



**FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSODE PÓS- GRADUAÇÃO EM DIREITO E PROCESSO DO TRABALHO**

PALOMA CASTRO COUTINHO

**A GARANTIA DE EMPREGO DA GESTANTE NO CONTRATO POR
PRAZO DETERMINADO**

Salvador – BA

2017

PALOMA CASTRO COUTINHO

**A GARANTIA DE EMPREGO DA GESTANTE NO CONTRATO POR
PRAZO DETERMINADO**

Monografia apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito e Processo do Trabalho, Faculdade Baiana de Direito.

Salvador - BA

2017

PALOMA CASTRO COUTINHO

**A GARANTIA DE EMPREGO DA GESTANTE NO CONTRATO POR
PRAZO DETERMINADO**

Monografia aprovada como requisito para obtenção do grau Especialista em Direito e Processo do Trabalho, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador - BA

2017

SUMÁRIO

1 Introdução.....	6
2 Contrato Individual de Trabalho	9
2.1 Princípios que Regem o Contrato de Trabalho.....	12
2.1.1 Princípio da dignidade humana.....	13
2.1.2 Princípio da boa-fé	13
2.1.3 Princípio do uso não abusivo do direito.....	14
2.1.4 Princípio do não enriquecimento sem causa.....	14
2.1.5 Princípio da segurança jurídica	15
2.1.6 Princípio da proteção	16
2.1.7 Princípio da irrenunciabilidade do direito.....	16
2.1.8 Princípio da continuidade da relação de emprego	17
2.1.9 Princípio da inalterabilidade contratual lesiva ao obreiro	18
2.1.9.1 Princípio da primazia da realidade.....	18
2.1.9.2 Princípio da intangibilidade salarial.....	19
2.2 Contrato de Trabalho por Prazo Indeterminado.....	20
2.3 Contrato de Trabalho por Prazo Determinado	21
2.4 Espécies do Contrato de Trabalho por Prazo Determinado.....	23
2.4.1 Contrato por safra	23
2.4.2 Contrato por obra certa	24
2.4.3 Contrato de aprendizagem.....	24
2.4.4 Contrato de experiência	25
2.4.5 Contrato a prazo determinado de acordo com a Lei nº 9.601/98 ou Contrato de Trabalho Temporário	26
3 Estabilidade ou Garantia de Emprego.....	27
3.1 Espécies de Estabilidade.....	29
3.1.1 CIPA.....	29
3.1.2 Dirigente Sindical.....	30
3.1.3 Dirigente de Cooperativa	30
3.1.4 Acidente do Trabalho.....	30
3.1.5 Estabilidade Previstas em Acordos em Convenção Coletiva	31
3.1.6 Estabilidade da Gestante.....	31
3.2 Estabilidade Gestacional	33
3.2.1 Histórico da Estabilidade Gestacional	33
3.2.3 Estabilidade Gestacional no Aviso Prévio Indenizado.....	40
3.2.4 Estabilidade Gestacional no Contrato Por Tempo Determinado	50

4 Estabilidade Gestacional x Princípio da boa-fé e da Segurança Jurídica.....	63
4.1 Princípio da Boa-fé Objetiva	63
4.2 Princípio da Boa-Fé Subjetiva	65
4.3 Garantia Gestacional no Contrato de Trabalho e o Princípio da Boa-Fé.....	66
4.3.1 Julgados	67
5 Considerações Finais	71
REFERÊNCIAS.....	73

COUTINHO, Paloma Castro. A garantia de emprego da gestante no contrato por prazo determinado. 74f. 2016. Monografia – Curso de Pós-graduação em Direito e Processo do Trabalho, Faculdade Baiana de Direito, Salvador, 2016.

RESUMO

Sendo o Direito do Trabalho um dos ramos do Direito que mais se atém à necessidade de se proteger as relações jurídicas que envolvem hipossuficientes, não haveria como se pensar a falta de atenção à situação da mulher gestante, com o claro objetivo não só de proteger as mulheres, mas também aos nascituros. A concepção ocorrida durante o curso do aviso prévio, ainda que indenizado, garante à trabalhadora a estabilidade provisória no emprego, conforme Art. 391-Ad da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Desse modo, buscou-se elucidar sobre a estabilidade provisória concedida a gestante no curso do aviso prévio e no contrato por prazo determinado. A monografia aborda os tipos de contrato de trabalho, os princípios que devem estar presentes entre as partes e inclusive no próprio objeto do contrato, os tipos de estabilidade existentes neste contrato pactuado entre as partes e a evolução quanto a estabilidade gestacional, histórico, conquistas e mudanças no decorrer dos anos até os dias atuais. Trata-se de uma pesquisa bibliográfica baseada em livros, artigos e jurisprudência. Conclui-se que, a análise do instituto da estabilidade e a criação de normas pelo legislador permite perceber a conquista que esta representa para a gestante e a sua relevância para a manutenção de uma ordem jurídica justa.

Palavras-chave: Contrato de Trabalho por Prazo Determinado. Estabilidade Provisória. Gestante.

1 Introdução

As novas ordens sociais, as mudanças de comportamento e a fragilidade da mulher em relação ao mercado de trabalho influenciaram no surgimento de uma legislação protecionista, rompendo paradigmas através da adoção de valores culturais mais aprimorados e evoluídos no que tange principalmente às garantias dos empregos nos diversos tipos de contrato de trabalho.

Com a consolidação do capitalismo e o desenvolvimento tecnológico que possibilitaram a organização da força laboral feminina e a sua efetiva participação na economia, a *Constituição Federal de 1988* (doravante CF) impôs normas de proteção do mercado de trabalho da mulher e estas consubstanciam-se para erradicar a discriminação entre homens e mulheres, possibilitando a igualdade e a efetividade de direitos fundamentais.

Para viabilizar estes anseios, a elaboração/consolidação/criação da *Constituição Federal de 1988* foi de fundamental importância, ao estabelecer a proteção à gestante, que foi elevada a direito social, destinadas a corrigir as distorções que afetavam o acesso das mulheres ao mercado de trabalho.

Desse modo, as normas que versam sobre a maternidade têm por objetivo buscar a efetivação de políticas públicas que levem em consideração tanto à gestante, quanto ao nascituro. É importante ressaltar a relevância e a função social da maternidade na renovação de gerações, por isso a *Consolidação das Leis do Trabalho* (doravante, CLT) tutela, direitos que protegem a mulher em seu estado gravídico.

Para viabilizar os anseios das gestantes, o art. 7º da CF foi de fundamental importância ao estabelecer que as trabalhadoras gestantes não pudessem ser demitidas de forma arbitrária, ou sem justa causa. Assim, podemos perceber que no art. 7º que “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem a melhoria de sua condição social: [...] XVIII - Licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com duração de cento e vinte dias”.

Esta conquista judicial foi primordial para que as gestantes pudessem prestar assistência aos filhos recém-nascidos, e recuperar-se do parto com a certeza do direito à estabilidade provisória do emprego, desde a confirmação da gravidez até

cinco meses após o parto, na forma prevista pelo artigo 10º, (I ou II), “b”, do ADCT (Atos das Disposições Constitucionais Transitórias) da *Constituição Federal de 1988*.

Com base nos pressupostos citados, presente monografia tem como objetivo explicar um pouco mais a respeito da estabilidade provisória gestacional conhecida também como garantia de emprego concedida a gestante no contrato de trabalho, elucidando alguns aspectos que julgamos importantes, trazendo o histórico e o porquê foi necessário assegurar e tutelar tal direito. Trazendo à baila, ainda, esta garantia no curso do aviso prévio e no contrato por prazo determinado.

A estabilidade gestacional tem como escopo garantir a gestante o direito de permanecer no contrato de trabalho por um determinado lapso, podendo ser reintegrada caso a mesma tenha sido demitida sem justa causa ou indenizada caso haja o desrespeito ao estado gravídico e não seja mais possível reintegrá-la no ambiente em que se encontrava.

Entretanto, para compreender melhor sobre o assunto da gestante e de sua garantia no emprego, será necessário estudarmos como funciona o contrato de trabalho, quais as espécies e sua natureza, os princípios que regem tal contrato, entre outros fatores essenciais para sua manutenção.

Assim, no primeiro momento elucidaremos os princípios existentes que devem ser respeitados no contrato regido entre ambas as partes, empregado e empregador.

Posteriormente, analisaremos os tipos de contrato de trabalho, diferenciando o contrato de trabalho indeterminado do determinado, trazendo, ainda, as espécies do contrato de trabalho e suas formas.

Após todas essas nuances, será possível abordar a temática desta monografia, podendo adentrar nas espécies de estabilidade existente no contrato de trabalho, diferenciando inclusive a estabilidade provisória da garantia de emprego.

A pesquisa tem o condão de demonstrar o que originou a garantia de emprego gestacional, demonstrando não só a questão da gestante, mas principalmente a questão do nascituro, sendo este um ponto crucial e de grande valia para a confecção deste trabalho, pois impactou em algumas mudanças nos últimos anos sobre o tema abordado.

Nesse sentido, veremos algumas mudanças na demissão e gestação durante o aviso prévio e no contrato de trabalho por prazo determinado, levando em consideração o posicionamento do *Supremo Tribunal Federal* (STF), do *Tribunal Superior do Trabalho* (TST), de alguns doutrinadores renomados e, também, de algumas jurisprudências, tendo como relatores e ministros Walmir Oliveira da Costa; Horácio Raymundo; Mauricio Goldinho Delgado, bem como, Claudia de Sousa Freire; Márcio Eurico Vitral Amaro e Maria Cristina Irigoyen Peduzzi.

Por fim, será analisado a garantia de emprego gestacional frente ao princípio da boa-fé– foco principal do nosso trabalho-, vez que tal princípio, versa sobre o comportamento das pessoas, que devem comportar-se de acordo com um padrão ético de confiança e lealdade, ainda que tais comportamentos não estejam previstos expressamente nos contratos. Logo, a boa-fé objetiva tem como finalidade o respeito à norma de conduta, que determina como as partes devem em regra agir.

Assim, conforme supracitado, esta monografia, trata-se de uma pesquisa bibliográfica baseada em livros, artigos e jurisprudência, que trará uma visão diferenciada no que diz respeito a garantia de emprego da gestante, levando em consideração a natureza do contrato de trabalho, a empregada gestante, o direito do nascituro e os princípios que regem estes tipos de contrato.

2 Contrato Individual de Trabalho

Antes de analisarmos e aprofundarmos no tema da garantia de emprego gestacional no contrato de trabalho por prazo determinado, se faz necessário esclarecer alguns conceitos, logo, é de suma importância entender o regime do contrato de trabalho.

O artigo 442 da CLT esclarece que “**Contrato de Trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego.**”(cf. Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943 – Título IV – Do Contrato Individual do Trabalho – Capítulo I – Disposições Gerais, site planalto p. 35)(Grifo nosso). Assim, alguns doutrinadores dispõem que o legislador não foi completo na definição do que seja o contrato de trabalho, e perceberam a necessidade de complementar a definição, devido a algumas lacunas existentes no documento.

Com base nesta problematização, é de suma importância diferenciar “trabalho” de “emprego”, afinal nem todo trabalho é emprego, entretanto todo emprego é uma espécie de trabalho.

Segundo o doutrinador Maranhão (2000, p.231) em sua obra intitulada *Instituições de Direito do Trabalho*:

Contrato de trabalho *strictu 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 subordinado.

Ou seja, de acordo a definição do doutrinador Maranhão (2000), é possível dizer que os elementos que compõem a relação do contrato de trabalho são quatro, salário, pessoalidade, não eventualidade e subordinação.

É possível observar, ainda, que conforme aponta o artigo 442 da CLT,

o contrato de trabalho é um acordo tácito ou expresso no qual as partes pactuantes ajustam direitos e obrigações recíprocas, no caso em questão, o empregado tem o dever/obrigação de prestar o serviço com pessoalidade, não eventualidade e subordinação, em contrapartida, o empregador tem a obrigação de remunerar o empregado pela prestação realizada, recolher corretamente os encargos trabalhistas e respeitar os limites impostos pela legislação (respeitar a jornada de trabalho, conceder férias, licenças entre

outros direitos que o empregado conquistou no decorrer dos anos e tem garantido através das legislações – Constituição Federal, Consolidações das Leis Trabalhistas, Convenções Coletivas de Trabalho e etc.).

É possível observar que a expressão “trabalho” é muito ampla, pois abrange a relação de emprego, o trabalho autônomo, o eventual, o avulso, dentre outros tipos de trabalho, que evidentemente nem sempre possuem natureza empregatícia. Portanto, o mais correto segundo discorre Sérgio Pinto Martins em sua obra Direito do Trabalho (2006. p.80) seria o uso da denominação “contrato de emprego”.

Assim, o gênero “trabalho” acima explorado deve ser afastado, pois os legisladores usaram a expressão “trabalho” no seu sentido mais estrito, ou seja, a expressão “trabalho” é vista apenas como uma “relação de emprego”.

Tendo em vista o esclarecimento entre as diferenças das nomenclaturas “trabalho” e “emprego”, vale destacar que existem elementos essenciais para configuração de um contrato individual de trabalho e elementos jurídicos formais, como a) capacidade das partes; b) licitude do objeto; c) forma regular e não proibida; d) higidez da manifestação de vontade.

Nesse sentido, **a capacidade das partes** está ligada à aptidão para exercer, por si ou por outrem, atos da vida civil. Capacidade trabalhista é a aptidão, para o exercício de atos da vida laborativa. (DELGADO, 2012, p.301).

Importante mencionar que o direito laboral não inovou quanto aos requisitos da capacidade da pessoa humana, mantendo assim os mesmos conceitos já estabelecidos pelo Direito Civil, sendo que o empregador é a pessoa natural, jurídica ou ente despersonalizado, capaz de assumir direitos e obrigações trabalhistas.

Já o empregado, precisa se enquadrar em algumas características, tais como ter pelo menos 16 anos completos, com exceção do menor aprendiz, que poderá ter 14 anos. O trabalhador que seja menor de 18 anos, possui capacidade relativa para praticar alguns atos laborais, sendo que para determinados atos irá necessitar da assistência do responsável legal. Além disso o trabalho para a pessoa menor de 18 anos é diferenciado, vez que não poderá trabalhar em período noturno ou em circunstâncias perigosas ou insalubres. Tais proibições estão estabelecidas na Constituição Federal, e tem como objetivo proteger esses menores que ainda não possuem capacidade plena.(DELGADO, 2012, p.302).

Além da capacidade das partes, **o contrato precisa ter um objeto lícito**, para ser considerado válido, tal exigência não poderia ser diferente. Contudo, é importante diferenciar o trabalho ilícito de um trabalho irregular. O trabalho ilícito consiste em um tipo penal, enquanto que o trabalho irregular consiste no desrespeito a uma norma proibitiva. Um exemplo clássico de trabalho irregular seria o trabalho executado por menores em uma jornada laboral noturna, ou seja, o direito trabalhista reconhece os efeitos de um trabalho irregular ou proibido. Assim, haverá a necessidade de corrigir o vício que macula o contrato, e no caso de não ser possível a correção, deverá ser extinto, porém, como qualquer outra extinção do contrato de trabalho, o empregado receberá todas as suas verbas rescisórias garantidas por lei.

O contrato com objeto ilícito, em regra, é inválido e normalmente seus efeitos não são reconhecidos. É claro que em algumas regras há exceções, no caso da pessoa desconhecer a ilicitude é um exemplo onde a doutrina tem reconhecido os efeitos do contrato.

Há também como elementos jurídicos no contrato de trabalho a **forma regular ou não proibida**. Nesse sentido, um dos elementos caracterizadores do contrato de trabalho é a consensualidade (possibilidade de ajuste tácito), conforme artigo 442 da CLT que afirma que o contrato de trabalho pode ser acordado tacitamente ou expressamente. Assim, são válidos os acordos verbais e destituídos de formalidades, com exceção de algumas espécies de contrato que exigem forma específica.

Dito isto, vimos que no direito do trabalho, não há regras rígidas quanto à forma dos atos praticados pelos indivíduos. O contrato de trabalho não é um pacto solene, é um tipo informal, consensual, que como supracitado, pode ser celebrado tacitamente. Devido a informalidade do contrato de trabalho, a prova de sua existência se torna mais simples, podendo se dar através de qualquer meio probatório, testemunhal, inclusive por indícios e presunções. Na dúvida se houve ou não a relação do contrato de trabalho, presume-se que este existia, cabendo ao empregador provar que não.

Entretanto, mister salientar que mesmo que o contato de trabalho seja tácito, a prática do trabalho não poderá ser totalmente livre, pois as normas jurídicas devem ser respeitadas, a título de exemplo, os direitos não poderão ser negociados livremente, o empregado não poderá abrir mão de suas jornadas, férias e demais

outros benefícios conquistados no decorrer dos anos. Logo, mesmo o contrato não sendo expresso, o mesmo deve respeitar as leis vigentes.

Por fim, o último elemento jurídico formal que devemos analisar como requisito essencial do contrato individual de trabalho é a **manifestação da vontade**. Assim, para que um contrato seja considerado válido, ele depende da manifestação de vontade de ambas as partes. Sem sombra de dúvida esta manifestação é um elemento essencial para a validade do contrato de trabalho.

No Direito do Trabalho existe o contrato que possui caráter de adesão, ou seja, um contrato normalmente já estipulado pelo empregador, respeitando as normas vigentes, claro. Entretanto, a manifestação de vontade do empregado não “sobressairá” muito, vez que o mesmo aceita as cláusulas do contrato já estipulado, até mesmo para não se ver sem o emprego. Nesse sentido, conforme já suscitado, o empregado aceita tacitamente as cláusulas e condições previamente estabelecidas pela outra.

