UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS - UNIPAC
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAS DE BARBACENA-FADI
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

CAIO CÉSAR VIOL PAES

A ESTABILIDADE PROVISÓRIA DA GESTANTE NO CONTRATO DE EXPERIÊNCIA E AS CONSEQUÊNCIAS DA SÚMULA 244 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

BARBACENA
2014

A ESTABILIDADE PROVISÓRIA DA GESTANTE NO CONTRATO DE EXPERIÊNCIA E AS CONSEQUÊNCIAS DA SÚMULA 244 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

Caio César Viol Paes*
Nelton José Araújo Ferreira**

Resumo

Neste trabalho, será abordada a importância do contrato de experiência para o empregador e sua necessidade para um bom andamento dos trabalhos de uma empresa, bem como as consequências graves ao contrato de experiência advindas da alteração realizada à súmula nº 244, inciso III, do Tribunal Superior do Trabalho (TST). Desta forma, ficará demonstrado na conclusão deste que: o instituto do contrato de trabalho na modalidade de experiência e a estabilidade da gestante de que trata o art. 10, inciso II, alínea b, do Ato de Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) são institutos incompatíveis entre si.

Palavras-chave: Gestante. Estabilidade. Súmula 244-TST. Contrato de experiência.

*Acadêmico do 10º período do Curso de Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos-Unipac Barbacena-MG-e-mail:caio_cp8@hotmail.com
** Professor Orientador. Esp. Professor de Direito Trabalhista do Curso de Direito da UNIPAC/Barbacena. e-mail: neltonjaraujo@gmail.com

1 Breve introdução ao tema

As políticas legislativas de igualdade no Brasil buscam, a todo o momento, estabelecer um equilíbrio entre os trabalhadores hipossuficientes e o empregador. Tais políticas que geram alterações nas leis com a finalidade de buscar esse equilíbrio e que advêm de tribunais trabalhistas, também produzem consequências negativas para mercado de trabalho e, se não bem analisadas, ao empregador.

A estabilidade provisória da gestante tem como grande objetivo tutelar a gestação da hipossuficiente na relação trabalhista e equilibrar a situação financeira familiar neste período às vezes tão difícil para trabalhadora brasileira.

Ocorre que, infelizmente, em situações não tão isoladas, essa estabilidade concedida à mulher não é bem vista pelo empregador, uma vez que se ele possui uma empregada que não produza em sua empresa como deveria e esta se encontra na condição de gestante, o empregador não poderá promover a rescisão do contrato de trabalho; e mais, ainda que a concepção ocorra após o pré-aviso, a trabalhadora estará protegida conforme art. 391-A da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

Assim, este entendimento, apesar de tentar resguardar a gestante neste período merecedor de proteção, gera, com certeza, receio que é partilhado por grandes e pequenos empregadores do país.

Ademais, ainda impõe-se observar o instituto do contrato de trabalho na modalidade de experiência que tem como objetivo, segundo o próprio TST, não somente verificar a qualificação técnica e aptidão para o trabalho; entende-se que através do contrato de experiência pode ser feita pelo empregador uma avaliação subjetiva do comportamento e entrosamento do empregado. Desta forma, a aplicação da estabilidade da gestante, neste contrato, poderia atuar como lesiva ao mesmo.

2 O contrato de experiência

As espécies de contrato de trabalho são determinadas pelo art. 443 da CLT. Nele está disposto que o contrato pode ser celebrado de forma tácita ou expressa, por prazo determinado ou não.

"Art. 443 - O contrato individual de trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito e por prazo determinado ou indeterminado."[1]

Para Delgado (2011, p.483)

> "Também pode ser definido o contrato empregatício como o acordo de vontades, tácito ou expresso, pelo qual uma pessoa física coloca seus serviços à disposição de outrem, a serem prestados com pessoalidade, não eventualidade, onerosidade e subordinação ao tomador. A definição, portanto, constrói-se a partir dos elementos fático-jurídicos, componentes da relação empregatícia, deflagrada pelo ajuste tácito ou expresso entre as partes."

