

INDENIZAÇÃO - SERVIDORA PÚBLICA - GRAVIDEZ - CARGO EM COMISSÃO - EXONERAÇÃO AD NUTUM - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - PRINCÍPIO DA MORALIDADE - PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - INOBSERVÂNCIA - ATO ARBITRÁRIO - PROCEDÊNCIA DO PEDIDO

Ementa: Direito Administrativo. Cargos de confiança. Exoneração *ad nutum*. Gestante. Gravidez constitucionalmente protegida. Livre exoneração que não dispensa a indenização. Princípios. Moralidade pública. Dignidade humana. Óbice a atos abusivos e injustos. Período protegido. Indenização devida.

- Os cargos de confiança são de livre provimento e dispensa, não sendo alcançados pela proibição de exoneração no período de gravidez, mas a indenização pelo respectivo período é devida, em face dos princípios maiores da moralidade pública, do respeito à gravidez, à personalidade e à dignidade humana, que impedem o ato arbitrário e injusto, pois o abuso é contrário a toda forma de direito.

APELAÇÃO CÍVEL/REEXAME NECESSÁRIO Nº 1.0344.03.008920-7/001 - Comarca de Iturama - Remetente: J. D. 1ª V. da Comarca de Iturama - Apelante: Município de Iturama - Apelada: Márcia Natalin Frederico Ribeiro - Relatora: Des.^a VANESSA VERDOLIM HUDSON ANDRADE

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR PRELIMINAR E CONFIRMAR A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 18 de outubro de 2005. - *Vanessa Verdolim Hudson Andrade* - Relatora.

Notas taquigráficas

A Sr.^a Des.^a *Vanessa Verdolim Hudson Andrade* - Trata-se de reexame necessário e de recurso de apelação apresentado às folhas pelo Município de Iturama nos autos da ação movida por Márcia Natalin Frederico Ribeiro, visando à reforma da sentença de f. 41/45, que julgou procedente o pedido para condenar o Município a pagar à autora apelada o valor devido por ter sido exonerada quando estava grávida de três meses.

Recorre o Município à f. 47, alegando, em preliminar, cerceamento de defesa pelo julgamento antecipado. No mérito, diz que a apelada exercia cargo de confiança e podia ser

demitida *ad nutum*, não tendo direito à licença-maternidade, citando jurisprudência.

Contra-razões, à f. 58, pedindo a rejeição da preliminar por se tratar de matéria de direito e, no mérito, impugnando as jurisprudências citadas, pedindo o desprovimento do recurso.

Conheço da remessa em reexame necessário e da apelação, presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Preliminar de cerceamento de defesa.

A prova pretendida, no sentido de que a exoneração ocorreu antes de a apelada ter comunicado a sua gravidez, mostra-se irrelevante, pois a alegação é de que de qualquer jeito a exoneração seria impossibilitada. Trata-se, portanto, de matéria de direito.

Mesmo que assim não fosse, a prova documental citada à f. 29 já seria suficiente. De qualquer jeito, a prova negativa não comporta dilação testemunhal pela sua natureza e evidente prejudicialidade.

Chiovenda demonstrou com propriedade que muitas vezes a prova negativa de um fato, ou seja, que o fato não ocorreu, mostra-se impossível, como no caso em que se pretende

comprovar que alguém não falou determinada coisa, pois pode ela ter falado sem que as testemunhas trazidas tivessem disso conhecimento (conf. Chiovenda Giuseppe, *Principii de Diritto Processuale*, 3. ed., Roma, 1923, p. 50). Assim sendo, deve ser apreciada a sua possibilidade e relevância no caso concreto. E aqui, como já dito, não se afigura tal relevância.

Além disso, os documentos de f. 15 e seguintes comprovam a gravidez anterior à exoneração. A prova elidente deveria ser documental, e não testemunhal.

Rejeito a preliminar.

No mérito, já tenho entendimento firmado a respeito:

Não se discute que, tratando-se de cargo em comissão ocupado pela impetrante, portanto de recrutamento amplo, não adquiriu estabilidade, visto que se trata de cargo de provimento provisório, cujo ocupante é demissível *ad nutum*, a critério exclusivo da Administração Pública. Assim sendo, seu ocupante não tem direito a ser reintegrado no cargo que ocupa e do qual foi exonerado.