Contudo, quando houver provar que a manifestação de vontade estava viciada (dolo, erro, coação), o contrato poderá ser anulado, cabendo, todavia, a parte lesada provar tal situação.

Após esclarecidos alguns pontos a respeito do contrato individual do trabalho, verificando suas peculiaridades, suas formas, os elementos essenciais para a sua existência, é importante estudarmos também os princípios que regem tais contratos, nesse sentido passaremos a ver agora tais princípios e a importância dos mesmos.

2.1 Princípios que Regem o Contrato de Trabalho

Os Princípios constituem sem sombra de dúvida, a base e o alicerce de todo um ordenamento jurídico, auxiliando nos preenchimentos de lacunas que existe no ordenamento, suprimindo até mesmo a ausência de determinadas normas, ou seja, tem como objetivo iluminar o legislador na hora de elaborar as leis, como ajudar o intérprete/Juiz na hora de aplicar as normas ou sanar as omissões dessas.

O doutrinador Américo Plá Rodrigues em sua obra *Princípios de Direito do Trabalho(2015)*, disserta sobre o conceito de diversos princípios, sendo que no ordenamento jurídico os *Princípios Gerais do Direito*, são: Princípio da Dignidade Humana; Princípio da boa-fé; Princípio da hora; Princípio do uso não abusivo do

direito, Princípio do não enriquecimento sem causa e Princípio da segurança jurídica.

Américo traz ainda em sua obra o conceito dos *Princípios Específicos do Direito do Trabalho*, sendo estes: Princípio da proteção; Princípio da irrenunciabilidade do direito; Princípio da continuidade da relação de emprego; Princípio da inalterabilidade contratual lesiva ao obreiro; Princípio da primazia da realidade; Princípio da intangibilidade salarial, entre outros.

2.1.1 Princípio da dignidade humana

É um dos princípios mais importantes do direito fundamental. Este princípio abrange uma diversidade de valores existente na sociedade, consagra um valor que visa proteger o ser humano contra tudo que lhe possa levar ao menosprezo, ou seja, visa proteger e respeitar o direito à vida, à liberdade e à igualdade dos seres humanos, de modo que esses direitos, possam se concretizar, colocando em prática a dignidade humana.

Assim, é possível concluir que o princípio da dignidade da pessoa humana tem como critério básico para a construção de um conceito material de direitos fundamentais.

2.1.2 Princípio da boa-fé

O princípio da boa-fé é outro princípio muito importante no ordenamento jurídico, que tem como fundamento para a manutenção do ato viciado por alguma irregularidade.

A boa-fé é um elemento externo ao ato, vez que se encontra no pensamento do agente, na intenção com a qual ele fez ou deixou de fazer alguma coisa. Contudo, em regra é impossível definir o pensamento, mas é possível aferir a boa ou má-fé, ao se analisar o caso concreto.

O Supremo Tribunal de Justiça publicou no *site jusbrasil* o tema: *Princípio da boa-fé objetiva é consagrada pelo STJ em todas as áreas do direito*, discorrendo que:

Um dos princípios fundamentais do direito privado é o da boa-fé objetiva, cuja função é estabelecer um padrão ético de conduta para as partes nas relações obrigacionais. No entanto, a boa-fé não se esgota nesse campo do direito, ecoando por todo o ordenamento jurídico.

Reconhecer a boa-fé não é tarefa fácil, resume o ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ) Humberto Martins. Para concluir se o sujeito estava ou não de boa-fé, torna-se necessário analisar se o seu comportamento foi leal, ético, ou se havia justificativa amparada no direito, completa o magistrado.

Mesmo antes de constar expressamente na legislação brasileira, o princípio da boa-fé objetiva já vinha sendo utilizado amplamente pela jurisprudência, inclusive do STJ, para solução de casos em diversos ramos do direito.

É possível constatar que o princípio de boa-fé objetiva é essencial nos contratos de trabalho e no ordenamento jurídico como um todo, nesse sentido, essa monografia abordará mais a diante, sobre o tema aqui em questão.

2.1.3 Princípio do uso não abusivo do direito

O instituto do abuso de direito traz como fundamento a relativização dos direitos, para evitar o exercício abusivo dos mesmos pelos seus titulares, com a finalidade de garantir o bem-estar das relações jurídicas na sociedade como um todo.

Portanto, todo aquele que ultrapassa os princípios da boa-fé objetiva, dos bons costumes e da finalidade social, deverão ter sua conduta rejeitada pelo Direito, já que o exercício absoluto de um direito causa um desequilíbrio nos valores ético-sociais, vez que nem mesmo o direito à vida é um direito absoluto, devendo portanto, analisar sempre o caso concreto, evitando assim o abuso do direito.

2.1.4 Princípio do não enriquecimento sem causa

O enriquecimento sem causa seria uma situação na qual uma pessoa auferir vantagem indevida em face do empobrecimento de outro, sem que haja uma causa justificável. O ordenamento jurídico brasileiro traz em outras palavras, que a

admissão do enriquecimento sem causa, seria o mesmo que autorizar uma relação jurídica maculada pela disparidade entre as partes, ou seja, uma transferência de bens sem a obrigação de uma contraprestação, portanto, uma movimentação de riquezas, recursos e acréscimo patrimonial sem uma causa que justifique, sendo estes atos inadmissíveis pelo direito.

2.1.5 Princípio da segurança jurídica

O Princípio da segurança jurídica não é um princípio específico do Direito do Trabalho, tão pouco está na nossa CF de forma expressa, mas sim de forma implícita, entretanto, não deixa de ser menos importante do que os demais princípios, sendo possível extrair este princípio de algumas passagens constitucionais, por exemplo, quando se trata do ato jurídico perfeito, coisa julgada e Direito adquirido. Observamos, assim, a preocupação da nossa Carta Magna com a estabilidade das relações jurídicas como um todo.

Também de forma implícita o Princípio da segurança jurídica está inserido em outras normas constitucionais, tendo como exemplo o instituto da prescrição, onde suas regras e prazos servem para trazer o mínimo de estabilidade para as relações ali pactuadas. Portanto, este princípio tem justamente a finalidade de trazer estabilidade nas relações pactuadas entre as partes, para que não haja nenhuma surpresa inesperada, ou seja, como o próprio nome diz, uma “segurança jurídica”.

Vale destacar que mesmo numa sociedade complexa, susceptível a mudanças sociais, econômicas e políticas é possível, necessário e esperado por todos, atingir-se a segurança jurídica, pois o direito visa pacificar os comportamentos humanos.

Logo, modificar uma sentença já transitada em julgado ou cobrar uma nova interpretação de uma situação já existente, desfaz assim qualquer conceito de estabilidade e equilíbrio, além de trazer uma insegurança ao mundo jurídico, contrariando justamente o princípio abordado neste tópico.

2.1.6 Princípio da proteção

Conhecido também como *in dubio pro operário*, a aplicação da norma mais favorável ao trabalhador ou aplicação da condição mais benéfica ao trabalhador é o princípio da proteção. Com relação a este princípio, o objetivo é demonstrar que as leis devem dispor de maneira mais benéfica ao trabalhador, tratar da criação regras visando à melhoria na condição social deste, ou seja, fomentando várias normas a serem aplicadas numa escala hierárquica que possam ser aplicadas as que forem mais benéficas ao trabalhador. Nesse sentido, o art. 620 da CLT diz que "*as condições estabelecidas em convenção, quando mais favoráveis, prevalecerão sobre as estipuladas em acordo*"(BRASIL, Decreto-lei nº 229, 1967, p. 58).

Vale destacar que as condições mais benéficas aos trabalhadores devem entender-se por direito adquirido, portanto, vantagens já conquistadas, não podem ser modificadas para piorar ou retirar tal benefício/conquista.

Importante esclarecer, assim, que de acordo com a Súmula 51 do TST, "as cláusulas regulamentares, que revoguem ou alterem vantagens deferidas anteriormente, só atingirão os trabalhadores admitidos após a revogação ou alteração do regulamento". (Súmula 51 do TST - Incorporada a Orientação Jurisprudencial nº 163 da SBDI-1 - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005, p. 2)

Assim sendo, uma cláusula menos favorável aos trabalhadores só tem validade em relação aos novos empregados admitidos na empresa e não aos antigos, as cláusulas que retirem algum direito, não se aplicaram aos trabalhadores que ali já laborava.

2.1.7 Princípio da irrenunciabilidade do direito

Uma das regras que tanto a CF como as normas trabalhistas determinam é que os direitos trabalhistas são irrenunciáveis pelo trabalhador. Entretanto, essa medida é para que o empregado não seja coagido pelo empregador, vez que o trabalhador poderá renunciar a seus direitos caso esteja em juízo, ou seja, diante do juiz do trabalho, pois nesse caso não se pode dizer que o empregado esteja sendo coagido. Realizada a transação/homologação em juízo, haverá validade o ato de vontade.

Sem dúvida alguma, caso este princípio não existisse, os direitos dos trabalhadores poderiam e seriam facilmente reduzidos, devido a sua situação econômica e social menos privilegiada, ou seja, a de hipossuficiente, que está presente na maioria dos casos. Assim sendo, tornaria-se extremamente fácil para o empregador deixar de cumprir suas obrigações legais, pois o empregado necessitando daquele emprego, assinaria qualquer tipo de documento renunciando a determinados direitos, para poder continuar empregado.

Entretanto, a súmula 276 do TST destaca que o aviso prévio é irrenunciável pelo trabalhador. Todas as verbas rescisórias são irrenunciáveis pelo trabalhador. Como supramencionado anteriormente, esses direitos só poderão ser “reduzidos” em juízo caso o trabalhador queira fazer um acordo ou até mesmo desistir/renunciar da ação.

2.1.8 Princípio da continuidade da relação de emprego

O objetivo desse princípio é o de garantir maior possibilidade de permanência/duração do trabalhador em seu emprego. Como já visto anteriormente, em regra, o contrato de trabalho terá validade por prazo indeterminado, ou seja, haverá continuidade na relação de emprego, com exceção dos contratos por prazo determinado, inclusive o contrato de trabalho temporário.

A proibição de sucessivas prorrogações dos contratos a prazo e a adoção do critério da despersonalização do empregador, é justamente para colocar um limite e desestimular o contrato por prazo determinado, para que possa reger o Princípio da Continuidade da Relação de Emprego, pois essa relação é a natureza alimentar do salário, ou seja, a fonte de sustento do empregado.

A súmula 212 do TST nos sugere que

o ônus de provar o término do contrato de trabalho, quando negados a prestação de serviço e o despedimento, é do empregador, pois o princípio da continuidade da relação de emprego constitui presunção favorável ao empregado(TST, 2003, p. 3).

Note-se que a súmula 212 deixa claro que o ônus de demonstrar que o contrato de trabalho foi regido por prazo determinado é do empregador, e não o fazendo, será considerado o contrato por prazo indeterminado, sendo esta a “regra geral” dos contratos de trabalho pactuados.

2.1.9 Princípio da inalterabilidade contratual lesiva ao obreiro

Este princípio é claro no que diz respeito à proibição na alteração do contrato de trabalho com o intuito de lesar o empregado/trabalhador, mesmo que haja mútuo consentimento. Por outro lado, se as alterações contratuais forem favoráveis ao trabalhador são amplamente aceitáveis e permitidas.

O artigo 468 da CLT é que dispõe sobre este princípio e assim afirma que *“onde as alterações contratuais só serão lícitas se feitas por mútuo consenso e desde que não causem prejuízo direto ou indireto ao trabalhador.”* (BRASIL, Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943, p. 38). Entretanto, há exceções a este princípio são os casos excepcionais previstos expressamente no ordenamento jurídico, nos quais o empregador poderá alterar o contrato de trabalho unilateralmente, mesmo que em prejuízo ao trabalhador, caso a empresa esteja passando por uma real necessidade/dificuldade e caso não consiga reverter a situação poderia ter demissões em massa, ou até mesmo horas extras para atender necessidades de força maior, entretanto, tal alteração só será permitida pelo ordenamento jurídico, mediante **negociação coletiva**, onde mitigaria direitos dos trabalhadores – exemplo: art. 7º, VI, CF (redução salarial).

2.1.9.1 Princípio da primazia da realidade

A primazia da realidade traz que nos casos que haja desacordo entre a realidade fática e o que nos traz os documentos, deve-se privilegiar a verdade real do fato. Diante de tudo que já foi discutido até aqui, não poderia ser diferente, o Direito do Trabalho deve sempre priorizar os fatos devidamente comprovados do que os documentos que podem ser facilmente forjados, sendo assim, o que deve ser observado realmente são as condições e a realidade de fato e não documentos “soltos”.

Esse princípio é de grande relevância no direito, vez que a CLT admite a possibilidade de um contrato tácito, tendo esse o mesmo efeito dos demais nas relações de emprego. Logo, não é porque não exista uma documentação comprovando que houve um contrato de trabalho previamente ajustado entre as partes que possamos presumir de que não há, ali, um contrato pactuado entre as partes. É justamente este o intuito deste princípio, buscar a realidade de fato, independente das documentações apresentada, ou até mesmo da falta de documentação.

Nesse sentido, seria inadmissível prever e acreditar que um contrato de trabalho só seria possível através de documentações expressas, isso seria ignorar e fechar os olhos para os contratos muitas vezes irregulares, porém existentes na prática.

O mesmo ocorre no caso do empregado que ingressa com uma ação pleiteando horas extras e o reclamado/empregador apresenta folhas-ponto devidamente preenchidas e sem qualquer extrapolação da jornada para o qual foi contratado. Ora, a documentação nem sempre é o espelho da realidade, nesse sentido o Juiz não poderia basear seu julgamento apenas naquela documentação apresentada (folhas-ponto), o mesmo deverá analisar todas as provas trazidas nos autos, aplicando-se assim o princípio da primazia da realidade.

2.1.9.2 Princípio da intangibilidade salarial

O salário é uma garantia legal na relação de trabalho/emprego, tendo uma proteção desde a impenhorabilidade a proteção de descontos patronais, inadmitindo até mesmo a sua redução. Há exceção da penhorabilidade no caso de pensão alimentícia, assim como a lei autoriza descontos patronais em algumas situações (previsão legal, adiantamento salarial, previsão em norma coletiva, dano causado por meios dolosos pelo empregado).

A CF também prevê uma hipótese de redução salarial, como supramencionado anteriormente (quando houver previsão e acordo coletivo ou convenção coletiva de trabalho).

Após entendermos como funciona o contrato de trabalho, sabendo que existe o contrato por prazo determinado e indeterminado e após a análise dos princípios que regem o contrato de trabalho e que devem ser aplicados sempre que necessário, se faz necessário abordar a estabilidade no contrato de trabalho.

A estabilidade no contrato de trabalho é uma garantia normalmente conquistada pelo empregado, onde o empregador tem o dever de respeitá-la.

2.2 Contrato de Trabalho por Prazo Indeterminado

A CLT traz no seu artigo 443 a definição do contrato por prazo determinado e indeterminado, vejamos

O contrato individual de trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito e por prazo determinado ou indeterminado.

§ 1º. Considera-se como de prazo determinado o contrato de trabalho cuja vigência dependa de termo prefixado ou da execução de serviços especificados ou ainda da realização de certo acontecimento suscetível de previsão aproximada. (*Antigo parágrafo único renumerado pelo Decreto-Lei nº 229, de 28.02.1967*)

§ 2º. O contrato por prazo determinado só será válido em se tratando:

- a) de serviço cuja natureza ou transitoriedade justifique a predeterminação do prazo;
- b) de atividades empresariais de caráter transitório;
- c) de contrato de experiência. (*Parágrafo acrescentado pelo Decreto-Lei nº 229, de 28.02.1967*)– (BRASIL, Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943, p. 36).

Entretanto, apesar de existirem o contrato de trabalho tanto por prazo determinado, quanto por prazo indeterminado, este último é a forma mais utilizada e até mesmo presumível nos contratos de trabalho. Portanto, a parte interessada deverá fazer prova quanto à presunção de que o contrato de trabalho que existiu ou existe entre as partes foi celebrado a termo.

Vale destacar, que o contrato de trabalho por prazo indeterminado, sem sombra de dúvida, é bem mais vantajoso para o empregado, do que o contrato por prazo determinado/a termo.

É possível exemplificar alguns benefícios que existem no contrato por prazo indeterminado, que não existem no contrato a termo, vejamos: a) Em regra o empregado tem o direito a receber o Aviso Prévio Proporcional quando o contrato vier a ser rescindido **sem justa causa** pelo empregador, ressaltando que este aviso prévio poderá ser indenizado ou trabalhado; b) o empregado tem direito de receber a multa rescisória(40% do FGTS);c) existe ainda, a estabilidade e/ou garantia de emprego que o empregado possa vir a ter no trabalho; além do contrato não possuir um prazo máximo de duração, conforme o próprio nome já diz é um contrato com o prazo “indeterminado”, enquanto no contrato por prazo determinado o prazo pactuado entre as partes não pode ultrapassar o período de dois anos.

Nesse sentido, fica claro que os direitos do empregado no contrato de trabalho por prazo indeterminado acabam sendo mais benéficos do que no contrato a termo.

Sanado algumas diferenças básicas que existem entre o contrato indeterminado e o contrato determinado, se faz necessário abordar com mais detalhes o contrato por prazo determinado, até mesmo porque o tema desta monografia é justamente a “ *a garantia de emprego da gestante no contrato por prazo determinado*”, assim, vejamos a seguir um pouco mais das peculiaridades deste contrato.