No caso do contrato de experiência segundo Martins (2013, p.127), conceitua-se como:

> "O contrato de experiência é um pacto de avaliação mútua. Normalmente, no contrato de experiência o empregador vai testar se o empregado pode exercer a atividade que lhe é determinada." E ainda continua: "Um dos objetivos do contrato de experiência é verificar também se o empregado tem condições de se adaptar ao ambiente de trabalho, com os colegas etc."

Trata-se, portanto, de um contrato por prazo determinado, com prazo máximo de 90 dias (CLT, art. 445, parágrafo único). Consequentemente terá efeitos como qualquer outro contrato, destinando-se ao empregador, direitos e obrigações sobre o referido acordo.

Caso o interstício de 90 dias do contrato de experiência seja ultrapassado, ele passará a vigorar como contrato por prazo indeterminado.

3 A estabilidade da gestante

Previamente, deve-se entender o conceito de gestante e por fim a estabilidade no contrato de trabalho.

Gestação é o período do desenvolvimento do embrião no útero da empregada gestante. Ou seja, somente é considerada gestante aquela empregada que gera o próprio filho.

Para Martins (2013), a mãe de aluguel terá garantia de emprego pelo simples fato de haver a gestação. No entanto a mulher que é doadora do óvulo a ser fecundado não fará jus a tal garantia uma vez que não há gestação.

Atento ao posicionamento da doutrina, Ferreira (2013, p. 21) entende, para fins de conceito que: "Podemos conceituar estabilidade provisória como o período em que o

[1] http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm#adct

empregado tem seu emprego garantido, sem que possa ser dispensado por vontade do empregador, salvo por justa causa ou por motivo de força maior".

Para Saraiva (2011, p. 382) "A estabilidade é espécie do gênero garantia de emprego, que se materializa quando o empregador está impedido, temporária ou definitivamente, de dispensar sem justo motivo o laborante."

A estabilidade da gestante foi criada visando à garantia da dignidade da pessoa humana e a própria vida do nascituro que passa a ser protegida pelo TST com amparo constitucional em seus preceitos fundamentais, conforme dispõe o Agravo de Instrumento em recurso de Revista abaixo:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. ESTABILIDADE DA GESTANTE. CONTRATO POR PRAZO DETERMINADO. Demonstrado que a decisão regional viola, em princípio, o art. 10, II, b, do ADCT, dá-se provimento ao agravo de instrumento para determinar o processamento do recurso de revista. Agravo de instrumento provido. RECURSO DE REVISTA. ESTABILIDADE DA GESTANTE. CONTRATO POR PRAZO DETERMINADO. NORMATIZAÇÃO ESPECIAL E PRIVILEGIADA À MATERNIDADE CONTIDA NA CARTA DE 1988. ARTS. 10, II, B, DO ADCT, ARTS. 7º, XVIII E XXII, 194, 196, 197, 200, I, 227, CF/88. RESPEITO, FIXADO NA ORDEM CONSTITUCIONAL, À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, À PRÓPRIA VIDA AO NASCITURO E À CRIANÇA (ART. 1º, III, E 5º, CAPUT, DA CF). Em princípio, a lógica dos contratos a termo não permite qualquer possibilidade de maior integração do trabalhador na empresa, além de já preestabelecer o final do próprio vínculo empregatício. Em face disso, em regra, o instituto da garantia de emprego é inábil a produzir, no contexto dos contratos a termo, a mesma extensão de efeitos que seguramente propicia na seara dos contratos indeterminados. Por outro ângulo, contudo, é certo dizer que a lógica dos contratos a termo é perversa e contra ela se contrapõe todo o Direito do Trabalho, já que esse ramo jurídico especializado busca aperfeiçoar as condições de pactuação da força de trabalho no mercado. Por essas razões, a legislação busca restringir ao máximo suas hipóteses de pactuação e de reiteração no contexto da dinâmica justrabalhista. Note-se que a CLT não prevê a situação da gravidez como situação excepcional a impedir a ruptura contratual no contrato a termo. Contudo o art. 10, II, do ADCT da Constituição, em sua alínea b, prevê a estabilidade provisória à -empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto-. Estipula, assim, a vedação à dispensa arbitrária ou sem justa causa. Ressalte-se que a maternidade recebe normatização especial e privilegiada pela Constituição de 1988, autorizando condutas e vantagens superiores ao padrão deferido ao homem - e mesmo à mulher que não esteja vivenciando a situação de gestação e recente parto. É o que resulta da leitura combinada de diversos dispositivos, como o art. 7º, XVIII (licença à gestante de 120 dias, com possibilidade de extensão do prazo, a teor da Lei 11.770/2008, regulamentada pelo Decreto 7.052/2009) e das inúmeras normas que buscam assegurar um padrão moral e educacional minimamente razoável à criança e ao adolescente (contidos no art. 227, CF/88, por exemplo). De par com isso, qualquer situação que envolva efetivas considerações e medidas de saúde pública (e o período de gestação e recente parto assim se caracterizam) permite tratamento normativo diferenciado, à luz de critério jurídico valorizado pela própria Constituição da República. Note-se, ilustrativamente, a esse respeito, o art. 196 que firma ser a saúde -direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos...-; ou o art. 197, que qualifica como de -relevância pública as ações e serviços de saúde...-, além de outros dispositivos, como artigos 194, 200, I, e 7º, XXII, CF/88. A estabilidade

