UM MIL REAIS) PELA EVENTUAL MORA NO AFASTAMENTO DOS TRABALHADORES QUE TIVERAM SEUS CONTRATOS ORA HAVIDOS POR ILEGAIS; POR FIM, FIXAR O VALOR DA CAUSA EM R$ 50.000,00 E CONDENAR OS RÉUS NAS CUSTAS DE R$ 1.000,00 (UM MIL REAIS),VENCIDOS OS EXMOS. DESEMBARGADOR RELATOR E A JUÍZA SUZANA INÁCIO GOMES QUE LHE NEGAVAM PROVIMENTO.

Salvador, 15 de Março de 2011.

ESEQUIAS DE OLIVEIRA
Desembargador Redator