2.3 Contrato de Trabalho por Prazo Determinado

Como visto anteriormente, o contrato de trabalho por prazo determinado é exceção à regra. Este contrato é conhecido também como o contrato a termo, onde as partes prevêm o lapso temporal que durará o contrato, podendo as partes ajustarem o contrato em dias, semanas, meses e até mesmo em ano.

Entretanto, para realizar um contrato a termo, não basta apenas a vontade das partes, a lei impõe alguns requisitos que estão elencados no artigo 443 da CLT no seu §2º que ressalva “*O contrato por prazo determinado só será válido em se tratando: a) de serviço cuja natureza ou transitoriedade justifique a predeterminação do prazo; b) de atividades empresariais de caráter transitório; c) de contrato de experiência.*” (BRASIL, Decreto - Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943, p. 36).

Assim, entende-se por “serviço” cuja natureza ou transitoriedade justifique a predeterminação do prazo, os serviços transitórios, como, por exemplo, a manutenção ou instalação de uma máquina.

Contudo, as atividades empresariais de caráter transitório estão interligadas à empresa e não ao empregado, ou o serviço em si. É o caso de empresas que são criadas para funcionar em determinadas épocas do ano, a exemplo de empresas que têm como finalidade a venda de fogos de artifício, nas festas de São João, ou; Fabricação de Panetones no Natal; produção de Ovos de Páscoa, dentre outras.

Importante destacar, também, que há um prazo máximo com relação a duração do contrato de trabalho por prazo determinado. A lei limita este prazo no lapso de no máximo dois anos, podendo ser prorrogado uma vez, conforme o artigo 451 da CLT.

Há uma discussão quanto a essa prorrogação que a lei aponta. Alguns doutrinadores chegaram a discutir que a prorrogação poderia ser por mais dois anos, totalizando assim um período de 4 anos.

Entretanto, o que prevalece é de que o **prazo máximo será de dois anos**, portanto, quando o legislador demonstra a possibilidade de prorrogação, é no sentido de que, caso o contrato por prazo determinado tenha sido pactuado por um lapso de 6 meses, este mesmo contrato **poderá ser prorrogado uma vez**, por mais um período de 1 ano e 6 meses, totalizando assim o prazo máximo de dois anos.

Nesse sentido, caso não seja respeitado o prazo máximo de dois anos, e a prorrogação de no máximo uma vez, dentro desse lapso temporal, o contrato que até então era de prazo determinado, passará a ser considerado como contrato por prazo indeterminado, fazendo jus o empregado a todos os direitos previsto neste tipo de contrato.

Se ocorrer despedida sem justa causa que anteceda o término do contrato, o empregador se obrigará a pagar ao empregado, uma indenização paralela à metade da remuneração que seria devida até o final do contrato, conforme estabelece o artigo 479 da CLT.

Entretanto, se o empregado é quem pedir demissão antes de findo o prazo, este será obrigado a indenizar o empregador dos prejuízos que porventura tenha ocorrido devido a rescisão antecipada.

Contudo, vale destacar que a indenização está estabelecida nos mesmo moldes se fosse o empregador que desse fim, ou seja, o valor da indenização estará estabelecido no limite da metade da remuneração que seria devida até o fim do contrato.

Por fim, somente poderá ser celebrado um novo contrato, seis meses após a rescisão do primeiro contrato por prazo determinado.

2.4 Espécies do Contrato de Trabalho por Prazo Determinado

Existem várias espécies de Contrato de Trabalho por Prazo Determinado, alguns são conhecidos como: Contrato de Safra; Contrato de Obra Certa; Contrato de Aprendizagem; Contrato de Experiência e o Contrato Temporário.

Nesse sentido, se faz necessário analisar cada espécie do contrato de trabalho, para melhor compreensão do regime adotado e de suas peculiaridades, vejamos.

2.4.1 Contrato por safra

Aquele contrato cuja duração depende de variações que estejam interligadas às atividades agronômicas, em que as tarefas são em regra executadas no período do preparo do solo até o cultivo e a colheita. O contrato por safra é um dos contratos estabelecidos por prazo determinado devido à sua natureza.

A rescisão antecipada do contrato de safra possui às mesmas regras das rescisões do contrato de trabalho por prazo determinado, já mencionadas anteriormente.

O contrato por safra tem suas peculiaridades, tais como variações e climatização das atividades agrárias, ou seja, caso determinado mês não chova como esperado pelas partes do contrato, a colheita de determinada safra pode vir a ficar totalmente prejudicada. Portanto, não há necessidade que se fixe entre as partes a data de início e a do término do referido contrato, sendo necessário apenas que se mencione o produto agrícola que regerá o contrato de trabalho e o ano em questão.

2.4.2 Contrato por obra certa

Está vigente na Lei nº 2.959/56, e como o nome mesmo já sugere, é realizado quando o empregado é admitido para trabalhar enquanto durar uma determinada obra ou serviços. Este tipo de contrato é excepcional à regra, uma vez que sua vigência depende do tempo de execução de serviços especificados, portanto, podendo terminar antes ou depois do que se presume.

Vale destacar que se tratando de contrato por obra certa, o empregado deverá ser contratado observando-se os procedimentos normais de qualquer contratação, ou seja, deve ser registrado normalmente, assinando inclusive a CTPS, pelo construtor/empregador, com a previsão, no contrato de trabalho, do seu prazo determinado (mesmo podendo terminar antes ou depois, conforme supracitado).

Nesse sentido, os prazos e demais disposições fixadas em lei para o recolhimento do INSS e FGTS dos trabalhadores contratados nesse regime, são iguais aos trabalhadores contratados por prazo indeterminado.

2.4.3 Contrato de aprendizagem

É sem sombra de dúvida um contrato de trabalho diferenciado, pois é ajustado entre as partes por escrito e por prazo determinado, cujo empregador se compromete a assegurar ao maior de 14 e menor de 24 anos, sendo que estes terão que estar inscritos em programa de aprendizagem, ou formação técnico-profissional compatível com o desenvolvimento de cada um, no qual o aprendiz, executará seus serviços com dedicação e cuidados necessários à sua formação profissional.

No que pese a idade máxima ser de 24 anos, essa regra não se aplicará quando o aprendiz for portador de deficiência. Portanto, se um menor aprendiz for contratado tendo no momento da contratação 23 anos de idade, o mesmo pode permanecer como menor aprendiz, até os 25 anos de idade. O contrato de aprendizagem não poderá ser estipulado por mais de 2 (dois) anos.

Para que tenha validade o contrato de aprendizagem, deverá seguir outros requisitos, como a anotação na Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS), havendo a necessidade da matrícula e frequência do aprendiz à escola, caso não haja concluído o ensino fundamental, e inscrição em programa de aprendizagem.

Caso as observações acima não sejam respeitadas, o contrato de aprendizagem será considerado nulo, estabelecendo-se assim, o vínculo empregatício direto com o empregador responsável pelo cumprimento da cota de aprendizagem, deixando de ser um contrato a termo.

Outro requisito necessário observar quanto à essa modalidade de contrato de trabalho é com relação a carga horária, vez que o aprendiz não poderá exceder seis horas diárias a jornada de trabalho, sendo vedadas a prorrogação e a compensação de jornada, com exceção do aprendiz que já tenha concluído o ensino fundamental. Nestes casos, o aprendiz poderá ter uma jornada diária de até oito horas, desde que nesse período sejam incluídas as horas destinadas à aprendizagem teórica. Assim sendo, o menor aprendiz deverá ter obrigatoriamente a concessão de intervalo para descanso e refeição.

Por fim, vale destacar que no contrato de aprendiz, diferente dos outros contratos, não poderá ocorrer a rescisão antecipada do contrato sem justificativa e por iniciativa do empregador.

2.4.4 Contrato de experiência

Também é uma espécie de contrato por prazo determinado, e a intenção é dar condições recíprocas no sentido de conhecimento e adaptação, tanto para o empregado quanto para o empregador, ou seja, o empregado, no lapso do contrato, verificará se adaptar-se-á à estrutura hierárquica do empregador, bem como às condições de trabalho a que está sendo subordinado e de contrapartida, o empregador verificará o desempenho do empregado no exercício de suas atividades.

Vale destacar que o contrato de experiência não poderá exceder a 90 dias, podendo sofrer uma única prorrogação dentro desde que dentro deste lapso temporal, um exemplo, o contrato de experiência de 45 dias, podendo prorrogar por mais 45 dias. Caso não seja respeitado esse prazo, o contrato passará a ser considerado por prazo indeterminado.

2.4.5 Contrato a prazo determinado de acordo com a Lei nº 9.601/98 ou Contrato de Trabalho Temporário

Esse tipo de contrato normalmente é celebrado através de Convenções Coletivas e/ou Acordos Coletivos de Trabalho, em qualquer atividade desenvolvida pelas empresas, para admissões que representem acréscimo no número de empregados. O contrato será de no máximo dois anos, permitindo-se, desde que dentro deste período sofrer sucessivas prorrogações.

No acordo ou convenção coletiva as partes, empresa e sindicato, estabelecerão as indenizações caso ocorra a rescisão antecipada do contrato, por iniciativa de uma das partes, e as multas pelo descumprimento de suas cláusulas.

Além dos tipos de contrato por prazo determinado, é de extrema importância saber que existem princípios que regem o contrato de trabalho, sendo que os mesmos devem ser sempre utilizados, vez que possuem funções informadoras, normativas e interpretativas.

Assim, em caso de lacunas e omissões da lei e na falta de disposições legais ou contratuais, o intérprete pode socorrer-se dos princípios do Direito do Trabalho, para fundamentação das normas jurídicas.

Após essa breve análise a respeito das espécies do contrato de trabalho, poderemos seguir analisando a garantia de emprego da gestante no contrato de trabalho por prazo determinado, abordando o histórico dessa garantia e suas conquistas atuais.

3 Estabilidade ou Garantia de Emprego

A estabilidade teve início no setor público, onde a lei estabelecia que o servidor público que tivessem dez anos de serviço, não poderia ser despedido.

Já no setor privado, a estabilidade surgiu com a Lei Elói Chaves (Lei nº 4.682/23), que estabeleceu a categoria dos ferroviários a “caixa de aposentadoria”, onde constituiu que o empregado que laborou durante dez anos naquela mesma categoria, ferroviários, só poderia ser demitido mediante falta grave que estivesse constatada em um inquérito administrativo, ou seja, havia todo um procedimento para validar a demissão.

A estabilidade dos ferroviários surgiu, pelo fato dos empregados desta categoria, após algum tempo de trabalho, ficarem bastante suscetíveis a doenças. Logo, o empregador ao perceber que os funcionários estavam se ausentando e perdendo a qualidade do serviço, acabava por dispensar os mesmos e contratava novos funcionários, mantendo assim os empregados mais recentes. **Nesse sentido, a estabilidade veio justamente para dificultar essa dispensa arbitrária, mantendo assim o emprego daqueles empregados que adoeceram por conta da própria atividade exercida.**

Destaca-se que a estabilidade surgiu primeiramente no setor público e posteriormente no setor privado, ambas adquiriram essa estabilidade, onde o empregado só passava a ter este direito após o período de dez anos. Essa estabilidade é conhecida também como estabilidade decenal, posteriormente foi estendida a todos os empregados, com o intuito de garantir e assegurar o custeio da previdência social.

Em 1967 surgiu o Sistema de Fundo de Garantia no qual o trabalhador poderia optar por ter a estabilidade decenal ou o FGTS, a escolha de um excluía a outra. Entretanto, a maioria escolhia o Fundo de Garantia, isso fez com que a estabilidade decenal, desaparecesse do mercado privado e com o advento da CF/88 quase não mais se ouvia falar de tal estabilidade (PASSOS, 2013, p. 1).

Apesar de a Carta Magna em 1988 pôr fim à estabilidade decenal, aqueles que já tinham essa estabilidade, mantiveram esse direito adquirido. Entretanto, quem ainda não possuía tal direito, não poderia mais fazer a opção/faculdade entre a estabilidade decenal ou o Fundo de Garantia. Em contrapartida, o FGTS deixou de

ser opcional e passou a ser obrigatório, e assim todos passaram a ter direito ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço. Com isso, as estabilidades provisórias, apesar de já existirem, acabaram ganhando maior relevância, enquanto a estabilidade decenal, teve fim, conforme supracitado, após a CF 1988.

É possível dizer que a estabilidade provisória é uma espécie de garantia de emprego, ou seja, é um empecilho que o empregador tem de dispensar o empregado sem justo motivo e/ou de maneira arbitrária.

Necessário destacar que essa garantia não é absoluta, vez que, como supracitado, a demissão não pode ser sem justo motivo e/ou de maneira arbitrária, portanto é possível concluir que caso ocorra uma **falta grave** ou haja motivos de **ordem técnica, econômica e financeira** a demissão seria justificada e não configuraria arbitragem, sendo, portanto, possível a demissão existindo, inclusive, legislação expressa nesse sentido.

Os motivos de falta grave estão elencados no artigo 482 da CLT, vejamos

Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador:

- a) ato de improbidade;
- b) incontinência de conduta ou mau procedimento;
- c) negociação habitual por conta própria ou alheia sem permissão do empregador, e quando constituir ato de concorrência à empresa para a qual trabalha o empregado, ou for prejudicial ao serviço;
- d) condenação criminal do empregado, passada em julgado, caso não tenha havido suspensão da execução da pena;
- e) desídia no desempenho das respectivas funções;
- f) embriaguez habitual ou em serviço;
- g) violação de segredo da empresa;
- h) ato de indisciplina ou de insubordinação;
- i) abandono de emprego;
- j) ato lesivo da honra ou da boa fama praticado no serviço contra qualquer pessoa, ou ofensas físicas, nas mesmas condições, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;
- k) ato lesivo da honra ou da boa fama ou ofensas físicas praticadas contra o empregador e superiores hierárquicos, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;
- l) prática constante de jogos de azar.

Parágrafo único. Constitui igualmente justa causa para dispensa de empregado a prática, devidamente comprovada em inquérito administrativo, de atos atentatórios contra a segurança nacional.

Algumas alíneas do artigo 482 da CLT estão desatualizadas, como é o caso da embriaguez, que hoje em dia é considerada em certa medida doença, portanto a pessoa alcoólatra não poderia ser demitida por justa causa, alegando este motivo específico, e a prática constante de jogos de azar que também está desatualizada.

Logo, é possível observar que os exemplos acima trazem situações em que o empregado mesmo fazendo jus a estabilidade definitiva ou provisória, possa vir a perder tais direitos e/ou garantias.

Importante destacar que existem dois tipos de estabilidade, a definitiva e a provisória. A estabilidade definitiva é a garantia que o empregado tem de continuar no emprego de forma indeterminada, mesmo contra a vontade do empregador, salvo por motivo de falta grave como já mencionado anteriormente, assim a estabilidade decenal é um exemplo de estabilidade definitiva.

Já a estabilidade provisória é o direito que o empregado adquire em razão de determinadas circunstâncias em relação ao emprego, não podendo assim, ser demitido sem que haja um justo motivo e, conseqüentemente, não poderá haver nenhuma arbitragem pelo empregador. A diferença da estabilidade provisória para a definitiva está relacionada, principalmente ao tempo que dura essa “garantia no emprego”, pois ao contrário da definitiva, a estabilidade provisória possui um período em vias de regra estipulado.

3.1 Espécies de Estabilidade

As estabilidades estão previstas em lei, são elas: a) CIPA; b) Dirigente Sindical; c) Dirigente de Cooperativa; d) Acidente do Trabalho; e) Estabilidade Previstas em Acordos em Convenção Coletiva e f) Estabilidade da Gestante, vejamos o conceito de cada uma a seguir.

3.1.1 CIPA

O artigo 10, inciso II, alínea "a" do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal/88 sugere que “o empregado eleito para o cargo de direção de comissões internas de prevenção de acidentes, desde o registro

de sua candidatura até um ano após o final de seu mandato, não pode ser dispensado arbitrariamente ou sem justa causa”.

3.1.2 Dirigente Sindical

O artigo 543, parágrafo 3º da CLT, junto com o artigo 8º da CF traz que o empregado não pode ser dispensado do emprego quando este for sindicalizado ou associado, a contar do momento do registro de sua candidatura ao cargo de direção ou representação de entidade sindical ou ainda associação profissional, até um ano após o final do mandato, caso seja eleito, inclusive como suplente, salvo, como já sabido, se cometer falta grave, destacando que a falta deverá ser apurada nos termos da legislação.

3.1.3 Dirigente de Cooperativa

Já essa estabilidade tem previsão na Lei nº 5.764/71 no seu art. 55, onde afirma que *“os empregados de empresas que sejam eleitos diretores de sociedades cooperativas por eles mesmos criadas gozarão das garantias asseguradas aos dirigentes sindicais pelo art. 543 da CLT”*. Ou seja, da mesma forma que ocorre com o Dirigente Sindical, desde o registro da sua candidatura até um ano após o término de seu mandato.

3.1.4 Acidente do Trabalho

Com relação à estabilidade por Acidente do Trabalho, a previsão legal está no artigo 118 da Lei nº 8.213/91 onde consta que o segurado que sofreu acidente do trabalho tem garantida, por um período de 12 meses, a manutenção de seu contrato de trabalho na empresa, assim, após a cessação do auxílio-doença acidentário, independentemente de ter recebido ou não o auxílio-acidente, o empregado não poderá ser demitido sem justa causa, entretanto, caso o empregador não queira mais manter o vínculo com seu empregado, este será obrigado a indenizá-lo.