> provisória advinda da licença maternidade decorre da proteção constitucional às trabalhadoras em geral e, em particular, às gestantes e aos nascituros. A proteção à maternidade e à criança advém do respeito, fixado na ordem constitucional, à dignidade da pessoa humana e à própria vida (art. 1º, III, e 5º, caput, da CF). E, por se tratar de direito constitucional fundamental, deve ser interpretado de forma a conferir-se, na prática, sua efetividade. Nesse sentido, entendo que não pode prevalecer o posicionamento adotado pelo TRT, que conferiu preponderância aos efeitos dos contratos a termo - especificamente em relação à garantia de emprego - em detrimento da estabilidade assegurada às gestantes, na forma do art. 10, II, b, do ADCT. Nessa linha, está realmente superada a interpretação exposta no item III da Súmula 244 do TST. Inclusive o Supremo Tribunal Federal possui diversas decisões - que envolvem servidoras públicas admitidas por contrato temporário de trabalho -, em que expõe de forma clara o posicionamento de garantir à gestante o direito à licença-maternidade e à estabilidade, independentemente do regime jurídico de trabalho. Sob esse enfoque, o STF prioriza as normas constitucionais de proteção à maternidade, lançando uma diretriz para interpretação das situações congêneres. Recurso de revista conhecido e provido. (RR - 21700-25.2009.5.01.0079, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 08/02/2012, 6ª Turma, Data de Publicação: 13/04/2012).[2]

Segundo o julgado que teve como Relator o Ministro Mauricio Godinho Delgado, não se pode preponderar os efeitos do contrato a termo sobre as garantias direcionadas a gestante e ao nascituro pela constituição. Com isso cria-se certa exclusão ao que versa e se discute no contrato de experiência, haja vista ser este um contrato por prazo determinado.