Não se pretende, nesta ação, a estabilidade temporária, mas a indenização pelo período de gestação.

Embora se trate aqui de direito social que protege a gestante no período de gestação, contemplado na ordem constitucional, vemos que tal direito é restrito àquele período, não conferindo o direito ao cargo, mas ao recebimento dos vencimentos durante esse período. Assim, a proibição de exoneração nesse período não acarreta a anulação do ato, somente o suspende durante o período protegido constitucionalmente.

O art. 37, II, da CF/88 estabelece que os cargos em comissão são de livre exoneração e nomeação, mas tal regra se submete aos princípios que regem a Administração Pública e não pode ser interpretada com a extensão que lhe confere, *data venia*, a Administração Pública.

Sobre o cargo em comissão, assim define Hely Lopes Meirelles:

É o que só admite provimento em caráter provisório. Destina-se às funções de confiança dos superiores hierárquicos. A instituição de tais cargos é permanente, mas seu desempenho é sempre precário, pois quem os exerce não adquire direito à continuidade na função (*Direito Administrativo Brasileiro*, 18. ed., p. 362).

Daí, porém, a se utilizar desse artigo para suprimir direitos, fundamentar atos iníquos e abusivos, vai longe. A exoneração de mulher grávida constitui afronta à proteção que o Estado deve lhe conceder. E se a demissão *ad nutum* é possível para assegurar a continuidade da prestação dos serviços naquele cargo, a indenização lhe deve ser proporcionada.

O art. 7º, XVIII, da CF assegura à gestante direito a licença, com duração de 120 dias, sem prejuízo de seu salário.

A livre demissão do cargo em comissão prevista no art. 37 da CR/88 deve ser interpretada com ressalva, pois a demissão no período de gestação afronta outros textos constitucionais e, portanto, a interpretação deve ser sistemática e dentro dos seus princípios fundamentais.

Mesmo que se entenda, portanto, que o art. 10, II, alínea *b*, do ADCT da CF/88 proíba a dispensa arbitrária e sem justa causa somente da empregada regida pela CLT, não cabendo aplicação no caso de servidora pública que exerce cargo comissionado, cuja exoneração fica a critério da Administração Pública, é imperioso lembrar que a definição de conveniência e oportunidade da continuidade no cargo de confiança do administrador não dispensa a este de agir de acordo com a moralidade pública.

Vem a calhar a lição de José de Ribamar Barreiros Soares, em sua obra de reconhecida pertinência:

Observamos, assim, que o ato administrativo imoral possui o mesmo caráter de invalidez do ato administrativo ilegal. Desta forma, resulta que o ato administrativo inválido devido ao vício

de imoralidade é também passível de análise e invalidação pelo Poder Judiciário.

A questão da moralidade exsurge com maior destaque no que tange aos atos discricionários, uma vez que nestes o administrador possui maior liberdade de atuação. Pode ocorrer que, na escolha entre várias alternativas, aquela realizada pelo administrador público seja legal, atenda ao interesse público, mas, ainda assim, seja imoral, revelando-se incompatível com o princípio constitucional da moralidade administrativa (*O Controle Judicial do Mérito Administrativo*, Brasília: Editora Brasília Jurídica, 1999, p. 53).

O colendo STJ vem já perfilhando esse entendimento em inúmeros acórdãos, entre eles:

É lícito ao Poder Judiciário examinar o ato administrativo, sob o aspecto da moralidade e do desvio do poder. Como princípio inscrito no art. 37, a Constituição Federal cobra da Administração, além de uma conduta legal, um comportamento ético (1ª Turma, REsp. nº 21.923-5, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, *DJU* de 13.10.92, p. 17.662).

Não se fala em impedir a exoneração, já que o cargo de confiança prescinde da continuidade. Nesse sentido:

Os servidores públicos, ocupantes de cargos comissionados ou de confiança, não possuem estabilidade alguma, podendo, a qualquer momento, ser deles exonerado de acordo com a conveniência e a oportunidade da Administração, pois tais cargos não geram direitos trabalhistas, por falta de vínculo empregatício (*RT* 743/399).

O que não se admite é que se negue à funcionária exonerada a indenização que qualquer outra teria direito e que os princípios referidos também lhe asseguram.