Destaca-se que terá garantido o emprego o empregado que recebeu alta médica, após o retorno do benefício previdenciário.

3.1.5 Estabilidade Previstas em Acordos em Convenção Coletiva

O acordo em Convenções Coletivas nada mais é do que um acordo de caráter normativo, onde dois ou mais sindicatos da categoria, estipulam condições e até mesmo benefícios no ambiente de trabalho. Vale destacar que os sindicatos, com o intuito de assegurar aos empregados garantia de emprego e salário, pode determinar em Acordos e Convenções Coletivas algumas estabilidades, a título de exemplo é possível apontar: garantia ao empregado em vias de aposentadoria; ampliação da licença maternidade e complementação de auxílio-doença.

Nesse sentido, se o sindicato através de Acordo em Convenção Coletiva adota uma cláusula que prevê que a gestante terá direito a uma licença maternidade de 180 dias, e não de 120 dias como prevê a legislação em regra nos dias atuais, essa cláusula da convenção coletiva por ser mais benéfica a empregada, deverá ser aplicada na prática, e a gestante terá uma estabilidade maior por conta da cláusula prevista na Convenção Coletiva.

3.1.6 Estabilidade da Gestante

A estabilidade gestacional tem previsão legal no artigo 10, II, "b" do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da CF que garante à empregada gestante a estabilidade provisória, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

Vale destacar que caso o empregado possua uma das estabilidades descritas acima, mas mesmo assim venha a ser demitido sem justa causa e/ou de maneira arbitrária, poderá ingressar com uma ação, pleiteando uma tutela antecipada (liminar) no intuito de reaver o seu emprego de volta, caso ainda seja possível a reintegração.

Se o juiz verificar a impossibilidade da reintegração pelas partes, o mesmo poderá converter a obrigação de reintegrar em uma parcela indenizatória. Contudo, caso o período de estabilidade/garantia de emprego já tenha "expirado", serão devidos os salários do período compreendido da despedida sem justa causa até o final do período de estabilidade, não sendo mais assegurada ao empregado a reintegração no emprego, vejamos o que dizem artigo e súmula que tratam sobre esta questão:

Art. 496 da CLT - Quando a reintegração do empregado estável for desaconselhável, dado o grau de incompatibilidade resultante do dissídio, especialmente quando for o empregador pessoa física, o tribunal do trabalho poderá converter aquela obrigação em indenização devida nos termos do artigo seguinte.

SUM 396 DO TST - ESTABILIDADE PROVISÓRIA. PEDIDO DE REINTEGRAÇÃO. CONCESSÃO DO SALÁRIO RELATIVO AO PERÍODO DE ESTABILIDADE JÁ EXAURIDO. INEXISTÊNCIA DE JULGAMENTO "EXTRA PETITA"

I - Exaurido o período de estabilidade, são devidos ao empregado apenas os salários do período compreendido entre a data da despedida e o final do período de estabilidade, não lhe sendo assegurada a reintegração no emprego.

II - Não há nulidade por julgamento "extra petita" da decisão que deferir salário quando o pedido for de reintegração, dados os termos do art. 496 da CLT.

OJ 399 DA SDI-1 DO TST - ESTABILIDADE PROVISÓRIA. AÇÃO TRABALHISTA AJUIZADA APÓS O TÉRMINO DO PERÍODO DE GARANTIA NO EMPREGO. ABUSO DO EXERCÍCIO DO DIREITO DE AÇÃO. NÃO CONFIGURAÇÃO. INDENIZAÇÃO DEVIDA.

O ajuizamento de ação trabalhista após decorrido o período de garantia de emprego não configura abuso do exercício do direito de ação, pois este está submetido apenas ao prazo prescricional inscrito no art. 7º, XXIX, da CF/1988, sendo devida a indenização desde a dispensa até a data do término do período estável.

É possível concluir que as estabilidades previstas em Leis são uma garantia e um direito do empregado, e caso tenha esses direitos violados pelo empregador, poderá o empregado ingressar com uma ação pleiteando a sua reintegração ao emprego caso ainda seja possível, caso contrário fará jus a uma parcela indenizatória e/ou as parcelas de natureza salarial do período da dispensa até o período que perduraria a estabilidade.

3.2 Estabilidade Gestacional

3.2.1 Histórico da Estabilidade Gestacional

Existe no ordenamento jurídico brasileiro um princípio denominado Princípio da Igualdade. Este princípio tem previsão no artigo 5º da CF. Vejamos a que se refere:

Artigo 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.(BRASIL, Constituição 1988, p. 2)

É possível perceber que o legislador tenta garantir a igualdade dos cidadãos de gozar de tratamento isonômico pela lei. Este princípio veda a diferença arbitrária e não justificável. Não justificável, visto que é plenamente possível *“tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida da sua desigualdade”*, ou seja, *é aceitável e até mesmo esperado, que haja tratamento diferenciado se este for para justamente tentar igualar algo que se encontra desigualado/desequilibrado”*.

Contudo, essa não foi a realidade de sempre, visto que as mulheres demoraram muitos anos para conseguir ter os direitos que têm nos dias atuais. Foi somente na Revolução Industrial que as mulheres começaram a ganhar espaço no mercado de trabalho, neste período, elas se submeteram a jornadas extremamente exaustivas e a ganhar menos do que os homens, tudo para manter os seus empregos. Inclusive, nesse período os trabalhos dessas mulheres eram muito utilizados/explorados, justamente por fazerem os mesmos serviços/trabalhos que um homem fazia, e a sua mão de obra era muito mais barata.

A exploração nesse período era tanta, que não existia nenhuma proteção a mulher, nem mesmo se esta estivesse grávida ou amamentando. Pinto Martins em sua obra *Direito do Trabalho* (2008, p.575), dispõe acerca da primeira norma que tratou da proteção da mulher no estado gestacional

A primeira norma que tratou do trabalho da mulher foi o decreto nº 21-417- A de 17-5-1932. [...] Já se nota a proibição do trabalho da mulher [...], no período de quatro semanas antes e quatro semanas depois do parto. Concedia a mulher dois descansos diários de meia hora cada um para alimentação dos filhos, durante os primeiros seis meses de vida daquele.

Logicamente essa primeira conquista da mulher gestante de garantir um repouso antes e depois do parto trouxe consequências, pois os empregadores não queriam arcar com o salário nesse período em que a gestante estivessem de licença, começando assim a ter discriminações e dificultando a contratação de mulheres.

Depois de anos é que a responsabilidade de arcar com as despesas da licença gestacional passou a ser da Previdência Social, reduzindo assim a discriminação com relação à contratação da mulher.

A CF visando proteger ainda mais a gestante e o nascituro, assegurou um período de 120 dias a licença à gestante, sem que essa tenha prejuízo ao emprego e a manutenção do seu salário, tendo uma garantia ao trabalho de pelo menos 5 meses após o parto.

Mais recentemente, no ano de 2008, com a Lei 11.770, criou-se o Programa de Empresa Cidadã, cuja finalidade é a prorrogação da licença-maternidade, garantido um lapso estendido de mais sessenta dias, mediante concessão de incentivo fiscal, ou seja, a depender da empresa é possível uma licença de 180 dias em vez de 120 dias.

Além da Licença maternidade, benefício/direito este conquistado com o decorrer do tempo, foi criada também a estabilidade gestacional. Há uma diferença entre estabilidade gestacional x licença maternidade, que se faz necessário esclarecer.

A estabilidade gestacional surgiu com o intuito de dificultar a dispensa arbitrária e discriminatória que o empregador costumava fazer quando tinha ciência de que a empregada estava grávida. O empregador não via vantagens de manter uma funcionaria gestante, pois sempre teve uma visão de que a funcionaria poderia perder o ritmo e a celeridade no trabalho, além de que a mesma se afastaria por um período, que é conhecido como licença maternidade.

Logo, o legislador precisou instituir uma norma, onde a dispensa arbitrária e discriminatória por conta da gestação, estaria definitivamente proibida/vedada, garantindo assim à empregada a manutenção de seu emprego por um determinado lapso temporal, esta previsão esta instituída no art. 10, inciso II, alínea “b”, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT, vejamos:

Art. 10. Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição:

I- (omissis)

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

a) (omissis)

b) da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até CINCO MESES APÓS O PARTO.(BRASIL, Constituição 1988, p. 3)

Logo, convém observar que esta norma veio com o intuito de garantir uma estabilidade da gestante no emprego, contra possíveis dispensas arbitradas ou sem justa causa, isso seria o que entendemos como estabilidade gestacional.

Já a licença maternidade, está prevista na CF, em seu art. 7º, XVIII que dispõe que

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias;

No que pese a estabilidade gestacional estar interligada à licença maternidade, a diferença é que em uma se garante a manutenção do emprego no período gestacional até cinco meses após o parto, já a licença prioriza o tempo em que a mãe terá com seu filho recém-nascido, podendo ter assim os primeiros cuidados, amamentação e zelo, ou seja, este prazo remunerado de cento e vinte dias que a gestante tem, é com intuito de que a mãe possa cuidar e se dedicar exclusivamente a criança.

Vale destacar, ainda, que atualmente este mesmo prazo foi concedido a mãe adotante ou no caso de a pessoa obter uma guarda judicial. Não poderia ser diferente, visto que em ambos os casos, haverá uma adaptação da criança com o seu novo lar.

Após essa breve análise, de como a mulher conseguiu alcançar direitos em uma sociedade altamente machista e após percorrer sobre a temática de como surgiu a estabilidade gestacional e a licença maternidade, se faz necessário analisar essas garantias no ponto de vista do nascituro e/ou criança.

3.2.2 Estabilidade Gestacional X Garantia do Nascituro

Como já dito anteriormente, a garantia de estabilidade do empregado é um dos maiores dispositivos protecionistas, que visa proteger o empregado hipossuficiente de possíveis abusos que possam vir a ser cometidos pelo empregador, em caso de despedida arbitrária ou sem justa causa.

Para Martins (2007), a estabilidade é conceituada da seguinte maneira

A estabilidade é o direito do empregado de continuar no emprego, mesmo contra a vontade do empregador, desde que inexista uma causa objetiva a determinar sua despedida. Tem, assim, o empregado o direito ao emprego, de não ser despedido, salvo determinação de lei em contrário (MARTINS, 2007, p.397).

A estabilidade sustenta-se na valorização da permanência do vínculo empregatício, há que se perceber que, em verdade não representa um impedimento ao direito da dispensa do empregador, mas à dispensa do empregado em caso de despedida arbitrária ou sem justa causa. Permite desta forma a efetividade, na visão de Barros (2013), da função social da empresa pela criação e manutenção de empregos, para que o empregado integre, efetivamente, a empresa e trabalhe em seu desenvolvimento.

No caso da empregada gestante, a estabilidade é um dos instrumentos que o ordenamento jurídico possui para garantir a proteção à maternidade. Esta estabilidade, por sua vez, não se restringe somente à genitora, mas também ao nascituro e seu bem-estar nos primeiros meses de vida, assevera Cairo JR (2013).

O aviso prévio é garantia constitucional prevista no artigo 7º inciso XXI, da Constituição Federal que garante ao trabalhador aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de 30 (trinta) dias, nos termos da lei (BRASIL, 1988). Cabe ressaltar que, este prazo poderá ser superior a 30 dias, se houver sido estipulado por convenção coletiva, ou a depender do tempo que laborou, neste caso, podendo chegar a 90 (noventa) dias.

Na relação de emprego, José Cairo Júnior (2013) define o aviso prévio como sendo *“a comunicação que uma das partes do contrato de trabalho deve fazer à outra de que pretende rescindir o referido pacto sem justa causa de acordo com o prazo previsto sob pena de pagar indenização”* (CAIRO JR, 2013, p.399).

Este período não corresponde ao fim da relação empregatícia uma vez que o contrato de trabalho continua a emanar seus efeitos legais, conforme preconiza a Orientação Jurisprudencial nº 82 da SDI-1 do TST, a data de saída a ser anotada na CTPS deve corresponder à do término do prazo do aviso prévio, ainda que indenizado.

Nos termos do artigo 2º do Código Civil de 2002a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro, principalmente no tocante a uma existência digna: *“Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”*.

A dignidade da pessoa humana é um princípio supremo e, por isso, cabe ao Estado e a todos os integrantes da sociedade assegurar a efetivação dos direitos e das garantias fundamentais.

Nesta direção, explica Silva (2009, p. 166):

O tema da proteção à maternidade tem um duplo alcance: de um lado, prestigia efetivamente a gestante, para que ela não vivencie maiores sobressaltos no curso da gravidez, de consequências imprevisíveis e irremediáveis, mas também se procura garantir o nascituro, a fim de que ele tanto possa se desenvolver em condições mais favoráveis como, sobretudo, venha ao mundo em condições ao menos medianas de nutrição e higiene. (SILVA, 2009, p. 166).

Deve-se, portanto, entender as normas de proteção à gravidez e à maternidade não apenas como medidas protetoras da trabalhadora, mas também como meio de proteger o rebento desde sua concepção, haja vista que o desemprego durante a gestação pode comprometer a satisfação das necessidades mais primárias da criança (alimentação, vestuário, lazer, saúde, habitação, etc.), sendo, conseqüentemente, um obstáculo à efetivação do direito fundamental à dignidade.

Há julgamentos nesse sentido, garantindo a proteção tanto da empregada gestante, como do nascituro, vejamos alguns julgados:

STF - EMB.DECL. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO AI 448572 SP (STF)

Data de publicação: 15/12/2010

Ementa: EMPREGADA GESTANTE - ESTABILIDADE PROVISÓRIA (ADCT, ART. 10, II, b) CONVENÇÃO OIT Nº 103 /1952 - **PROTEÇÃO À MATERNIDADE E AO NASCITURO** - DESNECESSIDADE DE PRÉVIA COMUNICAÇÃO DO ESTADO DE GRAVIDEZ AO EMPREGADOR - ESPECIFICAÇÃO DAS VERBAS RESCISÓRIAS DEVIDAS À EMPREGADA EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS. - O legislador constituinte, consciente das responsabilidades assumidas pelo Estado brasileiro no plano internacional (Convenção OIT nº 103 /1952, Artigo VI) e tendo presente a necessidade de dispensar efetiva **proteção à maternidade** e ao **nascituro**, estabeleceu, em favor da empregada gestante, expressiva garantia de caráter social, consistente na outorga, a essa trabalhadora, de estabilidade provisória (ADCT, art. 10, II, b). - A empregada gestante tem direito subjetivo à estabilidade provisória prevista no art. 10, II, b, do ADCT /88, bastando, para efeito de acesso a essa inderrogável garantia social de índole constitucional, a confirmação objetiva do estado fisiológico de gravidez, independentemente, quanto a este, de sua prévia comunicação ao empregador, revelando-se írrita, de outro lado e sob tal aspecto, a exigência de notificação à empresa, mesmo quando pactuada em sede de negociação coletiva. Precedentes.

