



UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO

CURSO DE DIREITO

Altamir Valério da Luz

**ESTABILIDADE DA GESTANTE NO CONTRATO DE TRABALHO
POR TEMPO DETERMINADO**

Juiz de Fora - MG

Novembro de 2012

Altamir Valério da Luz

**ESTABILIDADE DA GESTANTE NO CONTRATO DE TRABALHO
POR TEMPO DETERMINADO**

Monografia de conclusão de curso
apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Presidente Antônio Carlos,
como requisito parcial à obtenção do título de
“Bacharel em Direito” e aprovada pela
orientadora Professora CARMEM LUCIA
MACHADO.

Juiz de Fora - MG

13/11/2012

DEDICATÓRIA

À Deus, por me dar esta rica oportunidade
de realizar um sonho da minha mãe
(saudades), Gisele e Maria, aos familiares.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a minha família, aos professores e meus colegas por terem ajudado na construção desse trabalho.

À Professora Orientadora Carmem Lucia Machado, pela paciente e dedicada orientação, pela competência e amizade.

RESUMO

Com a necessidade cada vez maior de deixar de cuidar somente da casa e do lar devido a fatores sociais e econômicos, a mulher começou a se inserir no mercado de trabalho, advindo daí a necessidade de se criar algumas garantias para garantir a igualdade desta com os homens. Para que não houvesse perseguições, discriminação e demissões arbitrárias em virtude da condição do estado gravídico, o legislador procurou defender a mulher. O trabalho a ser desenvolvido procura analisar essa questão através da doutrina e jurisprudência provando que a estabilidade deve existir ainda que na contratação por prazo determinado, para garantia da proteção ao nascituro e, por consequência, da continuidade da raça humana. No trabalho em comento demonstra-se que alteração realizada na redação da Súmula 244, III, do TST (alterada em 14/09/2012) veio atender ao clamor da sociedade, ressaltando-se, contudo, o entendimento de que referida estabilidade já era garantida pela Constituição, nos termos do artigo 7º, XVIII da CF/88 e do artigo 10, II, b, do ADCT.

Palavra-chave: Contratos, Estabilidade gestante.

ABSTRACT

With the increasing need to stop caring only of house and home due to social and economic factors, women began to enter the labor market, hence the need to create some safeguards to ensure this equality with men. In order to avoid persecution, discrimination and arbitrary dismissals due to the condition of pregnancy status, the legislature sought to defend the woman. The work to be performed analyzes this issue through the doctrine and case law proving that stability should exist even in contracting for a specified period, to ensure the protection of the unborn and, consequently, the continuity of the human race. In the work under discussion demonstrates that changes made in the writing of Abstract 244, III, TST (amended on 14.09.2012) came to answer the clamor of society, emphasizing, however, the understanding that such stability was already guaranteed by the Constitution, under Article 7 of CF/88 XVIII and Article 10, II, b, ADCT.

Keyword: Contracts, Stability pregnant.

FOLHA DE APROVAÇÃO

Atamir Polívio da Luz

Aluno

Estabilidade da Gestante no Contrato de Trabalho
por Tempo Determinado

Tema

Monografia de conclusão de Curso apresentada ao Curso de Direito, da Universidade Presidente Antônio Carlos / Juiz de Fora, como exigência para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Paulo

OK

Luciana de Oliveira Zimmermann

Aprovada em 08 / 12 / 2012.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 CONTRATO DE TRABALHO	8
2.1 Denominação	11
2.1.1 O artigo 442 da Consolidação das Leis do Trabalho	11
2.2 Contrato de Trabalho e Relação de Trabalho	11
2.3 O Tradicional Contrato de Trabalho Por Prazo Determinado	12
2.4 Distinção Entre Contrato Por Prazo Determinado e Por Prazo Indeterminado.....	15
3 A INSERÇÃO DA MULHER NO MERCADO DE TRABALHO	16
3.1 A mulher Gestante	17
3.2 A estabilidade da gestante na contratação por prazo determinado.....	17
4 ALTERAÇÃO DA SÚMULA 244 DO TST.....	21
5 CONCLUSÃO	24
6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	25

1 INTRODUÇÃO

A presente monografia tem por escopo traçar um panorama acerca da estabilidade da gestante no contrato de trabalho por tempo determinado.

A intenção primordial é analisar a questão da estabilidade da gestante mesmo no contrato de experiência ou por tempo determinado no contexto nacional, observando também as consequências sociais e econômicas ocasionadas da situação fática em tela.

Para compreensão do tema aqui apresentado, faz-se necessária uma breve compreensão do conceito de contrato de trabalho por tempo determinado, bem como tecer considerações acerca da inserção da mulher no mercado de trabalho e a discriminação sofrida por ela principalmente no estado gravídico.

No primeiro capítulo será apresentada uma breve parte histórica, que trata da evolução do trabalho em um contexto nacional, assim como também dos fatos ocorridos em todo o mundo para melhor entendimento do desenvolvimento do trabalho.

