



## **A ESTABILIDADE PROVISÓRIA DA GESTANTE OCUPANTE DE CARGO COMISSIONADO**

### **THE PROVISIONAL STABILITY OF THE PREGNANT OCCUPANT OF A COMMISSIONED POST**

*Caio Uenner Cabrera<sup>1</sup>*

**RESUMO:** Trata-se da discussão quanto à possibilidade de aplicação da garantia de estabilidade provisória às mulheres gestantes ocupantes de cargos públicos de provimento em comissão, harmonizando o conflito entre as seguintes normas jurídicas: o direito da trabalhadora gestante à estabilidade & o direito de exoneração ad nutum dos cargos comissionados da administração pública. Busca-se estabelecer parâmetros para compatibilizar tais direitos de modo a elucidar se há direito de estabilidade provisória no trabalho da gestante em exercício de cargo público de provimento em comissão, analisando os aspectos constitucionais e legais pertinentes ao tema. Conclui-se que é possível garantir tal direito parcialmente à gestante sem ferir o princípio da supremacia do interesse público.

**Palavras-chave:** Estabilidade; Provisória; Gestante, Cargo Público, Comissionado.

**ABSTRACT:** It is a discussion about the possibility of applying the temporary stability guarantee to pregnant women occupying public positions in committee, harmonizing the conflict between the following legal norms: the pregnant worker's right to stability and the right to exonerate ad nutum Of public administration positions. It seeks to establish parameters to make these rights compatible in order to elucidate if there is a right of

---

<sup>1</sup> Acadêmico do curso de Direito do Centro Universitário Toledo – UNITOLEDO.

provisional stability in the work of the pregnant woman in the exercise of public office in committee, analyzing the constitutional and legal aspects pertinent to the topic. It is concluded that it is possible to guarantee this right in part to the pregnant woman without violating the principle of the supremacy of the public interest.

**Key words:** Stability; Provisional; Pregnant, Public Position, Commissioned.

## INTRODUÇÃO

Dentre os direitos trabalhistas assegurados no Brasil encontra-se o direito à estabilidade provisória da gestante. Porém, há discussão quanto à possibilidade de aplicação da aludida garantia às mulheres ocupantes de cargos públicos de provimento em comissão, eis que neste caso surge aparente conflito entre as normas jurídicas, a saber: o direito da trabalhadora gestante à estabilidade e o direito de exoneração *ad nutum* dos cargos comissionados da administração pública.

Busca-se no presente artigo estabelecer-se parâmetros para compatibilizar tais direitos de modo a elucidar se há direito de estabilidade provisória no trabalho da gestante em exercício de cargo público de provimento em comissão, analisando os aspectos constitucionais e legais pertinentes ao tema, em especial, abordando o aparente conflito de normas jurídicas do direito trabalhista e do direito administrativo.

Os cargos públicos em comissão são providos por livre nomeação pelo gestor público, ou seja, sem a necessidade de prévia aprovação em concurso público. Por consequência, os cargos públicos comissionados não se compatibilizam com qualquer tipo de estabilidade funcional, permitindo a exoneração *ad nutum* do servidor público conforme critérios de *conveniência e oportunidade* do administrador.

Assim, como compatibilizar a garantia de estabilidade de emprego durante o período gestacional da mulher que esteja no exercício de cargo no qual tenha sido provido sem a prévia seleção por concurso público e que, por consequência, não abrangido pela estabilidade, isto é, podendo tal servidor público (comissionado) ser exonerado *ad nutum*, conforme juízo discricionário do gestor público de *conveniência e oportunidade*.

Diante dos conflitos de normas e direitos que tangem à questão, o estudo ainda carece de aprofundamento e é de extrema relevância a definição sobre o fato de ser ou não

possível a exoneração de servidora gestante, ocupante de cargo público de provimento em comissão. A questão refere-se à aplicabilidade da regra da estabilidade provisória da empregada gestante (art. 10, II, “b”, Do ADCT, da CF/88) à servidora ocupante de cargo comissionado, ou seja, a eventual impossibilidade de livre exoneração por parte da Administração Pública frente a seu estado gravídico. Portanto, a precariedade dos cargos em comissão entra claramente em conflito com as normas que conferem estabilidade a gestante. O presente artigo visa tratar a possibilidade de harmonizar o princípio da supremacia do interesse público com o direito de estabilidade da gestante.