STF - AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO RE 639786 SC (STF)

Data de publicação: 20/03/2012

Ementa: SERVIDORA PÚBLICA GESTANTE CONTRATADA EM CARÁTER TEMPORÁRIO - ESTABILIDADE PROVISÓRIA (ADCT /88, ART. 10, II, b) - CONVENÇÃO OIT Nº 103 /1952 - INCORPORAÇÃO FORMAL AO ORDENAMENTO POSITIVO BRASILEIRO (DECRETO Nº 58.821 /66) - **PROTEÇÃO À MATERNIDADE E AO NASCITURO** - DESNECESSIDADE DE PRÉVIA COMUNICAÇÃO DO ESTADO DE GRAVIDEZ AO ÓRGÃO PÚBLICO COMPETENTE - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. - O acesso da servidora pública e da trabalhadora gestantes à estabilidade provisória, que se qualifica como inderrogável garantia social de índole constitucional, supõe a mera confirmação objetiva do estado fisiológico de gravidez, independentemente, quanto a este, de sua prévia comunicação ao órgão estatal competente ou, quando for o caso, ao empregador. Doutrina. Precedentes. - As gestantes - quer se trate de servidoras públicas, quer se cuide de trabalhadoras, qualquer que seja o regime jurídico a elas aplicável, não importando se de caráter administrativo ou de natureza contratual (CLT), mesmo aquelas ocupantes de cargo em comissão ou exercentes de função de confiança ou, ainda, as contratadas por prazo determinado, inclusive na hipótese prevista no inciso IX do art. 37 da Constituição, ou admitidas a título precário - têm direito público subjetivo à estabilidade provisória, desde a

confirmação do estado fisiológico de gravidez até cinco (5) meses após o parto (ADCT, art. 10 , II ,b), e, também, à licença- **maternidade** de 120 dias (CF, art. 7º , XVIII , c/c o art. 39 , § 3º), sendo-lhes preservada, em consequência, nesse período, a integridade do vínculo jurídico que as une à Administração Pública ou ao empregador, sem prejuízo da integral percepção do estipêndio funcional ou da remuneração laboral. Doutrina. Precedentes. Convenção OIT nº 103 /1952. - **Se sobrevier, no entanto, em referido período, dispensa arbitrária ou sem justa causa de que resulte a extinção do vínculo jurídico-administrativo ou da relação contratual da gestante (servidora pública ou trabalhadora), assistir-lhe-á o direito a uma indenização correspondente aos valores que receberia até cinco (5) meses após o parto, caso incorresse tal dispensa. (Grifo Nosso)**

TJ-CE - Apelação APL 00139486020128060029 CE 0013948-60.2012.8.06.0029 (TJ-CE)

Data de publicação: 02/03/2016

Ementa: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO - APELAÇÃO CÍVEL - AGENTE PÚBLICA GESTANTE - ESTABILIDADE PROVISÓRIA - **PROTEÇÃO À MATERNIDADE E AO NASCITURO** - IMPOSSIBILIDADE DE REINTEGRAÇÃO - PERDA SUPERVENIENTE DE OBJETO - INEXISTÊNCIA - POSSIBILIDADE DE INDENIZAÇÃO - APELO PROVIDO. SENTENÇA REFORMADA. 1. O remédio constitucional fora impetrado pela apelante pouco tempo após a sua demissão, não sendo sua culpa o transcurso total do prazo de estabilidade provisória de que reclama ter direito, o qual se originou da demora na prestação jurisdicional. Assim sendo, a recorrente não pode se haver prejudicada em razão de um retardo na prolação da sentença por ela não ocasionado, como equivocadamente sustenta a decisão recorrida. Negar-lhe, portanto, um julgamento de mérito representa transferir à impetrante uma falta que não é sua, à qual não deu causa. 2. O Supremo Tribunal Federal adota posicionamento abrangente quanto à qualificação funcional das gestantes nos quadros da Administração Pública, estendendo-se o direito à estabilidade provisória às agentes públicas compreendidas pelo regime celetista de natureza contratual, não se limitando às servidoras efetivas de vínculo estatutário. Ademais, entende o STF que o direito à indenização, caso haja dispensa arbitrária ou sem justa causa, equivale aos valores remuneratórios que seriam percebidos até o quinto mês após o parto, ou seja, até o fim da estabilidade provisória. 3. A convalidação do pleito de reintegração em pretensão remuneratória, conforme pacífica jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, constitui uma decorrência natural da impossibilidade material e jurídica de se reintegrar a impetrante ao serviço público ante o término do prazo de estabilidade que deveria patrimonialmente resguardar. De igual modo, entende o STJ que ao caso em espécie não incidem as súmulas 269 e 271 do STF, não tendo o ato de demissão ou exoneração o condão de transformar o mandado de segurança em ação de cobrança, o que permite à impetrante perseguir a tutela almejada nos mesmos autos,

prescindindo de novo esforço em ingressar às vias ordinárias. 4. Recurso de Apelação conhecido e provido. ACÓRDÃO: Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, acorda a 6ª Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por votação unânime, em conhecer do recurso para lhe dar provimento, nos termos do voto da Desembargadora Relatora. SÉRGIA MARIA MENDONÇA MIRANDA [...] (Tribunal de Justiça do CE, 2016, p.1)

É possível observar, que as decisões acima, visam justamente defender a estabilidade gestacional, protegendo a empregada gestante, mas também, sem sombra de dúvida, visa proteger também o nascituro que ainda está por vim e necessita de uma proteção, mesmo que ainda no colo interino da mãe.

Além dessa análise, mister destacar que as decisões, também, são no sentido de que deve sim existir o comunicado ao empregador, quando a gestante adquire o conhecimento de que está gestante, até mesmo para tentar, se possível, a reintegração caso essa tenha sido demitida antes do conhecimento do fato (estar grávida).

Entretanto, caso o empregador tendo conhecimento da gravidez e mesmo assim, não queira reintegrar, ou caso a reintegração fique prejudicada em razão de não conseguir uma celeridade na prolação da sentença, em ambas as situações o empregador deverá arcar com uma indenização do valor (um montante do momento da dispensa até cinco meses após o parto), pois em ambos os casos mencionado, a empregada gestante não deu causa a impossibilidade da reintegração.

3.2.3 Estabilidade Gestacional no Aviso Prévio Indenizado

O objetivo de garantir a estabilidade provisória à empregada a partir do momento da concepção em si, ocorrida no curso do contrato de trabalho, ainda que durante o aviso-prévio trabalhado ou indenizado, e esta não visa apenas à proteção objetiva da gestante, mas, sobretudo, à tutela do nascituro (BALDUINO; ALMEIDA, 2014).

A base de início da estabilidade é a confirmação da gravidez e não a sua comprovação. A Súmula 244 do TST dispõe sobre a desnecessidade de conhecimento do estado gravídico da gestante pelo empregador.

Desta forma, fez também necessário a alteração da redação da Súmula 244, inciso III, a fim de adequá-la com o novo entendimento consolidado, como se observa:

SÚMULA-244 GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA (redação do item III alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012)

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.

A lei em análise demonstra o grande avanço legislativo para as mulheres não só por garantir o seu emprego, mas por proteger as condições básicas de sustento ao nascituro.

Os Precedentes Jurisprudenciais da referida alteração foram os julgamentos dos Recursos de Revista nº 1601-11-2010.5.09.0068, 107-20.2011.5.18.0006, 194040-35.2006.5.02.0472, 49800-75.2009.5.02.0462, 57041-60.2009.5.09.0671, 6605-52.2010.5.12.0001, 21700-25.2009.5.01.0079, 167300-09.2008.5.24.0003 e 62700-90.2009.5.02.0074.

Os julgamentos supracitados trazem as seguintes decisões:

O acórdão da lavra do ministro Francisco Fausto de Medeiros no ROAR (Recurso Ordinário em Ação Rescisória) 400356-75.1997.5.02.5555, publicado no DJ em 12.05.2000/J-11.04.2000, traz de forma clara, que:

O artigo 10, inciso II, do ADCT não impôs qualquer condição à proteção da empregada gestante. Assim, o desconhecimento da gravidez, pelo empregador, no momento da despedida imotivada não constitui obstáculo para o reconhecimento da estabilidade constitucional. Dessa forma, viola o texto constitucional a decisão que não reconhece a estabilidade da empregada gestante em virtude do desconhecimento da gravidez pelo empregador no ato da sua demissão. 2. Recurso ordinário em ação rescisória provido.

O TST em sua primeira turma decidiu que a gestante também tem direito a estabilidade nos contratos de experiência/prazo determinado, e revela que

Processo: RR 1072020115180006 107-20.2011.5.18.0006
 Relator(a): Walmir Oliveira da Costa
 Julgamento: 07/12/2011
 Órgão Julgador: 1ª Turma
 Publicação: DEJT 16/12/2011

Ementa

RECURSO 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.

Abaixo, segue o voto do Ministro Walmir Costa, o entendimento da Suprema Corte prevaleceu naquele tribunal superior, como se constata da ementa do RR 194040-35.2006.5.02.0472, de 09.06.2010, que afastou a aplicação do pretérito item III da Súmula nº 244, consignando:

RECURSO DE REVISTA. GESTANTE. CONTRATO DE EXPERIÊNCIA. RESCISÃO ANTECIPADA. ESTABILIDADE ASSEGURADA. 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 à tutela do nascituro. O item III da Súmula nº 244 desta Corte Superior não constitui impedimento a que se reconheça a estabilidade provisória da gestante, na espécie, visto que a extinção da relação de emprego não se deu em face do término do prazo de experiência, mas, sim, pela rescisão antecipada do contrato, por ato da empresa, configurando, portanto, dispensa sem justa causa de empregada coberta por estabilidade provisória constitucional. Precedentes do

STF, de cuja orientação dissentiu o acórdão recorrido, violando preceito constitucional Recurso de revista conhecido e provido.(TST, 2010, p. 1).

O ministro Alberto Luiz Bresciani, no agravo de instrumento abaixo, decidiu no mesmo sentido com relação ao direito da estabilidade gestacional nos contratos por prazo determinado e estabeleceu que

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA - CABIMENTO. GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. CONTRATO DE EXPERIÊNCIA. COMPATIBILIDADE. A potencial violação do art. 10, II, b, do ADCT enseja o processamento o recurso de revista. Agravo de instrumento conhecido e provido. II - RECURSO DE REVISTA. 1. CONTRATO DE EXPERIÊNCIA. NULIDADE. O recurso de revista não merece processamento, quando não observados os requisitos traçados no art. 896 da CLT. Recurso de revista não conhecido. 2. GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. CONTRATO DE EXPERIÊNCIA. COMPATIBILIDADE. 1. A Constituição Federal prevê, no seu art. 6º, - caput-, que são direitos sociais, entre outros que enumera, -a proteção à maternidade e à infância-. O art. 10, II, b, do ADCT, respondendo à diretriz do art. 7º, XVIII, da Carta Magna, afirma que - II - fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa: b) da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses parto-. 2. Com atenção aos fins sociais buscados pela Lei (LIDB, art. 5º), não se deve rejeitar a estabilidade provisória da empregada gestante no curso de trabalho temporário. Os direitos decorrentes do disposto no art. 7º, XVIII, da Constituição Federal, e no art. 10, II, b, do ADCT, não têm sua eficácia limitada aos contratos por prazo indeterminado, uma vez que erigidos a partir de responsabilidade objetiva. Enquanto se cuide de proteção ao nascituro, prevalecerão os benefícios constitucionais, ainda que a própria empregada, ao tempo da dissolução contratual, já aguardasse o seu termo final. 3. Diante do exposto, revela-se devida a estabilidade provisória, ainda quando se cuide de contrato por prazo determinado, na esteira dos precedentes do Excelso Supremo Tribunal Federal, restando superado o item III da Súmula 244/TST. Recurso de revista conhecido e provido. (Processo: RR - 49800-75.2009.5.02.0462 Data de Julgamento: 13/06/2012, Relator Ministro: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 15/06/2012).

O Ministro Horácio Raymundo decidiu no agravo de instrumento de que a gestante tem direito a estabilidade, em casos especialíssimos, assim como o empregado que sofre acidente de trabalho no curso do contrato por prazo determinado, vejamos a opinião do juiz:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. O agravo de instrumento merece ser provido para melhor exame da denúncia de contrariedade à Súmula 244-III-TST. Agravo de instrumento conhecido e provido. RECURSO DE REVISTA. COMPATIBILIDADE DO CONTRATO POR PRAZO DETERMINADO E O DIREITO À ESTABILIDADE DA GESTANTE. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, bem como da SBDI-1, vem evoluindo no sentido de admitir, em casos especialíssimos, a compatibilidade do instituto da estabilidade nos contratos por prazo determinado. Com efeito, nos autos do Processo TST-E-ED-RR-249100-26.2007.5.12.0004, a SBDI-1 decidiu pelo direito à estabilidade provisória da gestante no curso do aviso-prévio; e nos autos do Processo TST-E-RR-9700-45.2004.5.02.0465, a SBDI-1 também assegurou o direito à estabilidade ao empregado que sofrera acidente de trabalho no curso do contrato por prazo determinado. No mesmo sentido, verifica-se que não se pode restringir a estabilidade provisória decorrente de gestação ao contrato por tempo indeterminado. Isso porque a lei garantidora da estabilidade da gestante, artigo 10, II, -b- do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias não faz distinção entre contrato por prazo determinado ou indeterminado. Nesse contexto, a decisão do TRT que reconheceu a estabilidade à reclamante deve ser mantida. Precedentes do STF. Recurso de revista não conhecido". (TST, Processo: RR - 57041-60.2009.5.09.0671 Data de Julgamento: 18/04/2012, Redator Ministro: Horácio Raymundo de Senna Pires, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 27/04/2012).

Outro julgado que teve como base o princípio a proteção do nascituro, tutelando por tanto o direito a estabilidade provisória da gestante, foi a decisão da 4ª turma, cujo relator Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, estabeleceu:

Ementa RECURSO DE REVISTA - PROCEDIMENTO SUMARÍSSIMO - GESTANTE - ESTABILIDADE PROVISÓRIA - CONTRATO DE EXPERIÊNCIA - COMPATIBILIDADE. Estabelece o art. 10, II, b, do ADCT que é vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. O único pressuposto para que a empregada tenha reconhecido seu direito à estabilidade provisória é o estado gravídico no momento da rescisão do contrato de trabalho, porque tal garantia visa à tutela do nascituro e o citado preceito constitucional não impõe nenhuma restrição quanto à modalidade do contrato de trabalho, se por prazo determinado, como é o contrato de experiência, ou por prazo indeterminado. Por conseguinte, a empregada admitida mediante contrato de experiência por prazo determinado tem direito à estabilidade provisória da gestante. Inaplicável a Súmula nº 244, III, do TST, por dissentir do moderno posicionamento do Supremo Tribunal Federal. Precedentes. Recurso de revista não conhecido. Processo: RR 66055220105120001 - Relator(a): Luiz Philippe Vieira de Mello Filho Julgamento: 09/05/2012 Órgão Julgador: 4ª Turma Publicação: DEJT 11/05/2012.

Há também o Recurso de Revista, no qual o Ministro Mauricio Godinho Delgado aplicou o artigo 7º, XVIII e XXII da CF e o princípio da dignidade da pessoa humana, como base, para garantir a estabilidade gestacional. Vejamos o seu texto:

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 justralhista. 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).

O Ministro Augusto César Leite de Carvalho traz o mesmo posicionamento quanto à garantia da estabilidade gestacional independente da modalidade do contrato de trabalho, mencionando até mesmo que a matéria já se encontra pacificada pelas jurisprudências do STF. Vejamos:

RECURSO DE REVISTA. GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. CONTRATO DE EXPERIÊNCIA. O contrato de experiência é, em essência, um contrato por tempo indeterminado com uma cláusula de experiência, ou seja, estaria vocacionado à vigência por tempo indeterminado quando celebrado de boa-fé. 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 à tutela do nascituro. A matéria já se encontra pacificada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que tem se posicionado no sentido de que as empregadas gestantes, independentemente do regime jurídico de trabalho, tem direito à licença-maternidade de cento e vinte dias e à estabilidade provisória desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, conforme o art. 7º, XVIII, da Constituição e o art. 10, II, -b-, do ADCT. Precedentes. Recurso conhecido e provido.-". (TST- RR - 167300-09.2008.5.24.0003, Relator Ministro Augusto César Leite de Carvalho, 6ª Turma, DEJT de 3.4.2012).

Por fim, vale destacar outra decisão Ministro Augusto César Leite de Carvalho, onde traz o posicionamento de que a garantia gestacional não pode ter uma interpretação restritiva, pois trata-se de um direito fundamental. Vejamos:

RECURSO DE REVISTA. ESTABILIDADE GESTANTE. CONTRATO DE EXPERIÊNCIA. Se o contrato de experiência está vocacionado à vigência por tempo indefinido, não lhe afeta a essência a decisão judicial que faz prevalecer a proteção maior à gestante à circunstância de ele prever um período de prova. Não há previsão na norma de circunstância especial, conforme se extrai do art. 10, II, "b", do ADCT. Logo, não pode ser conferida ao direito fundamental uma interpretação restritiva, sobretudo se às razões humanitárias se agrega a premissa jurídica de ser do empregador o risco da atividade econômica (art. 2º, § 2º, da CLT). Entendimento diverso transferiria o risco do negócio à empregada, enquanto a norma constitucional e o fim social objetivado impõem a proteção da trabalhadora e, dela, a máxima efetividade. Recurso de revista conhecido e provido. RR 62700-90.2009.5.02.0074, 6ªT – Red Min. Augusto César Leite de Carvalho DJE 08.06.2012/J- 09.05.2012 - Decisão por maioria.

Ao se analisar os referidos julgamentos, vê-se que os principais fundamentos neles constantes são os seguintes:

1º) O art. 10, II, 'b', do ADCT/88 estabelece 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 nenhuma restrição quanto à modalidade de contrato de trabalho, mesmo porque a garantia visa, em última análise, à tutela do nascituro.

2º) Os direitos decorrentes do disposto no art. 7º, XVIII, da Constituição Federal, e do art. 10, II, 'b', do ADCT, não têm sua eficácia limitada aos contratos por prazo indeterminado, uma vez que erigidos a partir de responsabilidade objetiva. Enquanto se cuida de proteção ao nascituro, prevalecerão os benefícios constitucionais, ainda que a própria empregada, ao tempo da dissolução contratual, já aguardasse o seu termo final.

3º) O único pressuposto para que a empregada tenha reconhecido seu direito à estabilidade provisória é o estado gravídico no momento da rescisão do contrato de trabalho, porque tal garantia visa à tutela do nascituro.

4º) Como o direito à garantia de emprego tem por finalidade a proteção da gestante e do nascituro, interesse que está valorado no âmbito social, deve prevalecer sobre o *pacta sunt servanda*, de forma que a ponderação dos valores clama por uma decisão mais condizente com a tutela da mulher e do nascituro, eis que de

interesse público, socialmente relevante, sobrepõe-se, com isso, ao contrato de trabalho temporário firmado entre as partes.

5º) A proteção à maternidade preconizada na Constituição Federal é direito fundamental amplamente tutelado pelo ordenamento jurídico vigente, que transpõe os limites do contrato a termo.

6º) A lógica dos contratos a termo não permite qualquer possibilidade de maior integração do trabalhador na empresa, sendo certo dizer que a lógica dos contratos a termo é perversa e contra ela se contrapõe todo o Direito do Trabalho, razão pela qual a legislação busca restringir ao máximo suas hipóteses de pactuação e de reiteração no contexto da dinâmica justralhista.

7º) Mesmo em situações que o empregador não foi comunicado pela trabalhadora do seu estado de gravidez quando da extinção do contrato, entendeu-se que houve com a dispensa a chamada discriminação indireta à gestante, uma vez que o empregador não comprovou que a obreira não preenchia os requisitos para o desempenho das atividades previstas no seu contrato de trabalho, cujo ônus lhe incumbia.