No segundo capítulo será abordada a dificuldade da mulher de se inserir no mercado de trabalho diante da discriminação ainda existente; a criação de leis para proteção da mulher nos contratos de trabalho; e a estabilidade em decorrência da gravidez nos contratos de trabalho por tempo determinado como forma de proteção não só à mulher, mas ao nascituro, com fundamento na dignidade da pessoa humana.

O capítulo terceiro tratará da forma do contrato de trabalho por tempo determinado e das ponderações acerca da estabilidade da gestante nessa forma de contrato, demonstrando a divergência que anteriormente existia em torno da Súmula 244, itens I e III do TST.

Enfim, será efetuado comentário acerca da recente alteração da Súmula 244, III do TST, que, embora tardia, trouxe pacificação ao tema e já era esperada há muito pelos militantes da área.

2 CONTRATO DE TRABALHO

No século XVIII, os juristas encontraram dificuldades em classificar a nova figura que surgia no universo jurídico em decorrência do fenômeno sócio-econômico que se expandia.

As primeiras tentativas dos doutrinadores em explicar o contrato de trabalho penderam para o Direito Civil, no qual a relação de emprego era vista como um contrato semelhante aos demais contratos presentes no Direito Civil. Desta feita, os contratos de trabalho podiam ser resumidos em: arrendamento; compra e venda; sociedade e mandato.

A concepção do trabalho como mercadoria sujeita a lei da oferta e da procura e do salário como preço desta mercadoria também era muito difundida pelo liberalismo econômico do século XVIII.

Entretanto, esta teoria foi derrubada por alguns doutrinadores que afirmavam que o trabalho não é mercadoria uma vez que esta é produto daquele. O trabalho que é a causa primária de todas as mercadorias não pode ser tido como idêntico ao seu produto.

Para outros, ainda, o contrato de trabalho não seria mais que uma forma de associação na qual uma unidade de interesses e de esforços vincularia trabalhadores e empregados.

Por sua vez, MARANHÃO (1993) assim define o contrato de trabalho:

O contrato de trabalho, 'stricto sensu', é o negócio jurídico pelo qual uma pessoa física (empregado) se obriga, mediante o pagamento de uma contraprestação (salário), a prestar trabalho não eventual em proveito de outra pessoa física ou jurídica (empregador), a quem fica juridicamente subordinada.

MORAES FILHO e FLORES MORAES (2003, p.218) conceituam contrato de trabalho como “o acordo pelo qual uma pessoa natural se promete a prestar serviços não eventuais a outra pessoa natural ou jurídica, em seu proveito e sob suas ordens, mediante salário”.

Em suma, o contrato de trabalho é a fonte que instaura o vínculo, mas que pode também determinar alguns dos seus efeitos. A relação de emprego é uma relação social que se transforma em jurídica porque disciplinada pelo direito. A vontade, manifestada de modo escrito, verbal ou meramente tácito, está sempre na base de toda relação jurídica entre empregado e empregador.

O contrato de trabalho cria uma relação jurídica especial, que não é a relação de trabalho genérica e sim a relação de emprego.

Os contratos podem ser classificados quanto à forma de sua celebração podendo ser divididos em contratos escritos e verbais e estes por sua vez podem ser subdivididos em contratos expressos e tácitos, quanto aos sujeitos da relação de emprego, podendo ser singulares e plúrimos; quanto a regulamentação da relação jurídica podendo ser comum ou especial;

Como condições de validade para os contratos de trabalho, geradoras da relação de emprego, pode-se citar: o salário, o local da prestação do serviço, a jornada de trabalho e tipo de atividade desenvolvida na empresa. Estas determinações visam suprir a necessidade de proteção do empregado, posto que este se encontra em posição de inferioridade econômica em relação ao empregador.

MARANHÃO (1993, p.226) preconiza:

O contrato de trabalho pressupõe liberdade de contratar ou não; a igualdade dos contratantes no plano jurídico; e o respeito à palavra empenhada, à fê contratual: dignifica a pessoa humana do trabalhador. A noção de contrato traduz a idéia de uma união para produzir e do trabalho livremente aceito.

De acordo com MARTINS (2010.), contrato de trabalho é o negócio jurídico entre uma pessoa física (empregado) e uma pessoa física ou jurídica (empregador) sobre condições de trabalho. Enfim, independentemente do conceito que se faça ou se adote, é preciso compreender que o contrato individual de trabalho é a forma e o instrumento jurídico como o ordenamento jurídico entende é a relação de emprego. Assim, não importa qual a definição que se dê ao contrato de trabalho, pois esta terá que, obrigatoriamente, passar pelos elementos definidores da relação de emprego, quais sejam pessoalidade, onerosidade, não-eventualidade e subordinação jurídica.

O contrato de trabalho produz efeitos jurídicos já que resultam de uma relação de direito e que por sua vez é caracterizado pela criação de uma situação jurídica subjetiva, condição *sine qua non* para a aplicação do direito subjetivo.