Nota-se que o Ministro Mauricio Godinho Delgado partilha do mesmo entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF). Este possui consolidada jurisprudência visando assegurar à gestante a estabilidade provisória prevista no artigo 10, inciso II, alínea b, do ADCT, conforme recentes julgados a seguir reproduzidos:

> 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. (AI 804574 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 30/08/2011, DJe-178 DIVULG 15-09-2011 PUBLIC 16-09-2011 EMENT VOL-02588-03 PP-00317 RT v. 100, n. 913, 2011, p. 491-494).
> EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. SERVIDORAS PÚBLICAS E EMPREGADAS GESTANTES. LICENÇA-MATERNIDADE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. ART. 7º, XVIII, DA CONSTITUIÇÃO. ART. 10, II, "B", do ADCT. O Supremo Tribunal Federal fixou entendimento no sentido de que 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

[2] http://jus.com.br/artigos/22487/a-estabilidade-da-gestante-e-a-superacao-da-sumula-244-do-tst#ixzz32rwfD4IQ

> provisória desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, nos termos do art. 7º, XVIII, da Constituição do Brasil e do art. 10, II, "b", do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento. (RE 600057 AgR, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 29/09/2009, DJe-200 DIVULG 22-10-2009 PUBLIC 23-10-2009 EMENT VOL-02379-10 PP-02124).[3]

Para garantir o direito à estabilidade provisória resguardada à gestante, a empregada não precisa sequer confirmar a gravidez ao empregador, ou seja, a empregada fará jus à estabilidade mesmo que se a gravidez for descoberta no transcorrer do aviso prévio, o que hoje está no texto da CLT – art. 391 -A.

Tendo feito esta análise, o TST, visando à proteção da mulher no intuito de resguardar os interesses da própria CLT e da Carta Magna, avançou de maneira arrojada, para muitos, responsabilizando o empregador na ausência de conhecimento do estado gravídico da empregada.

Neste caminho, atendendo ao que dispõe os arts. 492 a 500 da CLT, entende-se que a estabilidade tem o objetivo maior de tutelar a gestação da empregada e o nascituro evitando em determinado momento dispensa do empregador.

No ponto de vista do empregador, a estabilidade segundo Martins (2013, p.467) é: “Para o empregador, é a proibição de dispensar o trabalhador, exceto se houver alguma causa prevista em lei que permita a dispensa. O empregador incorre numa obrigação de não fazer, de manter o emprego do obreiro”.

3.1 Amparo Legal

A estabilidade da gestante tem seu respaldo no art. 10, inciso II, alínea b, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, *in verbis*:

> **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.

[3] http://jus.com.br/artigos/22487/a-estabilidade-da-gestante-e-a-superacao-da-sumula-244-do-tst#ixzz32rwfD4IQ

O art. 7º inciso I da Constituição Federal (CF/88), o qual faz referência o art.10. do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, está, assim, disposto:

> Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:
> I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos;

Também consolidada pela recente reforma feita na súmula 244 do TST, a estabilidade não somente abrange os contratos por prazo indeterminado, mas também os contratos por prazo determinado:

> Súmula nº 244 do TST
> GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA (redação do item III alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012
> I - O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade (art. 10, II, "b" do ADCT).
> II - A garantia de emprego à gestante só autoriza a reintegração se esta se der durante o período de estabilidade. Do contrário, a garantia restringe-se aos salários e demais direitos correspondentes ao período de estabilidade.
> III - A empregada gestante tem direito à estabilidade provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea "b", do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado.[4]

Ocorre que o texto originário da súmula 244 do TST não estendia o benefício da estabilidade da gestante à mulher empregada que se enquadrava no contrato de experiência, haja vista ser de conhecimento de ambas as partes o contrato ter uma data de extinção. Assim era disposto:

> [...]
> Item III - Não há direito da empregada gestante à estabilidade provisória na hipótese de admissão mediante contrato de experiência, visto que a extinção da relação de emprego, em face do término do prazo, não constitui dispensa arbitrária ou sem justa causa. (ex-OJ nº 196 da SBDI-1 - inserida em 08.11.2000)

Tal modificação na súmula 244 não se mostra, à luz da essência do contrato por prazo determinado, consoante ao que se espera de um ajuste fixado com temo certo onde haverá a possibilidade de experimentações recíprocas.