Na sequência é possível observar também que: “o ato discriminatório fica caracterizado mesmo que o empregador alegue que agiu de boa-fé, pois a intenção é absolutamente irrelevante. Tese contrária tornaria inconciliável o princípio da melhoria da condição social do trabalhador com o princípio da não discriminação” (RR-6605-52.2010.5.12.0001).

8º) São citados precedentes do STF reconhecendo o direito da empregada gestante, contratada por prazo determinado, à estabilidade provisória, independente do regime jurídico de contratação.

9º) Decisões que reconhecem a estabilidade provisória do empregado acidentado no curso de contrato de experiência.

10º) Não pode ser conferido ao direito fundamental uma interpretação restritiva, sobretudo se às razões humanitárias se agrega a premissa jurídica de ser do empregador o risco da atividade econômica (art. 2º, § 2º, da CLT). Entendimento diverso transferiria o risco do negócio à empregada, enquanto a norma constitucional e o fim social objetivado impõem a proteção da trabalhadora

11º) Em atenção aos fins sociais buscados pela Lei (LIDB, art. 5º), não se deve rejeitar a estabilidade provisória da empregada gestante no curso de trabalho temporário.

12º) A Constituição Federal prevê no seu art. 6º, *caput*, que são direitos sociais, entre outros que enumera, a proteção à maternidade e à infância.

13º) Necessidade de uma normatização especial e privilegiada à maternidade autorizando condutas e vantagens superiores ao padrão.

14º) Respeito fixado na ordem constitucional à dignidade da pessoa humana, à própria vida, ao nascituro e à criança.

15º) Normas que buscam assegurar um padrão moral e educacional minimamente razoável à criança e ao adolescente.

16º) A norma constitucional visa à proteção do nascituro, na medida em que é com o fruto do seu trabalho que a futura mãe poderá propiciar um início de vida digno ao neonato.

17º) A tutela legal incidente sobre a maternidade perpassa o interesse do nascituro e tangencia os valores supremos de uma sociedade comprometida com a maternidade, a infância, a vida e a dignidade humana, valores consagrados pela Constituição como direitos fundamentais.

18º) Tal direito visa à proteção mediata do nascituro, pessoa natural absolutamente incapaz, mas sujeito de direitos e obrigações, consoante dispõe o art. 2º, parte final, do Código Civil de 2002.

19º) Assegurar um padrão moral e educacional minimamente razoável à criança e ao adolescente.

20º) Situação que envolve efetivação de medidas de saúde pública (e o período de gestação e recente parto assim se caracterizam) permite tratamento normativo diferenciado.

Compactuando com o entendimento da OJ nº 82 da SDI-1 do TST, e a reedição do inciso III da Súmula 244, do TST, foi publicada a Lei 12.812/2013 que veio para ratificar o entendimento que já vinha sendo adotado pelo TST: *“assegurar a estabilidade provisória à mulher que confirmasse o estado gravídico no curso do aviso prévio, com o propósito de proteger a formação da criança”* (BRASIL, 2013).

A redação do artigo 391-A da CLT vem encerrar a questão, estabelecendo o direito da gestante à garantia de emprego mesmo que tenha engravidado durante o período de aviso prévio, ainda que indenizado e não cumprido.

A lei foi sensível e justa ao prever tal estabilidade a estas mulheres, tendo em vista que os cinco (05) meses de estabilidade após o parto irá garantir as condições básicas de sustento desta criança.

Como se sabe, o nascimento de uma criança, invariavelmente, atinge física e psicologicamente uma mulher. Ademais, nos primeiros meses de vida, a criança é completamente dependente dos cuidados específicos de sua mãe (TANURE; TANURE, 2013).

Desta forma, não se pode imaginar que a mulher que acabou de conceber uma criança terá a capacidade e o tempo de buscar um novo emprego.

É sabido que quando o empregador dispensa a empregada grávida sem justa causa, ela pode obter junto ao judiciário a sua reintegração uma vez que se encontra amparada pela garantia no emprego (PIMENTEL, 2011).

Nesse sentido, se o patrão não reintegrar a empregada, a mesma poderá acionar a justiça e pedir tanto a reintegração e/ou uma indenização no valor equivalente ao salário referente a todo o período da estabilidade, como se ela estivesse trabalhado.

O doutrinador Sérgio Pinto Martins ainda nos mostra que:

No inciso II da súmula 244 do TST ainda continuou entendendo que a gestante só tem o direito à reintegração se ela estiver em gozo do período de estabilidade, ou seja, da concepção até 5 (cinco) meses após o parto. Caso esta venha pleitear este direito "a posteriori", ela só fará jus aos salários e demais direitos correspondentes ao período de estabilidade. Não percebendo, assim, a reintegração (MARTINS, 2007, p.410).

A Lei 12.812/2013, por sua vez, volta-se eminentemente, para o resguardo do trabalhador, mas, sobretudo, da mulher grávida em situação de aviso prévio, permitindo, assim, a estabilidade provisória conferida a gestante que se encontra no curso do aviso prévio, buscando como propósito a proteção constitucional da vida e do sustento da criança, tendo em vista seu estado de sujeito de direito em desenvolvimento e que, portanto, não pode promover o seu próprio sustento, aplicando assim o princípio da dignidade humana.

3.2.4 Estabilidade Gestacional no Contrato Por Tempo Determinado

O contrato de trabalho por **prazo determinado** é aquele que tem datas de início e término, ou seja, ajustado por certo tempo, contado em dias, semanas ou meses, **acordadas antecipadamente entre o empregador e o empregado**.

Conforme o artigo 443 da CLT, § 1º considera-se como de prazo determinado o contrato de trabalho cuja vigência dependa de termo prefixado ou da execução de serviços especificados ou ainda da realização de certo acontecimento suscetível de previsão aproximada.

O contrato individual de trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito e por prazo determinado ou indeterminado.

§ 1º. Considera-se como de prazo determinado o contrato de trabalho cuja vigência dependa de termo prefixado ou da execução de serviços especificados ou ainda da realização de certo acontecimento suscetível de previsão aproximada. (*Antigo parágrafo único renumerado pelo Decreto-Lei nº 229, de 28.02.1967*)

§ 2º. O contrato por prazo determinado só será válido em se tratando:

- a) de serviço cuja natureza ou transitoriedade justifique a predeterminação do prazo;
- b) de atividades empresariais de caráter transitório;
- c) de contrato de experiência.

No contrato por tempo determinado ou temporário, a estabilidade gestacional até o mês de agosto de 2012, através da Súmula 244, item III do TST, não fazia parte dos direitos trabalhistas das mulheres empregadas:

Súmula 244 (...) III – Não há direito da empregada 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.

Entretanto, a partir da sessão do Tribunal Pleno do TST, realizada em 14 de setembro do mesmo ano, a redação foi alterada garantindo assim, a estabilidade provisória da empregada gestante contratada na modalidade de contrato determinado desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto:

Súmula 244 (...) 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.

Deste modo, cabe destacar que apesar de memorável a nova redação da Súmula 244 do TST, deve-se considerar que aplicar a garantia de emprego a gestante admitida mediante contrato por prazo determinado coloca em conflito garantias que possuem objetivos divergentes, uma vez que enquanto a estabilidade provisória de emprego visa dar continuidade à relação empregatícia a fim de conferir determinada segurança à empregada, o contrato por prazo determinado traz ao

empregador a limitação do ônus despendido com mão de obra em uma atividade específica, extraordinária e transitória (NETO; CAVALCANTE, 2013).

Enquanto a empregada gestante se beneficia com a dilatação da garantia de emprego, a outra parte, no caso o empregador se vê prejudicado, uma vez que este deverá suportar o ônus de uma relação empregatícia cuja contratação deu-se unicamente para suprir necessidade transitória e extraordinária, na qual o termo final estabelecido de boa-fé é de conhecimento prévio das partes, pressupõe Martins (2007).

Ademais, é relevante destacar que além da prorrogação do contrato de trabalho a estabilidade provisória da gestante no contrato por prazo determinado, cerceia o poder empregatício, assim entendido como o poder do empregador de organizar, disciplinar e controlar a prestação pessoal de serviços, impedindo-o de não manter o vínculo empregatício inicialmente constituído para suprir necessidades transitórias e extraordinárias.

O TST além de ter alterado a redação na súmula 244, que passou a determinar e garantir a estabilidade gestacional nos contratos por prazo determinado, o mesmo inovou em uma decisão em que condena um empregador a arcar com a indenização referente a estabilidade gestacional, mesmo tendo a empregada conseguido um novo emprego, vejamos:

Gestante demitida receberá indenização mesmo tendo conseguido novo emprego

Uma cozinheira demitida durante a gravidez pela Refeições ao Ponto Ltda., de Gravataí (RS), teve reconhecido o direito à indenização equivalente ao período de estabilidade provisória, mesmo tendo conseguido outro emprego logo após a dispensa. De acordo com a Sétima Turma do Tribunal Superior do Trabalho, não há enriquecimento sem causa nem ofensa a princípios no fato de a trabalhadora receber a indenização estabilitária do antigo empregador e ter usufruído a licença maternidade, sem prejuízo do seu salário, no novo contrato de trabalho.

A cozinheira engravidou durante o contrato de experiência e foi demitida sem justa causa. Dois meses após a demissão, conseguiu novo emprego e, quatro meses depois, apresentou reclamação trabalhista contra o ex-empregador cobrando a indenização pelo período da estabilidade provisória. Como a empresa ofereceu a reintegração e ela não aceitou, por já estar usufruindo da licença maternidade, o juiz de origem negou o pedido, entendendo que o objetivo da estabilidade da gestante é a manutenção do emprego. Em recurso ordinário, a cozinheira sustentou que o fato de ter conseguido colocação em outra empresa apenas demonstrou a sua imperiosa necessidade de trabalhar, ainda mais em estado gravídico.

No entanto, o Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região (RS) manteve a sentença.

Em recurso de revista, a empregada alegou que a garantia constitucional da estabilidade tem por objetivo a proteção ao direito do nascituro, e que o direito à indenização não está atrelado à reintegração.

O ministro Douglas Alencar, relator do caso, destacou que o Regional não concedeu a máxima efetividade à garantia constitucional da melhoria da condição social da trabalhadora, ofendendo o artigo 10, inciso II, alínea "b" do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT). "Se o empregador violar essa garantia e dispensar a empregada gestante, a sanção a ser aplicada é a reintegração ou a indenização supletiva", enfatizou, determinando o pagamento da indenização, no valor do último salário, a partir da dispensa até cinco meses após o parto.

A decisão foi unânime e, após a publicação do acórdão, o restaurante opôs embargos declaratórios, ainda não examinados.

(Paula Andrade/CF)

Processo: RR-300-92.2012.5.04.0231

O TST possui oito Turmas julgadoras, cada uma composta por três ministros, com a atribuição de analisar recursos de revista, agravos, agravos de instrumento, agravos regimentais e recursos ordinários em ação cautelar. Das decisões das Turmas, a parte ainda pode, em alguns casos, recorrer à Subseção I Especializada em Dissídios Individuais (SBDI-1).

É possível observar que a decisão do TST ao conceder a indenização a gestante, mesmo tendo **constatado que após a demissão a gestante se restabeleceu no mercado de trabalho e usufruiu da licença maternidade** acaba trazendo alguns contrapontos da própria norma, conforme veremos mais adiante.

Primeiramente, no caso relatado acima, a gestante engravidou no contrato a termo (prazo determinado – experiência), vindo a ser demitida mesmo gestante. No segundo momento, os fatos mostram que a gestante se inseriu novamente no mercado de trabalho, tendo o nascituro todas as suas garantias asseguradas pelo novo emprego.

Ora, de que serve o contrato de experiência, se não para verificar a qualidade e o perfil daquele funcionário para que após análise verifique se o mesmo tem capacidade para ocupar o cargo/vaga disponível? Como pode um fato modificar a essência jurídica de um contrato?

Em contrapartida a decisão acima supracitada do TST que teve origem no TRT da 4ª Região – Rio Grande do Sul, houve uma decisão totalmente diferente no TRT da 1ª Região – Rio de Janeiro, onde a 9ª Turma do TRT rejeitou o pedido de reconhecimento da garantia de emprego devido a gestação ter ocorrido no contrato

de aprendizagem, contrato este que as partes possuem ciência prévia a respeito da natureza precária do pacto.

A reclamação trabalhista, processo nº 0010802-73.2014.5.01.0241, tem como parte ativa do processo, uma ex-funcionária de uma empresa do ramo de telemarketing, sendo que a mesma ingressou com a ação, alegando ter estabilidade no emprego por estar grávida, mesmo tendo ciência de que o contrato celebrado foi um contrato por prazo determinado - aprendizagem, ou seja, um contrato onde o término já estava previamente fixado.

Em sentença, o juízo da 1ª Vara do Trabalho de Niterói rejeitou o pedido. Interposto recurso ordinário pela reclamante ao TRT-1, a desembargadora Cláudia de Souza Gomes Freire, relatora do recurso, após análise, decidiu que a sentença não merecia reforma.

Segundo a nobre julgadora, quando o contrato é a termo, as partes têm ciência da data inicial e final que rege o contrato, o que inviabiliza nesse sentido a garantia de emprego ou a estabilidade provisória. A ilustríssima julgadora trouxe a baila, ainda, que o contrato a termo a que se refere o inciso III da Súmula 244 do Tribunal Superior do Trabalho é aquele que poderá vir a ser transmutado para indeterminado, o que não se caracteriza na hipótese do contrato de aprendizagem, conforme previsão do artigo 428 da CLT. Nesse sentido, os desembargadores da 9ª Turma acompanharam o voto por unanimidade.

Segue abaixo o acórdão na íntegra:

PODER JUDICIÁRIO JUSTIÇA DO TRABALHO TRIBUNAL
REGIONAL DO TRABALHO DA 1ª REGIÃO

PROCESSO nº 0010802-73.2014.5.01.0241 (RO)

A C Ó R D ã O

9ª T U R M A

Contrato por prazo determinado. Estabilidade gestante. A gravidez constatada durante o contrato de aprendizagem não ampara o direito à estabilidade provisória, dada a natureza precária do pacto com ciência prévia das partes a respeito.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso ordinário em que são partes: LETICIA MATTOS DE CARVALHO (Dr. CARLOS FERNANDO BARBOSA DAS NEVES - OAB: RJ0136597-D) como recorrente e CONTAX MOBITELE S.A. (Dra. GRAZIELLA FAILLACE - OAB: RJ0110724-D), como recorrida.

Inconformada com a r. sentença de ID 2db8ce6, lavrada pela Exm^a JUÍZA ROBERTA LIMA CARVALHO, da 1^a Vara do Trabalho de Niterói, recorre a demandante (ID 4f029ce) visando à reforma do julgado para reconhecimento da estabilidade gestacional e direitos acessórios. Postula, ainda, indenização por danos morais entendendo tratar-se de dispensa discriminatória conforme art. 4º da Lei nº 9.029/95. Custas e depósito recursal dos quais foi dispensada pelo Juízo. Contrarrazões (ID 4d71982).

Deixo de encaminhar os autos ao douto Ministério Público do Trabalho, pois não configuradas quaisquer das hipóteses previstas no art. 85, I, do Regimento Interno, do E. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região.

É o relatório.

FUNDAMENTAÇÃO DO CONHECIMENTO

Conheço do recurso ordinário por preenchidos os pressupostos legais de admissibilidade.

MÉRITO - DA ESTABILIDADE DA GESTANTE NO CONTRATO DE APRENDIZAGEM

A reclamante alega ser estável no emprego em razão do seu estado gravídico, pouco importando tratar-se de hipótese de contrato de aprendizagem, requerendo a reforma da sentença para sua reintegração. No que concerne à gravidez constatada durante o contrato de aprendizagem, o fato não lhe ampara a pretensão quanto à estabilidade provisória, reintegração ou mesmo à indenização substitutiva do período estável. Isto porque, no contrato a termo, as partes têm ciência prévia da natureza precária do pacto, o que inviabiliza, por inconciliável, a garantia de emprego ou estabilidade provisória, princípios específicos dos contratos por prazo indeterminado, nos próprios termos extraídos da *lex fundamentalis*. Observe-se que há expressa referência de vedação à dispensa, o que, em regra, não acontece nos contratos por prazo determinado, pois nestes não há dispensa, tratando-se da hipótese de extinção natural do contrato por atingido o seu termo. Não bastasse, restaria inaplicável o disposto no item II, do art. 10, dos ADCT (art. 7º, I, da CF/1988), tendo em conta que não se pode reputar arbitrário ou injusto o ato rescisório. Por fim, o contrato a termo a que se refere o inciso III da súmula 244 do C. TST é aquele que poderá vir a ser transmutado para indeterminado, o que não se coaduna com a hipótese da aprendizagem (art. 428 da CLT), tampouco se alinha com o prazo fixado no § 3º do referido dispositivo.

Nega-se provimento.

DO DANO MORAL. INDENIZAÇÃO

Tratando-se de pretensão vinculada ao pedido de estabilidade gestante, não há o que falar, logicamente, na sua satisfação pelo Juízo.

Nega-se provimento.

CONCLUSÃO

Pelo exposto, CONHEÇO do recurso para, no mérito, NEGAR-LHE PROVIMENTO, nos termos da fundamentação supra.

A C O R D A M os Desembargadores que compõem a 9ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, por unanimidade, nos termos da fundamentação do voto da Exma. Sra. Relatora, CONHECER do recurso e, no mérito, por maioria, NEGAR-LHE PROVIMENTO. Restou vencida a Presidência que dava parcial provimento para reconhecer a garantia à gestante, nos termos do inciso III, da Súmula 244, do C. TST. Rio de Janeiro, 03 de novembro de 2015. CLAUDIA DE SOUZA GOMES FREIRE Desembargadora Relatora.