De todas as modalidades pelas quais o contrato individual de trabalho pode apresentar-se, deve-se atentar para aquela que se refere à duração, conforme dispõe a CLT em seus artigos 451 e 452, podendo o contrato de trabalho ser por prazo determinado ou prazo indeterminado. No entanto, entende-se que não há esta classificação propriamente dita, pois o

contrato por tempo indeterminado é a regra, sendo o contrato por tempo apenas uma exceção ao princípio da continuidade do trabalho. Os contratos por prazo determinado seriam possíveis apenas nos casos previstos pela CLT. Com o surgimento da Lei 9.601/98, ampliou-se a possibilidade de contratação por prazo determinado.

Do contrato de trabalho surge o instituto da estabilidade, que pode ser conceituado como o direito que o empregado possui de não ver extinto o contrato por vontade unilateral do empregador.

Em suma, sendo o contrato um acordo bilateral de vontade só pode sofrer rescisão por acordo de ambas as partes.

A rescisão unilateral vai de encontro com o princípio da força obrigatória dos contratos e depende da lei, ou de novo acordo de vontade dos contratantes, além de sempre constituir uma causa anormal de extinção por ser forçada.

Quando nos referimos ao contrato de trabalho por tempo indeterminado, fica difícil vislumbrar uma causa normal de extinção do contrato, uma vez que neste não existe tempo previsto ou execução prevista, como ocorre nos contratos firmados por tempo determinado.

Nos contratos por tempo indeterminado está presente o princípio protetivo, na qual o empregado, sendo a parte mais fraca do contrato, é beneficiado.

Segundo DELGADO(2011, p.92), o contrato de trabalho cria uma relação jurídica *estricto sensu*, pois trata-se de um negócio jurídico pelo qual uma pessoa física (empregado) se obriga, mediante pagamento de uma contraprestação (salário), a prestar serviço não eventual em proveito de outra pessoa física ou jurídica (empregador) a que fica juridicamente subordinada.

Caracteriza-se, ainda, o contrato de trabalho, por ser um contrato de direito privado, embora de ordem pública, pois regula a relação entre indivíduos da sociedade e não a atuação do estado; concluído *intuito personae* em relação à pessoa do empregado; sinalagmático, posto que faz surgir obrigações para ambas as partes; consensual, já que não pode resultar de uma imposição, devendo seguir certas regras jurídicas; sucessivo ou continuado, podendo ser por prazo indeterminado ou determinado; oneroso, possuindo uma prestação e uma contraprestação; contrato principal podendo vir acompanhado de contratos acessórios e por fim, trata-se de um contrato comutativo.

2.1 Denominação

No Brasil, o contrato de trabalho, era conhecido até o século passado, como “locações de serviços”, “contrato de salário” entre outras. O mais correto, no entanto, seria chamá-lo de contrato de emprego, a fim de afastar a extrema abrangência do vocábulo “trabalho”, que traz consigo a idéia de trabalho subordinado e autônomo ou prestado por profissional liberal.

A Consolidação das Leis do Trabalho conceitua em seu artigo 442 o contrato individual como sendo um acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego.

2.1.1 O artigo 442 da Consolidação das Leis do Trabalho

O artigo 442 da CLT reza que: “Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego”.

Desta forma, pode-se observar que o legislador adotou uma concepção mista, pois, ao mesmo tempo em que prevê a figura do “acordo”, não deixa de reconhecer a supremacia da materialidade quando o admite como “tácito”.

Assim sendo, entende-se que a simples tolerância de alguém permitindo e usufruindo o trabalho alheio terá os mesmos efeitos jurídicos do pacto expresso, se o esforço humano desenvolvido estiver cercado das mesmas características essenciais do contrato de emprego.

2.2 Contrato de Trabalho e Relação de Trabalho

Não há uma separação substancial, uma autonomia absoluta entre o contrato de trabalho e a relação de trabalho.

GOMES(2000, p.156) destaca que “o contrato é, com efeito, o aspecto subjetivo de um fato que se objetiva na relação. Ora, o problema consiste justamente em saber se esse aspecto subjetivo pode ser eliminado, e não em se acentuar que difere do aspecto objetivo”

Caso fosse considerada a simples execução do serviço (relação de trabalho) como sendo suficiente para a constatação da existência da relação de trabalho, o contrato seria de nenhuma utilidade prática. Isso, contudo, não ocorre, pois a manifestação de vontade (liberdade de contratar) é elemento fundamental para a formação da relação no que se refere

ao seu aspecto subjetivo, enquanto que a efetiva execução do trabalho é aspecto objetivo do contrato.

No mesmo sentido, MORAES FILHO(2003, p. 274) adverte que a relação de trabalho faz presumir ou subentender a existência de um contrato de trabalho, como acordo expresso ou tácito, “desencadeando a aplicação das normas protetoras” já que a relação e contrato são partes de um todo.

Todavia, a exata distinção entre a relação de trabalho, como *aspecto objetivo*, ou seja, materialidade fática objetiva; e o contrato de trabalho, como *aspecto subjetivo*, formal, permite efeitos fundamentais na aplicação dos princípios do Direito do Trabalho. É que um pode existir sem o outro.

Para haver a relação de emprego é necessária a existência de *subordinação hierárquica* ou *dependência* do trabalhador, elemento caracterizador do próprio contrato de trabalho.