Ora! Se o empregador, no desempenhar de suas funções administrativas, tem como principal fomento da empresa trabalhadores adequados às necessidades funcionais exigidas e consequente produção, primeiramente precisará conhecê-los. O entendimento hoje adotado

[4] http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_201_250.html#SUM-244

pela Sum. 244, pode levar, involuntariamente, a um afastamento da mulher do mercado de trabalho, justamente pelo receio advindo do empregador em firmar um instrumento de natureza experimental que se prorrogaria no tempo.

Há de se ressaltar que a probabilidade de a mulher se adequar ou não à empresa e ao perfil que esta deseja é a mesma de que qualquer homem.

Consequentemente, a alteração poderá ser concebida na contramão do comando do art. 7º, inc. XX da Constituição Federal que prima pela proteção do mercado de trabalho da mulher mediante incentivos específicos.

Os empregadores, no intuito de se resguardarem e correrem menos riscos, podem, de uma forma natural, consumirem-se por um preconceito quase que imperceptível aos olhos dos leigos e passarem a optar por homens, notadamente, para ocupação de cargos estratégicos.

Logo, a garantia de emprego não pode, de nenhuma forma, sobrepujar o contrato de experiência (por essência firmado por prazo determinado), não obstante, também não pode atentar contra a segurança jurídica do empregador, uma vez que, quando este realiza um contrato de boa-fé por prazo determinado, pode ele não ter interesse de prorrogá-lo, tão pouco querer que se torne um contrato por prazo indeterminado.

4 Considerações finais

Em um entendimento oposto ao acolhido pelo Tribunal Superior do Trabalho, que por sua vez, manifestou-se em favor do entendimento do Supremo Tribunal Federal conforme citação anterior, entendo que a recente alteração feita ao inciso III, da súmula 244 é um retrocesso à norma jurídica, posto que vai contra a natureza do contrato de trabalho por prazo determinado, tirando, por si só, sua finalidade.

Em termos constitucionais, as consequências negativas para com a mulher no mercado de trabalho ferem, de forma transparente, a garantia preconizada no art. 7º da CF inciso XX que se dirige a proteção do mercado de trabalho da mulher mediante incentivos.

Nos termos do art. 10º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, ao estar a empregada na condição de gestante, passa o contrato de trabalho por prazo determinado a vigorar como contrato de trabalho por prazo indeterminado, pois o direito visado na relação trabalhista pelo TST é o do nascituro, ferindo assim o pacto laboral celebrado entre as partes.

Por derradeiro, fica claro que apesar das benéficas intenções buscadas na transformação do inciso III da súmula 244, não foi uma decisão que agradou de forma unânime, pelo contrário, foi, para muitos, equivocada, uma vez que pode ser interpretada

como contrária a dispositivo constitucional (inc. XX, art. 7), retirando a finalidade do contrato de experiência e, de certa forma, pode dificultar a inserção da mulher no mercado de trabalho.

Referências

BRASIL. [Leis, decretos, etc...]. **. Vade mecum.** 11.ed. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2011

_____. Constituição da Republica Federativa do Brasil. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm#adct>. Acesso em: 10 maio 2014

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho.** 10.ed. Sao Paulo: LTr, 2011.

FERREIRA, Pablito Dutra Dantas. A estabilidade das gestantes no contrato de experiência e a nova redação da súmula nº 244 do TST. **Revista Síntese: Trabalhista e Previdenciária,** Porto Alegre: Síntese, v.24, n.289, p. 18-30, jul.2013.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 29.ed. São Paulo: Atlas, 2013.

RIBEIRO, Henrique França. **A estabilidade da gestante e a superação da Súmula 244 do TST**. 2012. Disponível em: < http://jus.com.br/artigos/22487/a-estabilidade-da-gestante-e-a-superacao-da-sumula-244-do-tst#ixzz33EbHAmE0>. Acesso em: 10 maio 2014.

SARAIVA, Renato. **Direito do trabalho.** 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011

SÚMULA 244 do TSF. **Gestante: Estabilidade Provisória**. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_201_250.html#SUM-244>. Acesso em: 10 maio 2014