É possível observar que a decisão da Desembargadora Claudia de Souza Gomes Freire foi extremamente coerente, visto que, os termos do artigo 10, II, b, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) não traz nenhuma garantia de emprego ou estabilidade provisória a gestante, quando se trata de contrato por prazo determinado. No que pese existir uma ressalva feita quanto à aplicabilidade da Súmula do TST, vale destacar que Desembargadora Claudia de Souza vê como um grande equívoco, onde a conclusão é totalmente destorcida da real intenção do legislador.

A garantia provisória de emprego da gestante está prevista no art. 10, inciso II, alínea “b”, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT, que traz:

Artigo 10. Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o artigo 7º, I, da Constituição:

I - fica limitada a proteção nele referida ao aumento, para quatro vezes, da porcentagem prevista no artigo 6º, *caput* e parágrafo 1º, da Lei 5.107, de 13 de setembro de 1966;

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

a) omissis;

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

É possível observar que o intuito do legislador é a garantia de emprego da gestante contra uma possível dispensa arbitrária ou imotivada, que ocorre por meio de ato unilateral do empregador. Contudo, analisando por tal vertente, a contratação de determinada empregada na modalidade de contrato por prazo determinado, sendo tal modalidade admitida pelo ordenamento jurídico brasileiro, não poderia dar ensejo à garantia gestacional, pois não há demissão arbitrária e/ou sem justa causa.

Artigo 443 da CLT. O contrato individual de trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito e por prazo determinado ou indeterminado.

Parágrafo 1º. Considera-se como de prazo determinado o contrato de trabalho cuja vigência dependa de termo prefixado ou da execução de serviços especificados ou ainda da realização de certo acontecimento suscetível de previsão aproximada.

Parágrafo 2º. O contrato por prazo determinado só será válido em se tratando:

- a) de serviço cuja natureza ou transitoriedade justifique a predeterminação do prazo;**
- b) de atividades empresariais de caráter transitório;**
- c) de contrato de experiência.**

O ilustríssimo doutrinador Maurício Godinho Delgado (2005, p. 535), traz que as partes que pactuarem o contrato de trabalho por prazo determinado devem ter afastado a incidência das garantias de emprego, pois do contrário significaria a alteração do ajuste eficaz e legalmente válido, transformando o mesmo em contrato por prazo indeterminado. Vejamos:

Os contratos a termo propiciam parcelas rescisórias mais restritas em favor do empregado, se comparadas àquelas características aos contratos indeterminados no tempo (...)

Ciente de que os contratos a termo não atendem aos objetivos básicos do Direito do Trabalho, a legislação busca restringir ao máximo suas hipóteses de pactuação e de reiteração no contexto da dinâmica justralhista. Contudo, caso licitamente pactuados, não retira o ramo justralhista as consequências próprias e específicas a esse modelo de contratação empregatícia.

Entre tais consequências está aquela que informa que, nos contratos a prazo, os institutos da interrupção e suspensão contratuais não produzem os mesmos efeitos típicos aos contratos indeterminados (...)

Os mesmos fundamentos inviabilizam, efetivamente, conferir-se incidência às garantias de emprego no âmbito dos contratos a prazo. A prefixação de um termo final ao contrato, em hipóteses legalmente já restringidas, torna incompatível o posterior acoplamento de uma consequência legal típica de contratos de duração incerta – e que teria o condão de indeterminar o contrato, alargando o lapso contratual por período licitamente pactuado.

Logo, é possível constatar que, na ótica de Maurício Godinho, uma vez encerrada a relação de trabalho no prazo previamente ajustado entre as partes para tanto, não há que se falar em dispensa arbitrária ou sem justa causa, mas sim de uma extinção do contrato pelo decurso do tempo já ajustado anteriormente.

A jurisprudência do colendo TST, por muito tempo, foi no sentido de que firmado um contrato de trabalho a prazo determinado e rescindido no prazo previamente fixado, não haveria que se falar em garantia de emprego para a gestante, visto que a extinção contratual não decorreu de um ato arbitrário.

Contudo, no ano de 2012 com o suporte de uma decisão do Supremo Tribunal Federal, o Tribunal Superior do Trabalho, em sua sessão plenária, fez uma mudança radical/extrema em sua jurisprudência sumulada, alterando a redação do item III de sua Súmula 244:

Súmula 244 do TST. GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. (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 artigo 10, inciso II, alínea "b", do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado.

Tal decisão acaba sendo o tanto quanto contraditória, uma vez que a previsão sempre foi no sentido de que a empregada gestante contratada a prazo determinado não teria garantia no emprego, **vez que esse mesmo dispositivo (artigo 10, II, alínea b do ADCT) constitucional condiciona a garantia à ocorrência de dispensa arbitrária ou sem justa causa.**

Nesse sentido, será que a nova interpretação do TST considera a extinção de contrato por prazo **determinado** uma dispensa imotivada ou discricionária?

É possível observar que **tal atitude implica diretamente no ato jurídico perfeito**, à imutabilidade das cláusulas contratuais, ao primado da legalidade, e à hierarquia das normas constitucionais.

O artigo 468 da CLT, traz:

Art. 468 - Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia (grifo nosso).

Observe que o artigo é claro com relação a qualquer alteração no contrato de trabalho, sendo que tais alterações só podem ocorrer por mútuo consentimento (empregado e empregador), ou seja, se as partes acordam um contrato de experiência, e a gestante vem a engravidar neste período, é possível observar que a inovação do TST, o contrato acaba sendo alterado independente do mútuo consentimento entre as partes.

O artigo 468 não deixa qualquer dúvida de que só é lícita a alteração das respectivas condições (do contrato de trabalho) por mútuo consentimento. Nesse sentido, será que pode o TST legislar ou criar uma interpretação totalmente distorcida do legislador?

Importante trazer à baila a informação de que o TST no ano de 2012 alterou e acrescentou dispondo no inciso III do artigo 10 do ADCT, o qual afirma que a gestante teria garantia do trabalho, mesmo no contrato temporário, fundamentando-se na jurisprudência do STF totalmente inespecífica e inaplicável à hipótese de garantias de emprego em contratos a prazo determinado, nesse sentido, analisaremos o trecho a seguir:

Estabelece o artigo 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 à tutela do nascituro.**

A matéria já se encontra pacificada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que tem se posicionado no sentido de que as empregadas gestantes, 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, conforme o artigo 7º, XVIII, da Constituição e o artigo 10, II, "b", do ADCT.

Neste sentido cito os seguintes precedentes:

CONSTITUCIONAL. LICENÇA-MATERNIDADE. CONTRATO TEMPORÁRIO DE TRABALHO. SUCESSIVAS CONTRATAÇÕES. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. ART. 7º, XVIII, DA CONSTITUIÇÃO. ART. 10, II, b, DO ADCT. RECURSO DESPROVIDO. **A empregada sob regime de contratação temporária tem direito à licença-maternidade, nos termos do art. 7º, XVIII, da Constituição e do art. 10, II, b, do ADCT, especialmente quando celebra sucessivos contratos temporários com o mesmo empregador.** Recurso a que se nega provimento. (RE 287.905/SC, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Órgão Julgador: Segunda Turma, Publicação DJ 30/06/2006)

O TST baseou a alteração sumular nas decisões do Supremo Tribunal Federal, entretanto, vale destacar que as decisões do STF que julgaram casos de servidoras que celebrava sucessivos contratos temporários com o mesmo empregador, enquanto que a alteração do TST na respectiva súmula trata de contrato por prazo determinado extinto pelo decurso do prazo previamente ajustado entre as partes.

Nesse sentido, alguns desembargadores como Claudia de Souza Gomes Freire vêem a nova redação do item III, como uma ofensa direta a diversos dispositivos constitucionais, a começar, inclusive, pelo próprio artigo 10, II, *b*, do ADCT. Ora, a imutabilidade das cláusulas no contrato é um direito também do empregador, previsto na CLT, devendo ser protegido, tendo como base, inclusive, com o disposto no artigo 5º, incisos II e XXXVI, da Carta Magna:

Artigo 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; [...] **XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada (grifo nosso).**

Importante esclarecer aqui que o legislador não escreve palavras sem correlação com a lei e muito menos silencia-se em vão. Neste sentido, verifica-se que quando o legislador editou a norma de Lei nº 12.812/2013, e acresceu à CLT o artigo 391-A e não conferiu nenhuma garantia de emprego à gestante que firmara um contrato por prazo determinado. Vejamos:

Artigo 391-A da CLT. A confirmação do estado de gravidez advindo no curso do contrato de trabalho, ainda que durante o prazo do aviso prévio trabalhado ou indenizado, garante à empregada gestante a estabilidade provisória prevista na alínea b do inciso II do artigo 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Neste sentido, fica evidente que a súmula 244, inciso III, ofende diretamente o artigo 5º, incisos II e XXXVI, da Constituição Federal, artigo 10, inciso II, alínea "b", do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, e os artigos 443, *caput* §§ 1º e 2º, e 445, parágrafo único, ambos da Consolidação das Leis do Trabalho, além de ir de encontro ao princípio da segurança jurídica que deve ser respeitado.

Faz-se necessário mencionar, novamente, que a antiga Orientação Jurisprudencial 196, de 08/11/2000 trazia o que segue:

(Antiga redação) Súmula 244. Gestante. Estabilidade provisória. (...) 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 196 — Inserida em 08/11/2000).

A OJ (Orientações Jurisprudenciais) 196 trazia o entendimento perfeito, principalmente porque interpretava exatamente o que o legislador queria trazer com suas normas. Tal entendimento era convergente com a doutrina trabalhista, com os dispositivos constitucionais e legais aplicáveis ao tema e principalmente, com os princípios que regem o contrato de trabalho.

Sem sombra de dúvida, as jurisprudências e as súmulas que surgem no decorrer do dia a dia são de extrema importância, uma vez que através de muitos documentos como estes é que muitos direitos são conquistados e bens são tutelados. Entretanto, é necessário analisar sempre caso a caso e refletir até onde uma súmula ou decisão judicial pode chegar, pois muitas vezes essas “conquistas” acabam dando uma interpretação totalmente diferente do que o legislador tentou trazer e do que prevê a nossa Constituição Federal.

Portanto, necessário se faz ainda analisar caso a caso e verificar até onde a nova redação da súmula 244 do TST, tem sido imparcial e principalmente, coerente com as demais leis vigentes no nosso ordenamento jurídico.

A nova interpretação que assegura a gestante a garantia do emprego em contratos por prazo determinado, não só vai de frente com algumas leis inseridas na nossa Carta Magna, bem como abre diversas brechas para a litigância de má-fé quando visto o novo inciso III da súmula 244 TST, de forma taxativa, não analisando assim, caso a caso.

Nesse sentido, esta monografia tem como intuito demonstrar “os dois lados da moeda”, ou seja, se faz necessário analisar a garantia gestacional no contrato de trabalho pela perspectiva da gestante e principalmente do nascituro, bem como é fundamental ponderar e avaliar o outro no que diz respeito principalmente ao princípio da segurança jurídica, bem como o princípio da boa-fé objetiva que está

interligado ao princípio do uso não abusivo do direito, e conseqüentemente o princípio da primazia da realidade.

Assim, daremos continuidade as pesquisas com relação a gestação/garantia de emprego, os princípios que devem reger este contrato e alguns estudos de casos que devem ser analisados e refletidos.

4 Estabilidade Gestacional x Princípio da boa-fé e da Segurança Jurídica

4.1 Princípio da Boa-fé Objetiva

Este capítulo tem como objetivo abordar o princípio da boa-fé frente à teoria geral do contrato, tendo como consequência a análise do princípio da boa-fé e a garantia gestacional nos contratos por prazo determinado.

A doutrinadora Soares (2008, p.82) destaca em sua obra *“A boa-fé objetiva e o inadimplemento do contrato”* a importância do princípio da boa-fé objetiva, demonstrando que o princípio tem como equiparação as normas de conduta do indivíduo, que determina como o cidadão deve agir.

Vale destacar, ainda, que o princípio da boa-fé objetiva deve ser aplicado na relação contratual, com o intuito de proteger as partes que celebraram aquele contrato.

Após essa breve síntese do que sugere a boa-fé objetiva na visão da autora, se faz necessário demonstrarmos este princípio na visão de diversos autores.

Nesse sentido, a doutrinadora Soares (2008) conceitua boa-fé objetiva da seguinte forma:

A boa-fé como um dever de conduta, é um dever de agir de acordo com determinados padrões socialmente recomendados, de correção, lisura e honestidade, para não frustrar a confiança legítima da outra parte. A boa-fé objetiva possui dois sentidos diferentes: um sentido negativo e um positivo. O primeiro diz respeito à obrigação de lealdade, isto é, de impedir a ocorrência de comportamentos desleais; o segundo, diz respeito à **obrigação de cooperação entre os contratantes, para que seja cumprido o objeto do contrato de forma adequada, com todas as informações necessárias ao seu bom desempenho e conhecimento**, como se exige, principalmente, nas relações de consumo (grifo nosso). (SOARES, 2008, p. 34).

É possível observar que a boa-fé tem como base o respeito, a honestidade entre as partes e principalmente a cooperação, para que seja respeitado o objeto do contrato, para o bom e fiel desempenho do que foi anteriormente ajustado/acordado.

Já Miguel Reale (2003, p. 73), conceituou a boa-fé objetiva como segue:

Condição essencial a ética jurídica, caracterizando-se pela probidade dos seus participantes. A boa-fé é forma de conduta e norma de comportamento, sendo ainda um “cânone hermenêutica, integrativo do contrato; como norma de limitação ao exercício de direitos subjetivos.

O conceito de Reale destaca ainda a limitação ao exercício do direito subjetivo, destacando que a boa-fé deve estar inserida no comportamento e na conduta que rege o contrato firmado entre as partes.

No entender de Caio Mário Pereira (2015, p.18-19) ainda com relação a boa-fé:

A boa-fé objetiva não diz respeito ao estado mental subjetivo do agente, mas sim o seu comportamento em determinada relação jurídica de cooperação. **O seu conteúdo consiste em um padrão de conduta, variando as suas exigências de acordo com o tipo de relação existente entre as partes.** A boa-fé objetiva não cria apenas deveres negativos, ela também cria deveres positivos, já que **exige que as partes tudo façam para que o contrato seja cumprido conforme o previsto, e para que ambas obtenham o proveito objetivado.** O agente deve fazer o que estiver ao seu alcance para colaborar para que a outra parte obtenha o resultado previsto no contrato, ainda que as partes assim não tenham que sacrificar interesses legítimos próprios. A boa-fé objetiva serve como elemento interpretativo do contrato, como elemento de criação de deveres jurídicos, dever de correção, de cuidado e segurança, de informação, de cooperação, de sigilo, de prestar contas e até como de limitação e ruptura de direitos.

Após ter discorrido sobre a questão da boa-fé objetiva é possível concluir que o Princípio da Boa-fé Objetiva tem como escopo a honestidade das partes no contrato pactuado, bem como no cumprimento das obrigações que foram previamente estabelecidas.

O princípio da boa-fé objetiva se diferencia um pouco do princípio da boa-fé subjetiva, enquanto a primeira está ligada a um princípio geral que estabelece um percurso a ser seguido nos negócios jurídicos, incluindo as normas de condutas que devem ser seguidas pelas partes, a boa-fé subjetiva é conhecida como boa-fé crença, isto porque, diz respeito a substâncias psicológicas internas do agente.

Logo, vimos que avaliar a boa-fé objetiva é muito mais simples que observarmos e julgarmos a boa-fé subjetiva, uma vez que a boa-fé objetiva esta interligada a fatos externos, sendo facilmente apontado e até mesmo enumerado. Enquanto a boa-fé subjetiva está interligado a questões internas de cada agente, onde o juiz, na sua aplicação, terá de se pronunciar sobre o estado de ciência ou de ignorância do sujeito, sendo essa avaliação muito mais complexa.

Nesse sentido, após verificarmos o posicionamento de alguns doutrinadores sobre a boa-fé objetiva, seguiremos aprofundando um pouco mais sobre o princípio da boa-fé subjetiva.

4.2 Princípio da Boa-Fé Subjetiva

Neste tópico, daremos continuidade ao conceito do princípio da boa-fé subjetiva, que diferencia um pouco do conceito de boa-fé objetiva abordado anteriormente. Assim, Soares (2008, p. 80), em sua obra discorre sobre o conceito de boa-fé subjetiva:

A boa-fé subjetiva é entendida como um estado de espírito, estado de consciência, como o conhecimento ou desconhecimento de uma situação, fundamentalmente psicológica, ou seja, deve-se considerar a intenção do sujeito. Como se vê, a boa-fé subjetiva é considerada como a concepção na qual o sujeito ignora o caráter ilícito de seu ato.

Pode concluir-se que para analisar a boa-fé subjetiva será necessário observar a real intenção do sujeito, ou seja, ao verificar a prática de determinado ato, será preciso averiguar se o agente daquele ato tinha conhecimento da ilicitude praticada e mesmo assim o fez, ou se ao praticar determinado ato, o sujeito acreditava que a sua ação era lícita e correta.