NETO (1998, p.252) sustenta que: “ao conjunto de atos executivos do contrato de emprego e originadores de direitos nitidamente patrimoniais é que pode denominar relação de emprego”.

RUSSOMANO (2005, p.389) afirma que:

É claro que a relação de trabalho não se confunde com a relação de emprego. O trabalhador autônomo ou independente, o trabalhador eventual, o funcionário público etc. Estão ligados à pessoa daquele em benefício do qual o serviço é prestado por força de uma relação de trabalho, mas inexiste relação de emprego entre eles.

Assim sendo, pode-se concluir que para haver uma relação de emprego é indispensável que esteja presente a subordinação. Já não se pode considerar o mesmo pressuposto para a relação de trabalho, pois para esta basta que haja uma prestação de serviço, independente de qualquer tipo de subordinação.

2 3 O Tradicional Contrato de Trabalho Por Prazo Determinado

O contrato de trabalho por prazo indeterminado constitui-se na regra geral dos contratos trabalhistas. Os contratos por prazo determinado constituem-se exceção aos pactos laborais. Esses contratos podem ser celebrados em determinadas hipóteses legalmente especificadas. Caracterizam-se por lapsos temporais geralmente estreitos e rígidos; submetem-se a normas rigorosas quanto à sua sucessividade por outro contrato da mesma

natureza e a prorrogação contratual. No entanto, tais contratos por prazo determinado geram verbas rescisórias mais restritas que as típicas aos pactos por prazo indeterminado, não se podendo deixar também de citar a amplitude de efeitos própria às figuras da interrupção e suspensão contratuais e das garantias jurídicas de emprego.

Para que seja válido o contrato de trabalho por prazo determinado é insuficiente a vontade das partes, é necessário que as circunstâncias o justifiquem. Torna-se necessária a observância das normas legais que regulam a matéria.

O artigo 443, § 1º, da CLT, reza: “contrato de trabalho por prazo determinado é o contrato de trabalho cuja vigência dependa de termo prefixado ou da execução de serviços especificados ou ainda a realização de certo acontecimento suscetível de previsão aproximada”.

As hipóteses para que o contrato por prazo determinado seja válido, portanto, estão previstas no § 2º do mesmo artigo, quais sejam: serviço cuja natureza ou transitoriedade justifique a predeterminação do prazo, atividade empresarial de caráter transitório e contrato de experiência.

De acordo com o supracitado artigo, pode-se concluir que a vontade das partes na determinação da duração do contrato não é suficiente, devendo concorrer certas circunstâncias objetivas que a lei estabelece suas hipóteses e suas condições de validade.

O termo final do contrato de trabalho pode ser certo ou incerto. O contrato será por tempo certo quando as partes determinarem um limite à sua duração, isto é, o evento ao qual se vincula é certo quanto ao acontecimento e certo quanto à data. Será incerto o termo quando, apesar de certo o evento, sua data não poderá ser pré-determinada.

A jurisprudência tem se manifestado no sentido de que:

A realização de acontecimento de previsão aproximada não se pode interpretar como sendo o término em si da obra a realizar-se e sim um evento extrínseco e alheio à vontade dos contratantes. Assim, à mingua da exata estipulação do dia em que terminará a prestação de serviços, e não verificadas as hipóteses do parágrafo 2º, o pacto será ‘de jure’ considerado indeterminado.¹

NASCIMENTO(2007, p. 365) sustenta que:

O termo final pode ser estabelecido com base em três elementos: o cronológico (número de dias, semanas, etc., ou até determinado dia), o serviço especificado (até o término da obra ou de alguma etapa da obra) e o advento de um acontecimento suscetível de previsão aproximada (o término da colheita).

¹ TRT, 1º Reg. 1ª T., proc. 3.388/86, Moacyr Ferreira da Silva, 3.11.76, Ementário Trabalhista, Valheiros Bonfim.

Conforme prescreve o artigo 445 da CLT, o contrato por prazo determinado não pode exceder de dois anos nem se estipular prazo superior. Ao estabelecer o prazo de dois anos, a lei comunicou um critério objetivo temporal ao conceito de transitoriedade, isto é, será de natureza transitória o serviço cuja realização não superar os dois anos, como também será transitória a atividade empresarial até dois anos.

Sabe-se, de igual forma, que o contrato por prazo determinado se forma pela vontade das partes que, contudo, sofre sérias restrições da lei, que restringe as hipóteses e as condições de validade da manifestação de vontade. Para ser válido, o contrato por prazo determinado há de basear-se em uma causa justificadora na prefixação do prazo, sob pena de a lei negar-lhe eficácia.

Dispõe o artigo 451 da CLT que: “contrato por prazo determinado que, tácita ou expressamente, for prorrogado mais de uma vez passará a vigorar sem determinação de prazo”.