## **1. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A ESTABILIDADE DE SERVIDORA EM ESTADO GRAVÍDICO**

A Constituição Federal brasileira de 1988 atentou-se especialmente à garantia de direitos fundamentais de proteção às mães e também aos nascituros que estas portam, dando-lhes a prerrogativa de estabilidade empregatícia.

Tal privilégio constitucional encontra-se no art. 10, II, “b”, do ato das disposições constitucionais transitórias da Constituição Federal Brasileira de 1988 que consagra a vedação da dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até 5 meses após o parto conforme segue:

Caput–Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição:

Inciso I- ...

Inciso II– fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa:

Alínea– ...

Alínea b – da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto

Insta salientar que a Constituição brasileira, até a presente data, não dispõe de lei complementar.

Observa-se que a Constituição Federal, dispôs apenas sobre a questão de modo geral, não sanando desta forma, possíveis dúvidas interpretativas que pudessem surgir sobre a questão. Em reforço, o texto constitucional ainda dispõe, no artigo 201, inciso II,

que a Previdência Social garantirá, nos termos da lei, a proteção à maternidade, especialmente à gestante, proteção esta que subliminarmente se estende ao nascituro.

Sucintamente, a estabilidade provisória da gestante nada mais é que a impossibilidade de se dispensar arbitrariamente ou sem justa causa a gestante desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

Tal garantia prova-se de suma importância para o ordenamento jurídico brasileiro ao constituir cláusula pétrea deste ordenamento.

## **2. CLÁUSULA PÉTREA**

Alexandre de Moraes (2014, p. 40) dá à cláusula pétrea a seguinte definição:

Trata-se de dispositivo constitucional imutável, que não poderá ser objeto de deliberação de proposta de emenda. De acordo com o artigo 60, §4º, da Constituição Federal, têm como objetivo evitar as alterações temerárias de assuntos essenciais para os cidadãos e o Estado.

No mesmo sentido, o legislador na Carta Magna dispôs no artigo 60 §4º conforme segue:

Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

- I - a forma federativa de Estado;
- II - o voto direto, secreto, universal e periódico;
- III - a separação dos Poderes;
- IV - os direitos e garantias individuais.

Frente a isso, vê-se claramente que o direito a estabilidade provisória da gestante se enquadra do inciso IV do presente dispositivo, pois se trata certamente de um *direito e garantia individual* tanto da grávida quanto do nascituro. Sendo assim, não restam dúvidas de que o direito a estabilidade provisória da gestante é garantido por uma cláusula pétrea da Lei Maior brasileira, o que dá a esta garantia uma importância ainda maior.

## **3. A PRERROGATIVA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DE DISPOR LIVREMENTE DOS CARGOS DE PROVIMENTO EM COMISSÃO**

Vejamos como discorre o respeitável jurista Celso Antônio Bandeira de Mello (2005, p. 280)

Os cargos de provimento em comissão (cujo provimento dispensa concurso público) são aqueles vocacionados para serem ocupados em caráter transitório por pessoa de confiança da autoridade competente para preenchê-los, a qual também pode exonerar *ad nutum*, isto é, livremente, quem os esteja titularizando.

Da mesma forma dispõe a prestigiosa Constituição Federal em seu art. 37:

Caput – A administração pública direta e indireta de qualquer dos poderes da união, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

Inciso II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, **ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração**;

Portanto, não resta dúvida quanto à prerrogativa da administração pública em dispor livremente dos cargos de provimento em comissão, podendo exonerar ou nomear servidores *ad nutum*, ou seja, a qualquer tempo conforme juízo discricionário do gestor público de *conveniência e oportunidade*.

#### 4. PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO

O princípio da Supremacia do Interesse Público é o pilar do regime administrativo. Basicamente, todos os outros princípios da administração pública são desdobramentos deste e por esse motivo ele é tão importante. Sua relevância é tanta que ele é conhecido como supraprincípio da administração pública (ALEXANDRINO, 2011, p. 183).

