

## ESTABILIDADE PROVISÓRIA DE SERVIDOR COMISSIONADO

### **Autoria:**

Sidnei Di Bacco  
Advogado

Servidor comissionado afastado por motivo de saúde e recebendo auxílio doença do INSS pode ser exonerado?

Dispõe a Constituição Federal: (grifou-se)

Art. 37. (...)

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;**

Os ocupantes de cargos de provimento em comissão são demissíveis a qualquer tempo pela autoridade que os nomeou. Nesse sentido, a lição da doutrina especializada: [1]

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.

Nesse diapasão, ainda, o estatuto dos servidores do município: (grifou-se)

Art. 5º. Cargo em Comissão é aquele destinado ao desempenho de atribuições de direção, chefia e assessoramento, **cujo ocupante, servidor ou não, pode ser livremente nomeado ou exonerado pelo Chefe do Executivo.**

Art. 37. (...)

§ 1º. Dar-se-á exoneração:

b) a critério do Chefe do Executivo, quando se tratar de cargo em comissão ou função gratificada.

A situação, todavia, é incomum, porque o servidor, apesar de investido em cargo comissionado, está afastado por motivo de doença, sendo o caso de verificar-se, então, se está protegido por alguma espécie de estabilidade provisória.

## Reza o estatuto dos servidores municipais: (grifou-se)

Art. 91. O servidor efetivo ou em comissão, poderá ser licenciado:

- a) para tratamento de saúde;
- b) quando acidentado no exercício de suas atribuições;
- c) quando acometido de doença, devidamente comprovada e acolhida pela administração;

Art. 92. A licença dependente de inspeção médica será concedida pelo prazo indicado no respectivo laudo ou atestado.

Art. 93. Finda a licença, o servidor reassumirá imediatamente o exercício do cargo, salvo caso de prorrogação.

§ único. A infração deste artigo importará na perda total do vencimento ou remuneração e, se a ausência exceder a 30 (trinta) dias, na demissão por abandono de cargo.

Art. 94. Em gozo de licença o servidor não contará tempo para nenhum efeito, exceto quando se tratar de licença concedida à gestante e por acidente em serviço.

Portanto, na linguagem utilizada pelo estatuto dos servidores, o servidor está em gozo de "licença para tratamento de saúde" (art. 91, alíneas "a" e "c"). O mesmo estatuto parece conferir-lhe estabilidade provisória, ou seja, garantia de retorno ao cargo após a recuperação da capacidade laborativa, pois, conforme a dicção do art. 93: "finda a licença, o servidor reassumirá imediatamente o exercício do cargo".

O regime previdenciário adotado pelo município é o Regime Geral da Previdência Social (RGPS), conseqüentemente, o servidor é segurado do INSS e, em razão da incapacidade temporária para o trabalho, está recebendo da autarquia federal o benefício chamado "auxílio doença".

Convém examinar o teor da Lei 8213/1991, que dispõe sobre os planos de benefícios do RGPS: (grifou-se)

Art. 59. O auxílio-doença será devido ao segurado que, havendo cumprido, quando for o caso, o período de carência exigido nesta Lei, ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos.

Art. 63. O segurado empregado em gozo de auxílio-doença será considerado pela empresa como licenciado.

§ único. A empresa que garantir ao segurado licença remunerada ficará obrigada a pagar-lhe durante o período de auxílio-doença a eventual diferença entre o valor deste e a importância garantida pela licença.

A redação dos art. 63, "caput" e § único, também sugere que o servidor afastado por motivo de doença está acobertado por estabilidade provisória, porque o município está obrigado a "pagar-lhe durante o período de auxílio-doença a eventual diferença entre o valor deste e a importância garantida pela licença".

Entretanto, os dispositivos legais transcritos retro apenas aparentemente conferem estabilidade ao servidor. Não se deve olvidar que o tratamento jurídico do cargo em comissão é constitucional, através do art. 37, inciso II, que, expressamente, atribui investidura precária a seu ocupante. A legislação infraconstitucional não pode outorgar-lhe garantias incompatíveis com a índole transitória e passageira do provimento, sob pena de desvirtuar a natureza do cargo. Eventual estabilidade deve se restringir exclusivamente às hipóteses previstas na própria Constituição (art. 39, § 3º), no caso, licença à gestante (art. 7º, inciso XVIII c/c art. 10, inciso II, alínea "b", ADCT), licença paternidade (art. 7º, inciso XIX art. 10, § 1º, ADCT) e, talvez, licença para o exercício de cargo de direção em comissões internas de prevenção de acidentes (art. 10, inciso II, alínea "a", ADCT).

Tal exegese restritiva é consequência do tratamento excepcional dispensado pelo constituinte ao cargo em comissão, sujeito ao "spoils system" ou sistema de despojos, ao passo que a regra é a obrigatoriedade de concurso público e o provimento efetivo de cargos públicos, consagrando a existência de uma burocracia permanente na administração pública, composta por servidores concursados e especializada para a realização de suas diversas atribuições. [2]

Por outro lado, consoante ensina a hermenêutica jurídica, as normas excepcionais devem ser interpretadas literal e restritivamente, pois uma exceção é, por si só, uma restrição que só deve valer para os casos excepcionais, e ir além é contrariar sua natureza. [3] Não se admite, portanto, a utilização de métodos que ampliem o seu significado. Nesse diapasão, não se deve conceder aos ocupantes de cargos em comissão benefícios que conflitem com o caráter excepcional e transitório inerente à investidura.

Por outro lado, a interpretação a ser adotada para o caso é a sistemática. Nesse sentido, não se pode ler de forma isolada os dispositivos infraconstitucionais retro transcritos, que tratam genericamente de licença para tratamento de saúde e auxílio doença, senão que se deve integrá-los aos dispositivos específicos (constitucionais) que regem a natureza dos cargos comissionados. Assim procedendo, conclui-se que o fato de o ocupante de cargo em comissão estar em gozo de licença para tratamento de saúde não configura impedimento a sua exoneração, a qualquer tempo, pela autoridade que o nomeou, pois é justamente esta faculdade que caracteriza a precariedade de tal tipo de provimento.

O servidor terá direito ao recebimento das verbas rescisórias, devidas até a data da dispensa, e continuará a perceber o auxílio doença do INSS, até a completa recuperação de sua saúde, já que, para o recebimento do benefício previdenciário, não se exige a manutenção do vínculo empregatício, mas sim o cumprimento de prazo de carência.

#### **NOTAS:**

[1] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 269.

[2] MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 142.

[3] FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito. Técnica, Decisão, Dominação**. São Paulo: Atlas, 1993, p. 268.