A prorrogação do contrato por prazo certo deve ser manifestada pelas partes, e por sua vez, deverá ser de forma inequívoca, sob pena de considerar-se como mera continuidade do contrato, o que o transformará, automaticamente, em contrato por prazo indeterminado. Diz o referido artigo que a segunda prorrogação, mesmo observado o prazo de dois anos previsto no artigo 445 da CLT, independentemente de ser expressa ou tácita, pouco importa; por ser a segunda vez, tornará o contrato por prazo indeterminado. Desta forma, a lei admite que, dentro do prazo de dois anos, ou de 90 dias para o contrato de experiência, as partes, por manifestação expressa da vontade, prorroguem uma única vez o contrato por prazo determinado, sem que haja a conversão em contrato por prazo indeterminado.

A intenção do presente artigo foi desestimular o uso dos contratos por tempo determinado, visando com isto não frustrar a continuação do contrato de trabalho.

O artigo 452 da CLT dispõe: “considera-se por prazo indeterminado o contrato que suceder, dentro de seis meses, a outro contrato por prazo determinado, salvo se a expiração deste dependeu da execução de serviços especializados ou da realização de certos acontecimentos.” Assim, como regra, o segundo contrato que sucede outro por prazo determinado deve ser, necessariamente, por prazo indeterminado, com exceção dos casos especificados pela Lei.

A nova Lei n. 9.601 surgiu como uma forma de ampliar as possibilidades de pactuação dos contratos a termo, diminuindo ainda mais os direitos trabalhistas, já anteriormente referidos e posteriormente analisados.

Entretanto, a nova Lei não propiciou uma ruptura total com o modelo já existente na CLT, se inseriu em vários aspectos, no padrão normativo clássico.

2.4 Distinção Entre Contrato Por Prazo Determinado e Por Prazo Indeterminado

O contrato individual de trabalho pode ser classificado em contrato por prazo indeterminado, quando não há estipulação quanto à sua duração, e por prazo determinado, quando existir limitação da duração do contrato. O contrato de trabalho por tempo indeterminado é a regra, pois a força de trabalho é inserida numa atividade econômica que é permanente. Não se deve deixar de mencionar que um dos elementos que configuram o contrato de trabalho é a não eventualidade da prestação de serviço, conforme enuncia o artigo 3º da CLT. Assim sendo, o empregado deve prestar serviços de forma continuada, não utilizando, no entanto, apenas o conceito temporal, mas sim aquele atribuído ao caráter de não eventualidade propriamente dito.

3 A INSERÇÃO DA MULHER NO MERCADO DE TRABALHO

Muitos problemas foram e ainda são enfrentados pelas mulheres que ingressam no mercado de trabalho como, por exemplo, salários menores que o dos homens, pagos pelo mesmo trabalho, menores chances de capacitar-se profissionalmente, entre outros.

Assim, as mulheres passaram a lutar por igualdade entre os sexos em busca da obtenção dos mesmos direitos masculinos. Com o passar do tempo, além da conquista pela igualdade em relação ao trabalho, as mulheres conseguiram também alguns benefícios, como, por exemplo, o direito ao divórcio, o direito à matrícula em cursos superiores, a ampliação da licença maternidade, entre outros. Atualmente, muitas empresas não abrem mão de terem mulheres em suas equipes de colaboradores. Essas empresas buscam um novo paradigma, baseado em flexibilidade, sensibilidade, intuição, capacidade para trabalhar em equipe e administrar a diversidade, características atribuídas às mulheres.

A partir da evolução histórica da entrada do sexo feminino no mercado de trabalho, contrariando totalmente o retrógrado senso comum de que a mulher deveria tomar conta do lar e cuidar da educação dos filhos, tornaram-se necessários ajustes nas legislações com o intuito de inibir quaisquer tipos de discriminação, além de punir, se necessário, a prática de tais atos. Não bastassem tais preconceitos, surgiram também abusos quanto a despedidas arbitrárias em relação às gestantes, pois os empregadores temiam prejuízos em virtude do afastamento destas no período de licença.

Os legisladores constituintes já tinham como objeto de preocupação a proteção à empregada gestante, antes da promulgação da CLT. Deu-se com a Constituição de 1934 (artigo 121, § 1º, h), seguida das Constituições de 1946 (artigo 157, X), de 1967, bem como na redação da Emenda nº 1 de 1969, garantindo à gestante o emprego e o direito ao repouso remunerado antes e depois do parto. Muito embora tendo esses dispositivos, tais Constituições não mencionavam o período de afastamento, que era de 84 dias, fixado pelo artigo 392 da CLT "É proibido o trabalho da mulher grávida no período de 4 (quatro) semanas antes e 8 (oito) semanas depois do parto", artigo este que por contrariar à nova Constituição, foi modificado. Com isso, a Constituição Federal de 1988, designou expressamente em seu artigo 7º, XVIII, "licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de 120(cento e vinte dias)". (MARTINS, 2011, p.609)

3.1 A mulher Gestante

A constituição assegura o emprego à gestante (artigo 7º, XVIII) e não indenização como costumam pedir na prática alguns operadores do Direito, em sede de ações trabalhistas. Pedindo a empregada apenas indenização, demonstra seu interesse em não retornar ao emprego, o que revela que não tem direito à garantia de emprego. Quanto à garantia ao emprego, justifica-se essa discriminação no período em que a empregada esteja grávida, ou no período pós-parto, pois com certeza não iria encontrar outro serviço no referido lapso de tempo. Mesmo que exista uma legislação de proteção às mulheres grávidas, independente do modelo de contrato de trabalho, e na possibilidade de engravidar, a gravidez e o cuidado com os filhos são os mais fortes motivos de discriminação.