Este princípio fundamenta-se no enunciado de que: “toda atuação do Estado seja pautada pelo interesse público, cuja determinação deve ser extraída da Constituição e das leis, manifestações da ‘vontade geral’” (ALEXANDRINO, 2011, p. 184). Sendo assim, os interesses particulares estão condicionados à atuação do Estado.

O Princípio da Supremacia do Interesse Público discorre ainda que quando surgir algum conflito entre os interesses públicos e particulares, sempre prevalecerá o interesse público, tutelado pelo Estado, porém, respeitando-se sempre os direitos e garantias individuais expressos na Constituição ou dela decorrentes (ALEXANDRINO, 2011, p. 184). Conclui-se então que este princípio, assim como diversos outros, não é absoluto.

Vale ressaltar que este princípio só está presente em atos em que o administrador público manifesta seu poder extroverso, denominados atos de império. Atos de império, segundo Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2011, p. 184):

todos os atos que a Administração impõe coercitivamente ao administrado, criando unilateralmente para ele obrigações, ou restringindo ou condicionando o exercício de direitos ou de atividades privadas; são os atos que originam relações jurídicas entre o particular e o Estado caracterizadas pela verticalidade e pela desigualdade jurídica

## **5. O CRITÉRIO DE CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE DO ADMINISTRADOR**

Também conhecido como poder discricionário, o critério de conveniência e oportunidade é a liberdade nas ações do administrador, dentro dos limites legais. É um poder concedido ao administrador para a prática de atos administrativos, podendo este decidir como irá agir segundo os critérios de conveniência, oportunidade e justiça, critérios estes que são próprios da autoridade, lembrando sempre que se deve observar os limites impostos pela lei. Portanto, discricionariedade sempre deverá ser parcial e relativa, ou seja, não é totalmente livre, pois a lei impõe limitações. Portanto, é certo que a discricionariedade é a liberdade de atuação do administrador dentro dos limites estabelecidos pela lei. Vale observar também que o administrador para praticar atos discricionários além de ter competência legal para instaurá-los, deverá sempre obedecer o estabelecido pela lei ao realizá-lo e sempre deverá atender a principal finalidade do ato, que é o interesse público. Se qualquer um destes requisitos não for cumprido, o ato será inválido sob pena de nulidade. Portanto, a permissão do ato discricionário é ampla, mas nunca total, pois sempre está vinculada à lei.

## 6. ANTINOMIA JURÍDICA

De acordo com Tercio Sampaio Ferraz Junior (2001, p. 203) no século XVII J.H. Zedler (1.732) definiu antinomia jurídica como contrariedade de leis que ocorre quando duas leis se opõem ou mesmo se contradizem. Nesta mesma linha, Marcus Cláudio Acquaviva (2003, p. 88), fundando-se na Teoria Geral do Direito, aponta a origem de antinomia no grego onde: *Anti = oposição + nomos = norma*, concluindo assim antinomia como sendo um "Conflito entre duas normas jurídicas, cuja solução esteja prevista na ordem jurídica". Fechando esta linha, está Norberto Bobbio (1994, p. 88) que diz que a antinomia dá-se quando em um mesmo ordenamento jurídico, existem duas normas em uma hierarquia e com o mesmo âmbito de abrangência no confronto.

Ante as definições expostas, nota-se claramente que o art. 10, inciso II, alínea "b", do ato das disposições constitucionais transitórias da Constituição Federal Brasileira de 1988 e o art. 37, inciso II da Constituição Federal Brasileira de 1988 configuram claramente uma antinomia quando tangem o tema da estabilidade da gestante ocupante de cargo de provimento em comissão. Pois, seguindo o art. 37, II, da CF, a precariedade do cargo de comissão afasta a gestante de uma possível garantia da estabilidade provisória no cargo, garantida pelo art. 10, inc. II, alínea "b", do ADCT. Sob essa ótica, chega-se a conclusão de que a servidora de cargo de provimento em comissão não possui o direito à estabilidade, pois isto contrariaria a carta magna no que tange a precariedade do cargo de provimento em comissão. O fundamento desse raciocínio seria a supremacia do interesse público sobre o particular.