Os cargos de confiança são de livre provimento e dispensa, não sendo alcançados pela proibição de dispensa na gravidez, mas a indenização pelo respectivo período é devida, em face dos princípios maiores da moralidade pública, do respeito à gravidez e à dignidade humana, que impedem o ato arbitrário e injusto, pois o abuso é contrário a toda forma de direito,

o que faz com que se aplique, por analogia ou mesmo por extensão analógica, o art. 10, II, *b*, do ADCT, cujo termo “empregada” não tem a força de pisotear os mais preciosos princípios básicos sobre os quais se funda a Administração Pública.

Conquanto ilegal a demissão de servidora pública gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto (ADCT, art. 10, II, *b*), o entendimento de que tal artigo somente se aplica ao regime celetista deve ser interpretado com cuidado, pois a matéria deve submeter-se a outros princípios.

Confira-se o trato jurisprudencial:

A servidora que ocupa apenas cargo em comissão, ainda que grávida, pode ser exonerada (CF, art. 37, II), mas deve receber indenização correspondente ao período da gravidez até quatro meses após o parto (CF, art. 39, § 3º, *c/c* o art. 7º, XVIII, e art. 10, II, *b*, ADCT). Precedentes. Decisão: dar parcial provimento à apelação cível, à unanimidade (TJDF, Apelação Cível 19990110415319APC, Rel. Des. Romão C. Oliveira, *DJDF* de 26.09.01, p. 44).

A servidora pública meramente ocupante de cargo comissionado pode ser exonerada mesmo quando estiver grávida (art. 37, II, CF), devendo, contudo, nessa hipótese, receber indenização correspondente à remuneração a que faria jus durante 4 (quatro) meses, prazo previsto constitucionalmente para o gozo da licença à gestante (Apelação Cível/Reex. Nec.19990110406547/DF, Rel. Des. Adelith de Carvalho Lopes, *DJDF* de 14.03.01, p. 25).

Na solução do conflito, há que se fazer a análise do tema à luz da Constituição, mormente dos princípios que regem a administração pública:

Art. 37 - A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

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.

Dispõe o art. 10, II, *b*, do ADCT, no que se refere à empregada gestante, não se aplicando ao cargo em comissão:

Art. 10 - Até que seja promulgada a Lei Complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição:

(...)

II - fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa:

b) da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

Não se pode considerar a dispensa de ocupante de cargo em comissão arbitrária ou sem justa causa, já que a demissão é *ad nutum*.

Conclui-se que a dispensa é possível, mas a indenização é devida, pois não se pode deixar a gestante desprotegida no período de gravidez.

Não se admite, no serviço público, ato que afronte os direitos constitucionais, que devem ter interpretação que não pode ser restringida por lei. O princípio da moralidade assim o exige.

Se quanto ao funcionário da iniciativa privada se confere o direito ao salário integral pelo período da gravidez, o disposto na Carta Magna não pode levar a outro entendimento quanto ao serviço público, já que no art. 10, II, *b*, não fez tal exceção. E quando o quis, o legislador constitucional o fez. A dispensa não fica obstada, como já dito, mas a indenização é devida.

Ora, sabe-se que a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei 5.452, de 1º de maio de 1943, em seu art. 392, proíbe o trabalho da mulher grávida no período de quatro semanas antes e oito semanas depois do parto. O art. 393 estabelece que, durante o período a que se refere o art. 392, a

mulher terá direito ao salário integral e, quando variável, calculado de acordo com a média dos seis últimos meses de trabalho, bem como aos direitos e vantagens adquiridos, sendo-lhe ainda facultado reverter à função que anteriormente ocupava.

Não se pode entender que no serviço público seja diferente quanto ao cargo de confiança, que merece o mínimo de respeito e consideração quanto à dignidade da pessoa humana, hoje erigida a princípio magno.

Não é preciso dizer sequer que a demissão decorreu precisamente em razão da gravidez da apelante. Mesmo que assim não fosse, o que não restou comprovado, a relevância da matéria e dos preceitos que regem a Administração Pública não permite o amesquinamento de tais princípios que a regem.

Carmem Lúcia Antunes Rocha, a respeito dos princípios maiores que regem a Administração Pública, assevera:

...o princípio da impessoalidade impede e proíbe, assim, o subjetivismo na Administração Pública. A objetividade não permite que se mostre ou prevaleça a face ou a alma do administrador. Nem a do cidadão que a ela compareça ou com ela se relacione. Não há República, como se tem na própria denominação desta forma de governo, que não seja pública, e não há esta publicidade do Poder Político no Estado em que o subjetivismo presida as formas de atuação administrativa (*Princípios Constitucionais da Administração Pública*, Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 148).