A mulher gestante traz consigo dentro do ventre um ser capaz de dar continuidade à vida do ser humano na terra. Porém, o conjunto de acontecimentos individuais, sociais e culturais que acontecem ao seu redor é capaz de perturbar o ambiente em que vive. Essa situação da mulher é interpretada muitas vezes de maneira negativa pelo empregador, que se questiona acerca da vantagem de manter uma empregada que certamente ficará ausente por alguns meses, sem poder prestar efetivamente os serviços contratados.

Contudo, a proteção à maternidade tem o intuito de preservar o futuro da raça humana, pois se não houver mais gestantes a raça humana se extinguiria naturalmente.

3.2 A estabilidade da gestante na contratação por prazo determinado

O instituto da estabilidade provisória da gestante era visto, até pouco tempo, pela maioria da doutrina e jurisprudência, como sendo incompatível com o contrato por prazo determinado, uma vez que essa modalidade de contrato tem seu termo final predeterminado desde a sua celebração, mediante vontade expressa das partes, a qual se sobrepõe a qualquer tipo de estabilidade. Atingido o termo do prazo, o contrato estaria plenamente cumprido, independentemente de a empregada se encontrar grávida ou não.

Nesse sentido, o Tribunal Superior do Trabalho, por meio da Súmula nº 244 (cancelada em 14/09/2012,), possuía o entendimento de que não haveria que se cogitar do direito da empregada gestante à estabilidade provisória na hipótese de admissão mediante

contrato de experiência. Isto porque a extinção da relação de emprego, no caso, ocorre em face do término do prazo, não se constituindo em dispensa arbitrária ou sem justa causa.

A empregada que é contratada por período de tempo determinado não teria, portanto, direito à estabilidade provisória, pois não seria considerada dispensa arbitrária ou sem justa causa a extinção da relação de emprego decorrente do término do prazo contratado. A Súmula 244, III, do TST, estabelecia:

(...) 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.

Uma vez que a empregada tinha ciência do dia do término do contrato de trabalho, ela não faria jus à estabilidade, Esse era o entendimento do judiciário, de acordo com as jurisprudências a seguir expostas:

CONTRATO DE EXPERIÊNCIA. EMPREGADA GESTANTE. DISPENSA NO TERMO PRÉ-FIXADO. LEGALIDADE. INEXISTÊNCIA DE ESTABILIDADE. Consoante jurisprudência consolidada pela Súmula nº 244, III, do TST, ‘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’. Dessa forma, não havendo demonstração de prática de ato ilegal ou de qualquer outro vício que macule a contratação por prazo determinado, não se vislumbra a possibilidade de deferimento da estabilidade de gestante à Reclamante, pois, no caso em apreço, não houve dispensa arbitrária ou sem justa causa, mas, ao contrário, término natural do contrato que possuía data para essa ocorrência. Sentença reformada. (TRT 18ª Região – RO 0113000-78.2009.5.18.0052 – Ac. 2ª T. – Rel. Des. Wanda Lucia Ramos da Silva – DJe 02.02.2010) .

APELAÇÃO CÍVEL - MANDADO DE SEGURANÇA - SERVIDORA GESTANTE - MUNICÍPIO DE UBERLÂNDIA - CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS POR TEMPO DETERMINADO - ESTABILIDADE PROVISÓRIA - ARTIGO 10, II, b ADCT - INAPLICABILIDADE.” (Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Apelação Cível nº 1.0702.09.563444-1/001(1), Comarca de Uberlândia, Relator: Des. Audebert Delage, Data do Julgamento: 11/02/2010)²

Em sentido divergente, sustentava parte da doutrina que a garantia provisória de emprego à gestante era conferida pela norma constitucional, independentemente da modalidade de contratação. Isto porque referido benefício tem por objetivo principal a proteção da saúde e integridade física do nascituro, e, em segundo plano, a garantia de que nos primeiros meses de vida a mãe tenha tranquilidade para amamentar a criança. Logo, seja no contrato a prazo determinado, como o de experiência, ou sem duração de prazo, a

² < <http://www.trt18.jus.br/portal/>> acesso em 06/11/2012.

estabilidade haveria de ser garantida à gestante, sob o fundamento de que a única condição imposta pela Constituição (artigo 10, II, “b”, do ADCT da CRFB/88) para o exercício do direito seria a confirmação da gravidez.

Com esse fundamento, a 1ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho reconheceu o direito de uma trabalhadora gestante de receber salários e demais verbas correspondentes ao período de estabilidade, mesmo em período de contrato de experiência. A Turma seguiu o voto do relator, ministro Walmir Oliveira da Costa, no sentido de que o direito independe da modalidade do contrato de trabalho, e que o item III da Súmula 244 do TST, que exclui a estabilidade nos contratos de experiência, está superado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.³

O tema, até então controvertido, era objeto de discussão, sendo que a jurisprudência dominante ainda era no sentido de que a empregada gestante, durante o contrato de experiência, não tinha direito à estabilidade.