Porém, analisando o fato sob os olhos do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, não se pode sob nenhuma hipótese desamparar uma mulher grávida e o nascituro nela presente. Em concordância a isto está o art. 10, inciso II, alínea "b" também da carta magna, portanto, não há como haver sobreposições destas normas, pois ambas se respaldam na constituição federal.

## 7. DEVER DO ESTADO DE PROTEGER A FAMÍLIA E A PERSONALIDADE JURÍDICA DO NASCITURO

A Carta Magna brasileira em seu art. 226 explicita que o Estado deve a família e a sociedade uma "especial proteção". E no parágrafo 8º a constituição estabelece que essa especial proteção também dará principalmente a garantia de assistência estatal a cada integrante de unidade familiar:

Caput – A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

(...)

Parágrafo 8º - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

Ainda no seu art. 227, a Constituição Federal volta a conferir à criança e ao adolescente a garantia de assistência familiar e comunitária. Analisando o art. 7º da lei 8.069 de 13 de julho de 1990 (estatuto da criança e do adolescente), o legislador diz: “A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência”.

Portanto, conclui-se que o conceito de “criança” da carta magna também se estende ao nascituro, o que certamente faz da estabilidade empregatícia da grávida um bem jurídico de grande prioridade. Prioridade esta estabelecida pela própria constituição.

Para salientar ainda mais essa questão, recorremos ao Código Civil que, no seu artigo 2º, confere direitos ao nascituro ao dizer que “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas **a lei põe a salvo, desde a concepção**, os direitos do nascituro.”

Sendo assim, não restam dúvidas de que o dever do estado de proteger a família se estende plenamente ao nascituro.

## **8. A NECESSIDADE DE ESTABILIDADE PARA A GESTANTE**

O Plano de prevenção na gravidez do Ministério da Saúde, diz que para garantir a boa saúde do bebê, é necessário que haja uma gestação tranquila. Para isso, é fundamental que a futura mãe tome cuidados especiais como fazer o acompanhamento pré-natal e



adotar um estilo de vida saudável, além de manter uma alimentação balanceada. Outro ponto importantíssimo é evitar situações de estresse, que podem ocasionar o parto prematuro e agravar casos de hipertensão e diabetes. Todos esses cuidados ajudam a garantir maior bem-estar e saúde para a mãe e o bebê durante a gestação.

Então, a garantia de estabilidade da gestante é fundamental para a gravidez, pois claramente evita diversas situações de estresse. Além de garantir a subsistência da mulher gestante para prover uma alimentação balanceada e um estilo de vida saudável dentro do possível.

Se a mulher em estado gravídico for exonerada no decurso da gravidez, isto irá causar uma situação extremamente estressante para a grávida, pois sem emprego a grávida não poderá garantir a alimentação necessária para suprir as necessidades da gravidez. E também, causará danos na subsistência do lar, pois hoje, cada vez mais a mulher contribui para o sustendo da entidade familiar. Grávida, muito dificilmente mulher será admitida em um novo emprego. Portanto, a estabilidade é sumariamente necessária para a saúde da mãe, do bebê e até mesmo da entidade familiar que estes compõem (nos casos em que houver). Janet Balaskas (1999, p. 32), também reforça essa ideia, dizendo que a mulher deve estar emocionalmente estável durante a gravidez, para esta ser tranquila e saudável. A exoneração abrupta da gestante certamente acarretaria em uma instabilidade emocional para a mulher.

## **9. O ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Já é sabido, de acordo com tudo o que foi exposto até aqui, que segundo o contido no ordenamento jurídico brasileiro, os servidores ocupantes de cargo de comissão podem ser destituídos *ad nutum*, sendo desnecessária justificar a motivação deste ato, necessário somente atender ao interesse público.