Nesse sentido o nosso Tribunal já firmou, como se vê da relatoria do eminente Des. Almeida Melo:

Administrativo e Constitucional. Servidora. Gestantes. Cargo em comissão. Exoneração. Abuso de poder. Desvio de finalidade. Indenização. Embora reconhecida a liberdade do administrador para a exoneração da ocupante de cargo em comissão, o respectivo ato não pode ser orientado pelo raciocínio discriminatório de se impedir a sua permanência no serviço público em razão da superveniente

gravidez. A indenização possível em casos da espécie não tem como fundamento a estabilidade temporária tratada no art. 10, II, *b*, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que somente se aplica às empregadas, mas a reparação do gravame imposto à servidora, com abuso de poder e desvio de finalidade, que deve corresponder a 120 dias da remuneração que percebia, conforme o disposto nos arts. 7º, XVIII, e 39, § 3º, da Constituição Federal. Em reexame necessário, reforma-se parcialmente a sentença, prejudicados os recursos voluntários (Apelação Cível nº 000.211.107-8/00 - Comarca de Ibitiré - Apelantes: 1º) Jd Comarca Ibitiré, 2ª) Eliana Neves da Silva, 3º) Município de Ibitiré - Apelados: os mesmos - Relator: Des. Almeida Melo).

Assim, a possibilidade de dispensa *ad nutum* da ocupante de cargo em comissão não dispensa a Administração de pagar a devida indenização, que é devida em face do princípio da moralidade pública e do princípio que impede o abuso de poder e o desvio de finalidade. Não se pode permitir que, sob a égide de uma aparente legalidade, se pratique ato em autêntico desprezo aos direitos humanos, à sobrevivência, aos direitos de personalidade e em benefício de eventual prole, tratando-se de dever do Estado, que ele mesmo não pode desprezar.

Com tais considerações, em reexame necessário confirmo a sentença, prejudicado o recurso voluntário.

Custas recursais, *ex lege*.

O Sr. Des. Corrêa de Marins - A meu sentir, embora o servidor ocupante de cargo comissionado de recrutamento amplo possa ser exonerado livremente, no caso em apreço, a apelada encontrava-se grávida no momento da exoneração.

A gravidez não impede a exoneração, mas daí a não permitir à gestante a possibilidade de ser indenizada pelo período da estabilidade provisória que também encontra amparo constitucional implica, sob a pecha da legali-

dade, permitir o abuso de poder e a ofensa à moralidade e à dignidade da pessoa humana.

Reconheço que a questão é controversa, havendo opiniões de peso em sentido contrário. Contudo, entendo que a melhor exegese é aquela defendida pela em. Desembargadora Relatora no voto que, com o habitual brilhantismo, confirmou a sentença no reexame necessário.

A respeito do tema, peço vênia para transcrever a ementa da decisão da 4ª Câmara Cível deste Egrégio Tribunal, na Ap. Cível 000.211.107-8/00, Comarca de Ibitiré, Rel. Des. Almeida Melo:

Administrativo e Constitucional. Servidora. Gestantes. Cargo em comissão. Exoneração. Abuso de poder. Desvio de finalidade. Indenização. Embora reconhecida liberdade ao administrador para a exoneração da ocupante de cargo em comissão, o respectivo ato não pode ser orientado pelo raciocínio discriminatório de se impedir a sua permanência no serviço público em razão da superveniente gravidez. A indenização possível em casos da espécie não tem como fundamento a estabilidade temporária tratada no art. 10, II, *b*, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que somente se aplica às empregadas, mas a reparação do gravame imposto à servidora, com abuso de poder e desvio de finalidade, que deve corresponder a 120 dias da remuneração que percebia, conforme o disposto nos arts. 7º, XVIII, e 39, § 3º, da Constituição Federal. Em reexame necessário, reforma-se parcialmente a sentença, prejudicados os recursos voluntários.

Acompanho o voto da Des. Relatora.

O Sr. Des. Eduardo Andrade - De acordo com a Relatora.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR E CONFIRMARAM A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

-:-:-