Os posicionamentos do STF e do TST eram divergentes, havendo julgamentos contrários ao entendimento acima esposado, no sentido de ter a gestante direito à estabilidade, ainda que na vigência do contrato por prazo determinado. O fundamento para tal entendimento baseia-se na necessária proteção ao nascituro e prevalência da garantia aos direitos humanos e sociais, consagrados pela Constituição Federal, tendo como primado dos direitos fundamentais a supremacia do direito à dignidade da pessoa humana.

Seguem decisões proferidas pelo TST:

⁴AGRAVO 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). (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.

³< <http://www.conjur.com.br> >acesso em 10/11/2012.

⁴<<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&highlight=true&numeroF>> acesso em 10/06/2012.

⁵RECURSO DE REVISTA. PROCEDIMENTO SUMARÍSSIMO. CONTRATO DE EXPERIÊNCIA. ESTABILIDADE DE GESTANTE. DIREITO CONSTITUCIONAL ASSEGURADO INDEPENDENTEMENTE DO REGIME JURÍDICO. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1. Estabelece o art. 10, II, 'b', do ADCT/88 que é vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, não impondo qualquer restrição quanto à modalidade de contrato de trabalho, mesmo porque a garantia visa, em última análise, à tutela do nascituro. 2. O entendimento vertido na Súmula nº 244, III, do TST encontra-se superado pela atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que as empregadas gestantes, inclusive as contratadas a título precário, independentemente do regime de trabalho, têm direito à licença maternidade de 120 dias e à estabilidade provisória desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. 3. Dessa orientação dissentiu o acórdão recorrido, em afronta ao art. 10, II, 'b', do ADCT/88. Recurso de revista parcialmente conhecido e provido." (RR - 107-20.2011.5.18.0006, Relator Ministro: Walmir Oliveira da Costa, Data de Julgamento: 07/12/2011, 1ª Turma, Data de Publicação: 16/12/2011)

As decisões acima expostas demonstram o entendimento atual dos tribunais, em especial destaca-se o fundamento da estabilidade provisória no artigo 10, II,b, do ADCT/88, que garante estabilidade à gestante mesmo na forma de contrato determinado. A interpretação da norma constitucional é no sentido de proteger a mãe e o nascituro invalidando a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, ainda que contratada por intermédio de contrato por prazo determinado.

⁵<<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&highlight=true&numeroFormatado=1072020115180006>>acesso em 31/10/2012.

4 ALTERAÇÃO DA SÚMULA 244 do TST

Atendendo aos anseios da sociedade, foi alterada a Súmula 244, III do TST, estabelecendo garantia de emprego à gestante, mesmo durante a contratação por tempo determinado. A alteração ocorreu na denominada 2ª Semana do TST, realizada entre os dias 10/09/2012 e 14/09/2012, e um dos fundamentos que orientou a alteração foi o de que o alvo da proteção conferida pela Constituição da República é também o nascituro. Os princípios da isonomia, garantia da dignidade da pessoa humana e proteção à maternidade também foram considerados. A alteração da súmula visou melhorar a relação de trabalho das gestantes, que muitas vezes escondiam o seu estado de gestação com o objetivo de ver prolongado seu contrato de trabalho. Logo, a mudança assegura à gestante e ao nascituro proteção aos direitos fundamentais.

Ressalta-se, contudo, que mesmo antes de o TST promover formalmente a alteração de sua Súmula, várias decisões do próprio órgão, bem como do Supremo Tribunal Federal, já vinham dando a interpretação já explicitada no presente trabalho ao artigo 10, II, "b", do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que previu a estabilidade da gestante. O fundamento para o novo sentido dado à norma foi buscado pelos julgadores dos Tribunais Superiores na própria lei. O artigo 10, II, "b", do ADCT, quando conferiu o direito de estabilidade à gestante, não impôs qualquer restrição quanto à modalidade do contrato de trabalho, se a prazo determinado, como é o contrato de experiência, ou sem duração. Tudo porque a garantia de emprego visa a proteger o nascituro.

Segue, na íntegra, a nova redação da Súmula em apreço:

⁶Resoluções nºs 185/2012 e 186/2012, contendo as alterações na jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho aprovadas pelo Tribunal Pleno no último dia 14/09/2012. As resoluções trazem, em sua íntegra, os precedentes que motivaram as alterações ou a edição dos verbetes.

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

Histórico:

Súmula alterada - (incorporadas as Orientações Jurisprudenciais nºs 88 e 196 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

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)

Nova redação

⁶ <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_201_250.html#SUM-244> acesso em 27/10/2012.

III - A empregada gestante tem direito à estabilidade provisória prevista no artigo 10, inciso II, alínea "b", do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado.