O Supremo Tribunal Federal, em uma decisão de 2012, entendeu que as servidoras públicas de título precário que se encontrarem gestantes, têm direito à estabilidade provisória desde a confirmação da gestação até cinco meses após o nascimento da criança, atendendo ao art. 7º, inc. XVIII da carta magna e ao art. 10, inc. II, alínea b, do ato das Disposições Constitucionais transitórias. Citem-se as decisões a título de exemplo:

Agravo regimental NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CARGO EM COMISSÃO. SERVIDORA GESTANTE. EXONERAÇÃO. DIREITO À INDENIZAÇÃO. 1. As servidoras públicas e empregadas gestantes, inclusive as contratadas a título precário, independentemente do regime jurídico de trabalho, têm direito à licença-maternidade de cento e vinte dias e à estabilidade provisória desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. Precedentes: RE n. 579.989-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, Dje de 29.03.2011, RE n. 600.057-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Eros Grau, Dje de 23.10.2009 e RMS n. 24.263, Segunda Turma, Relator o Ministro Carlos Velloso, DJ de 9.5.03. 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (STF. 1ª Turma. AI-AgR 804574. Relator Ministro Luiz Fux. Julgado em 30/08/11). Agravo regimental no recurso extraordinário. Servidora gestante. Cargo em comissão. Exoneração. Licença-maternidade. Estabilidade provisória. Indenização. Possibilidade. 1. As servidoras públicas, em estado gestacional, ainda que detentoras apenas de cargo em comissão, têm direito à licença-maternidade e à estabilidade provisória, nos termos do art. 7, inciso XVIII, c/c o art. 39, §3, da Constituição Federal, e art. 10, inciso II, alínea b, do ADCT. 2. Agravo regimental não provido. (STF. 1ª Turma. RE-AgR 420839. Relator Ministro Dias Toffoli. Julgado em 20/03/2012).

Percebe-se claramente que o Supremo Tribunal Federal, nessas decisões, ao garantir a estabilidade provisória da gestante, possui a intenção de não desamparar nem a gestante e nem o nascituro, criando assim uma base sólida para se manter boas condições físicas e psicológicas à gestante e ao bebê assegurando que estes não terão que enfrentar eventuais transtornos causados pela perda do seu trabalho e a respectiva remuneração.

Porém, não se pode ignorar o fato da administração pública possuir a premissa de exonerar servidores *ad nutum* em cargos comissionados. Desta forma, diversas decisões estão sendo proferidas no sentido de permitir a exoneração da servidora gestante, porém assegurando-lhe o direito de receber os valores dos vencimentos referentes ao tempo da estabilidade, garantindo assim, um bom andamento na gravidez.

## CONCLUSÃO

De acordo com o Princípio da Proteção a Vida e o da própria Dignidade da Pessoa Humana, principal fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1º, inciso III da CF de 1988) não se poderia simplesmente deixar a mulher em estado gravídico desamparada. Desta forma, amenizando o prejuízo à gestante e ao mesmo tempo não tirando o direito da administração pública de admitir e exonerar servidores *ad nutum* em cargos de provimento

em comissão, a jurisprudência dominante tem assegurado às servidoras gestantes o direito a receber indenização no valor dos vencimentos referentes ao tempo em que discorreria a estabilidade, porém não garantindo a readmissão da servidora. Conclui-se então que o fato da gestante ocupar um cargo de provimento em comissão, que é de livre exoneração, admite a ação do administrador de exonerá-la a qualquer tempo, mesmo que a servidora encontre-se em estado gravídico. Vale observar que ainda não existe uma regra expressa acerca deste assunto na constituição brasileira. Entende-se também, ante o exposto, que a gestante e o nascituro não estarão desamparados no período em que ocorreria a estabilidade, pois desta forma, a servidora em estado gravídico não teria prejuízo em seus vencimentos referentes ao período em que estaria gozando de estabilidade, garantindo assim, o amparo à grávida e ao nascituro no tempo de sua estabilidade.

## REFERÊNCIAS

- AQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Dicionário acadêmico de direito**. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2003.
- AVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.
- BALASKAS, Janet. **Gravidez Natural**. São Paulo: Manole, 1999.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: Editora UNB, 1994. p.88.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2001.
- MARCELO ALEXANDRINO, Vicente Paulo. **Direito Administrativo Descomplicado**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 30ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014.