Como precedentes, cita-se decisão do Ministro Francisco de Paula em recurso de ação trabalhista em favor da empregada gestante por decisão unânime estabilidade a gestante contrariando o entendimento doutrinário em 11/04/2000, Ministro José Luciano de Castilho Pereira, sentença em favor da gestante pois a mesma teria dificuldade de se recolocar no mercado de trabalho, decisão unânime garantia aos salários e vantagens correspondentes ao período de garantia no emprego, seus reflexos. O Min. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho considerou que não há restrição quanto à modalidade de contrato de trabalho, se a prazo determinado, como é o contrato de experiência, ou sem duração de prazo. Argumentou que a garantia visa, em última análise, à tutela do nascituro, reconheceu a garantia de estabilidade da gestante e condenou o pagamento à reclamante dos salários e demais direitos correspondentes ao período da estabilidade de gestante, com juros e correção monetária em 29/02/2012.

O Min. Walmir Oliveira da Costa proferiu sentença em favor da gestante seguindo o entendimento vertido na Súmula nº 244, III, do TST ao argumento de que se encontrava superado pela atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que as empregadas gestantes, inclusive as contratadas a título precário, independentemente do regime de trabalho, têm direito à licença maternidade de 120 dias e à estabilidade provisória desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, decisão unânime em 07/12/2011,

O Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira proferiu decisão a favor da gestante, fundamentando que 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 decisão unânime em 13/06/2012.

Conclui-se que a alteração da Súmula visa proteger a vida da criança que vai nascer e a família que irá cuidar do sustento desta criança, com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana. 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. Especialistas que militam na área aprovam a alteração, porém com uma preocupação a mais já que não ficou claro se o

contrato de experiência ou por prazo determinado será suspenso durante o período da gravidez até 120(cento e vinte) dias após o parto ou se tornará um contrato por prazo indeterminado.

O contrato por prazo determinado a título de experiência não pode exceder 90 dias, pelo que se pode inferir que contrato ficará suspenso no período de estabilidade da gestante, voltando a contar normalmente após este período. Não há que se cogitar, portanto, da descaracterização da natureza do contrato.

5 CONCLUSÃO

A alteração da Súmula 244 do TST confirma o entendimento de que a gestante, no momento em que mais necessitava de amparo legal, estava a mercê da dispensa imotivada sem garantias, o que causava enorme prejuízo. Partindo do pressuposto de que, além da gestante, a figura do nascituro também deve ser amparada legalmente, a alteração da referida súmula veio ao encontro dos anseios da sociedade e de grande parte dos operadores do Direito.

Longa jornada foi percorrida pelas mulheres em busca de igualdade de trabalho perante o homem. Diante da discussão acerca da impossibilidade de haver estabilidade durante o período de gestação em qualquer espécie de contratação, os empregadores se aproveitavam do sistema para dispensar a profissional que, embora se mostrasse capaz de preencher o cargo com extrema habilidade, era capaz de surpreendê-los com uma gravidez inesperada. O empregador, diante de um contrato de experiência, simplesmente dispensava a empregada gestante porque o contrato permitia o término, mesmo sendo esse o momento em que a mulher mais precisaria do emprego para garantir a sua sobrevivência e a de sua prole.

Esse novo entendimento visa proteger a continuidade da vida, tendo em vista a evolução da sociedade e a necessidade cada vez maior de a mulher deixar o lar em busca do trabalho, objetivando seu sustento e de sua família.

Assim, resta incontroverso, com a alteração recente da Súmula em referência, que o empregador, quando da contratação da empregada por prazo determinado, tomando conhecimento do seu estado gravídico, não pode mais encerrá-lo como de costume, haja vista a garantia da estabilidade provisória, agora sumulada perante o Tribunal Superior do Trabalho.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BERTI, Silma Mendes **Responsabilidade Civil Pela Conduta da Mulher Durante a Gravidez**. Vol. 5 Belo Horizonte 2008.

CARRION, Valentin, **Comentários à CLT**. Atualizada por Eduardo Carrion. 36° Ed São Paulo: 2011.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 10° ed. São Paulo: LTr, 2011.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 156.

MORAES FILHO, Evaristo de; MORAES, Antonio Carlos Flores de. **Introdução do Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2003, p. 218.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MARANHÃO, Délio; CARVALHO, Luiz Inácio Barbosa. **Direito do trabalho**. 17. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1993

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 25° Ed. São Paulo: 2010.

NETO, Cotrin. **Contrato e Relação de Emprego**. São Paulo: LTr, 1998, p. 252.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **Curso de Direito do Trabalho. Comentários à CLT**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

TRT, 1º Reg. 1ª T., proc. 3.388/86, Moacyr Ferreira da Silva, 3.11.76, Ementário Trabalhista, Valheiros Bonfim.

<<http://www.guiatrabalhista.com.br> >, acesso em 02/06/2012.

<<http://ext02.tst.jus.br> > acesso em 10/06/2012.

< <http://www.ead.fea.usp.br> >acesso em 05/10/2012.

<<http://aplicacao5.tst.jus.br> >acesso em 31/10/2012

< <http://www.trt18.jus.br/portal/> > acesso em 06/11/2012.

<<http://www.conjur.com.br> >acesso em 10/11/2012.