Para Kümpel (2008, p.27) o conceito de boa-fé objetiva corresponderia

A boa-fé subjetiva, como o próprio nome diz, é uma situação interior da pessoa, um estado psicológico, em que ele crê estar agindo de forma correta. Na realidade, a pessoa está agindo de forma irregular e lesando o direito de outrem. A boa-fé subjetiva está fundada em uma ignorância ou mesmo em um erro sobre a verdadeira situação jurídica. A pessoa é levada a crer na juridicidade de sua conduta. Assim, tem-se um estado psicológico de absoluta credibilidade da pessoa, que desconhece as

circunstancias do ato praticado. Esse estado psicológico serve para a aquisição de direitos. Muitos são os institutos em que se verifica a presença da boa-fé subjetiva, podendo ser destacados: a posse (arts. 1.214, 1.217 e 1.219, todos do Código Civil Brasileiro atual); o usucapião (art. 1.242 do C.C); o casamento (art. 1.561 do C.C), entre varias outras hipóteses. O estado do sujeito é caracterizado como um mero desconhecimento ou ignorância de certos fatos, porém, também, como um desconhecimento sem culpa ou uma ignorância desculpável (grifo nosso).

É possível observar que o posicionamento quanto a boa-fé subjetiva de Kümpel é o mesmo da autora Soares, ambos conceituam a boa-fé subjetiva como um estado psicológico, onde o indivíduo crer estar agindo de forma coerente, acreditando muitas vezes que não estar infringindo nenhuma norma.

Desta forma, identificar a boa-fé subjetiva é bem mais difícil e delicado do que identificar a boa-fé objetiva. Após sanadas as diferenças das questões objetiva para a subjetiva, e entendermos melhor sobre o que seria o Princípio da Boa-Fé e como este princípio é importantíssimo na relação do contrato de trabalho, será interessante entendermos um pouco mais deste princípio no contrato de trabalho X a garantia de emprego da gestante.

4.3 Garantia Gestacional no Contrato de Trabalho e o Princípio da Boa-Fé

Conforme já debatido em tópicos anteriores, a empregada gestante tem garantia de emprego desde a concepção da gravidez até 05 (cinco) meses após o parto. Como mencionado anteriormente, essa garantia gestacional, surgiu com o intuito de proteger a gestante e o nascituro, uma vez que muitos empregadores, após descobrirem que determinada funcionaria encontrava-se grávida, acabava por demiti-la, pois sabia que a mesma ficaria afastada durante 120 dias, por conta da licença maternidade e ademais, acreditava-se que o desempenho daquela funcionaria poderia diminuir, caindo assim a produtividade do trabalho e etc.

Nesse sentido, na prática, ficou constatado que haviam diversas demissões “arbitrarias e sem justa causa”, onde ficava evidente que a demissão só ocorria pelo estado gravídico da empregada, surgindo assim a necessidade de tutelar essas gestantes/nascituros, estabelecendo através da legislação trabalhistas a garantia de emprego gestacional no contrato de trabalho.

Entretanto, o artigo 10 do ADCT juntamente com a antiga súmula 244 só previa a estabilidade provisória da gestante, para coagir a demissão arbitrária ou sem justa causa pelo empregador. Com o decorrer dos anos, essa estabilidade/garantia de emprego, ampliou-se ainda mais, passando a garantir a estabilidade, também, em contratos por prazo determinado e na concepção da gestação no aviso prévio.

Ora, se o contrato era a termo, como já discutido exaustivamente nessa monografia, não há que se falar em demissão sem justa causa e/ou arbitrária, uma vez que a demissão só ocorreu pela natureza do contrato que previamente foi ajustado por ambas as partes.

Essa nova redação da súmula 244, III do TST - garantindo a estabilidade gestacional nos contratos a termos, além de “ferir” claramente a natureza do contrato, traz uma desestabilidade e desequilíbrio no que diz respeito à segurança jurídica, uma vez que distorce totalmente a base e característica daquele contrato.

Contudo, como mencionado, essa questão já foi bastante abordada nessa monografia, e neste momento surge uma outra grande questão, que seria a amplitude desta nova regra, frente ao princípio da boa-fé objetiva, pois como veremos em alguns julgados, essa ampliação da norma, deu margens para muitas gestantes abusarem do direito e desrespeitarem o princípio da boa-fé objetiva.

4.3.1 Julgados

No decorrer desta monografia ficou demonstrado que as gestantes nem sempre tiveram tutelado os direitos que tem nos dias atuais. A garantia de emprego e a licença maternidade de 120 dias surgiram com o decorrer do tempo.

Apesar das gestantes terem conquistados diversos direitos, vale destacar que, existem grandes divergências entre diversos juristas e doutrinadores a respeito da “amplitude desses direitos tutelados”, uma vez que primordialmente a garantia surgiu para proteger a gestante e o nascituro de uma demissão sem justa causa e/ou uma demissão arbitrária.

Contudo, no ano de 2012 esses direitos foram ampliados, garantindo essa estabilidade também nos contratos por prazo determinado, surgindo nesse momento diversos posicionamentos e indagações, uma vez que no contrato por prazo determinado, como já estudado em tópicos anteriores, não há uma demissão

arbitraria, visto que as partes pactuaram o prazo de duração daquele contrato de trabalho.

Entretanto, com as ampliações de tais direitos, surge também o abuso do direito e em diversos casos a má-fé da gestante. Vários julgados demonstram que o empregador demitiu determinada funcionaria sem saber que a mesma encontrava-se gestante e, em vez da funcionaria comunicar o empregador de imediato a sua gestação, optou em receber as verbas rescisórias, sacar o FGTS e a multa rescisória, usufrui de todo o seguro desemprego e, só após cessar tais benefícios, a ex-funcionária pleiteia na Justiça do Trabalho, requerendo o direito ao recebimento do período de estabilidade provisória, pois alega que desde a demissão que encontrava-se gestante. Ora, este tipo de comportamento é deplorável e imoral, uma vez que o intuito do legislador jamais foi garantir uma remuneração sem uma contraprestação, o intuito da lei não é premiar quem quer que seja, muito menos a gestante, com o melhor dos dois mundos. Logo, receber toda uma indenização e seguro desemprego para só depois comunicar o empregador sobre a gestação e requerer os salários do período de estabilidade, sem trabalhar um só dia, é inadmissível.

Esse tipo de comportamento ocorre constantemente e o Tribunal Superior do Trabalho, mesmo constatando o ocorrido acima, tem julgado esta conduta que configura nitidamente a má-fé como uma conduta irrelevante, vez que no ponto de vista dos julgadores tais atitudes não geram a perda do direito a estabilidade.

Entretanto, alguns julgadores já têm visto essa atitude com maus olhos e tem julgado de forma bastante coerente, analisando caso a caso e indeferindo o pleito de indenizações a título da garantia gestacional, quando configurado a má-fé ou o abuso do direito da ex-funcionária.

Nesse sentido, vejamos alguns julgados que tiveram indeferidos os pedidos de indenização da estabilidade gestacional:

RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI 13.015/2014. PROCEDIMENTO SUMARÍSSIMO – GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. INDENIZAÇÃO SUBSTITUTIVA. MÁ-FÉ. Tendo em vista a conduta desleal da reclamante, que, sem dúvida, deixou de observar o princípio da boa-fé, uma vez que, apesar de ter tomado conhecimento do seu estado gravídico em momento posterior ao término do contrato de trabalho, quedou-se silente até o ajuizamento da presente reclamação em que se pleiteia

somente a indenização substitutiva do período de estabilidade, com projeção do término na data provável do parto, ainda que plenamente possível a sua reintegração, não há como aplicar o entendimento jurisprudencial desta Corte consubstanciado na Súmula 244, I, do TST. Recurso de revista não conhecido. (RR – 957-27.2014.5.08.0013, Relator Ministro: Márcio Eurico Vitral Amaro, Data de Julgamento: 26/10/2016, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 28/10/2016)

RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 13.015/2014 – ESTABILIDADE PROVISÓRIA – GESTANTE – CONHECIMENTO PELA RECLAMANTE DA CONCEPÇÃO NO CURSO DO AVISO PRÉVIO SEM A RESPECTIVA COMUNICAÇÃO AO EMPREGADOR Inaplicável, à espécie, o entendimento da Súmula nº 244, I, do TST, em razão da conduta da Reclamante que, deixando de observar o princípio da boa-fé, de que trata o art. 422 do CC, omitiu do empregador, a sua gravidez, no curso do aviso prévio. Recurso de Revista não conhecido. (RR – 11506-87.2013.5.18.0002 , Relatora Ministra: Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Data de Julgamento: 17/08/2016, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 09/09/2016)

Os dois Recursos de Revistas acima transcritos demonstram que tanto o Ministro Márcio Eurico quanto a Ministra Maria Cristina não conheceram do recurso interposto pela reclamante/gestante, por observar que a mesma desrespeitou o princípio da boa-fé, agindo, portanto, de forma desleal.

Ainda com relação ao Recurso de Revista não conhecido de nº 11506-87.2013.5.18.0002 que teve como Relatora a Ministra Maria Cristina, a turma destacou o seguinte trecho:

[...] Ocorre que é imperioso, na situação em destaque, que o aplicador do direito recorra ao distinguishing (o caso concreto em julgamento apresenta particularidades que não permitem aplicação do entendimento da jurisprudência consolidada na matéria). Utilizando-se de referida técnica, observo que a previsão contida na Súmula nº 244 do Col. TST, relativa ao desconhecimento do estado gravídico, não se confunde com o conhecimento do estado gestacional pela demandante, no curso da avença, **e consequente omissão dolosa de comunicação do estado gravídico por ocasião da dispensa imotivada.** São situações completamente distintas, o que afasta a incidência do verbete citado. **(Grifo nosso)**

[...] Não se pode ter como tolerável silêncio voluntário de empregada da condição gestacional quando do rompimento do contrato, sem nada comunicar ao empregador, para depois de passados meses de findo o pacto vir ao Judiciário pleitear reintegração ou indenização substitutiva. Quem quer trabalhar efetivamente e garantir sustento à prole, que está por vir, suplica a continuidade do liame empregatício,

fonte de renda, ao empregador. O silêncio da reclamante foi, sem sombra de dúvida, por demais eloquente; nele infere-se ausência de interesse em manter o vínculo empregatício, porquanto omitiu dolosamente o estado gravídico no ato da ruptura. É bem verdade que ela não tinha dever de comunicar a gravidez ao empregador no ato do rompimento, se, contudo, de fato, não mais tivesse interesse na prestação de serviços. Outra é a hipótese que dos autos emerge, pois **o silêncio(repito, mais uma vez, a empregada tinha conhecimento da gravidez no momento de ruptura contratual), meses depois, se mostrou, na realidade, verdadeiro ardil, já que muito cômodo à reclamante alegar direito à estabilidade provisória para receber salários, sem que tenha disponibilizado ao ente patronal sua força de trabalho enquanto podia, antes do parto.** (Grifo nosso)

Ora, é inaceitável que atitudes como essa acima relatada, onde fique comprovado a omissão dolosa por parte da gestante (seja com a intenção de receber sem trabalhar, ou para ter acesso ao saque do FGTS + multa rescisória e quiçá se habilitar no seguro desemprego) sejam admitidas no mundo jurídico.

Conforme mencionado anteriormente, a legislação nunca teve a intenção de premiar a gestante com uma indenização, com escopo de que fosse facultativo continuar trabalhando.

O legislador quis tutelar a gestante no sentido de que o empregador não demitisse suas funcionárias pelo simples fato das mesmas encontrarem gestantes, para que a demissão não fosse discriminatória e arbitrária.

Nesse sentido, sempre que ficar configurado o abuso do direito e a má-fé por parte da gestante, tal atitude deve ser vedada e futuras reclamações trabalhistas nesse sentido devem ser indeferidos, pois somente assim poderemos ter justiça e até mesmo segurança jurídica no contrato de trabalho.

5 Considerações Finais

Diante do exposto, observou-se que a estabilidade provisória, de acordo com a legislação atual, aplica-se a todas as empregadas gestantes, ainda que admitidas mediante contrato por prazo determinado, incluindo neste rol o contrato de experiência. Um grande avanço e modernização da legislação trabalhista no Brasil.

Constatou-se ainda que esta garantia de estabilidade no contrato de trabalho por tempo determinado visa a proteger não apenas a empregada grávida como também o nascituro, estendendo esta garantia a terceiros que detiverem a guarda do menor no caso de falecimento da genitora.

Ocorre que estes avanços na legislação vigente agregam um leque de desvantagens ao empregador, que se obriga a assumir encargos e despesas e muitas vezes a manter uma empregada sem a mínima aptidão para as funções de sua empresa.

Ressaltou-se que a alteração da súmula 244 pelo Tribunal Superior do Trabalho não foi justa com o empregador, uma vez que obriga o empregador a manter em seu quadro funcional uma empregada que estava apenas em período de experiência, indo de encontro às necessidades de avaliação do empregador. O período de experiência serve, justamente, para verificar a adaptação e competência do empregado para a vaga disponível.

Assim, se a rescisão do contrato de trabalho ocorrer por desconhecimento do estado gravídico por parte do empregador ou até mesmo da própria trabalhadora, o direito ao pagamento da indenização não usufruída está garantido.

Entretanto, apesar da súmula 244 ter inovado no ano de 2012, trazendo essa garantia gestacional, inclusive para os contratos de experiência, por prazo determinado e no decorrer do aviso prévio, alguns julgadores começaram a observar que tal ampliação fere diretamente o princípio da segurança jurídica, uma vez que o contrato foi previamente pactuado entre as partes, e tal garantia interfere diretamente na natureza do contrato de trabalho especificado acima.

Ademais, destacamos ainda no decorrer desta monografia que a ampliação do direito gestacional abriu margens para que muitas gestantes pudessem agir com má-fé e de forma abusiva, vez que em diversos julgados fica constatado que a gestante, ao ser demitida, muitas vezes já tinha conhecimento do estado gravídico e

manteve-se silente dolosamente para que pudesse usufruir das verbas rescisórias, do saque de FGTS juntamente com a multa rescisória e inclusive se habilitar no seguro desemprego, e só após usufruir de todos esses benefícios é que a ex-funcionária comunica o empregador de que engravidou no decorrer da vigência do contrato de trabalho, pleiteando assim sua indenização substitutiva desde a concepção da gestação até 05 (cinco) meses após o parto.

Muitas vezes essa informação e/ou reclamação trabalhista é tão tardia que dificilmente consegue reintegrar a ex-colaboradora no trabalho, restando, portanto, apenas o pagamento da indenização substitutiva.

Nesse sentido, muitos juízes começaram a ver tais atitudes com maus olhos, uma vez que em casos como esse fica evidente a má-fé e o abuso do direito por parte da reclamante, motivos que levam diversos julgadores a indeferirem a inicial que pleiteia a indenização substitutiva pela demissão do período gestacional.

Deste modo, tendo em vista a conduta desleal da reclamante, que deixa de observar o princípio da boa-fé, não se deve aplicar a jurisprudência contida na Súmula 244, I, do TST, vez que no caso em questão não estará ofendendo ao art. 10, II, "b", do ADCT.

Assim, fica evidente que a garantia de emprego que a gestante conquistou no decorrer desses anos discutidos não pode ser tratada de forma absoluta e taxativa, devendo, assim, os juízes e operadores do direito de forma geral, analisar caso a caso, verificando a má-fé da gestante. Esta deverá ser penalizada como qualquer cidadão que infringe uma regra e/ou uma lei.

REFERÊNCIAS

BALDUINO, Weliton José da Silva; ALMEIDA Rafaela Gil. **Estabilidade provisória da gestante. Revista Jurídica da Unic / Emam**, v. 1, n. 2, p. 210-217, jan./jun. 2014. Disponível em: <<http://emam.org.br/arquivo/documentos/aed31a83-31df-4bb6-a090-9d8886513ad9.pdf>> Acesso em: 20 abr. 2015.

BARROS, Alice Monteiro. **Curso de Direito do Trabalho**. 9. ed., São Paulo: LTr, 2013.

BRASIL. **Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das leis do Trabalho.

_____. **Constituição Federal do Brasil**. 1988.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil.

BRITO, Emílio Elias Melo de; TANURE, Milena Guimarães Andrade; TANURE Renata Guimarães Andrade. **A Estabilidade Decorrente da Gravidez Ocorrida Durante op Aviso Prévio: uma nova realidade com a Lei nº 12.812/2013**. ISSN 1808-4435. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/download/2761/2006>> Acesso em: 20 mai. 2015.

CAIRO JR, José. **Direito do Trabalho**. Salvador: JusPODIVM, 2013.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 11. Ed. São Paulo:LTr, 2012.

ESTABILIDADE PROVISÓRIA. Disponível em: <<http://www.guiatrabalhista.com.br/guia/estabilidade.htm>> Acesso em 10 nov. 2016

JORGE NETO, Francisco Ferreira Jorge; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Direito do Trabalho**. 7ª ed., São Paulo: Atlas, 2013.

KUMPEL, Vitor Frederico. **Direito Civil: Direito dos Contratos**. Volume 3 - 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MARANHÃO, Délio, em **Instituições de Direito do Trabalho**, 12ª Edição, Editora São Paulo, Volume I.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 23. ed., São Paulo: Atlas, 2007.

MELO, Lucinete Cardoso – O princípio da boa-fé objetiva no Código Civil. Publicado em 12 de 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/6027/o-principio-da-boa-fe-objetiva-no-codigo-civil/3>> Acesso em 05 dez. 2015.

PASSOS, Thais – Trabalhador conquistou décimo terceiro e FGTS na década de 1960. Repórter do Radiojornalismo/EBC, 2013. Disponível em: <<http://memoria.ebc.com.br/agenciabrasil/noticia/2013-05-01/trabalhador-conquistou-decimo-terceiro-e-fgts-na-decada-de-1960>> Acesso em 10 nov. 2016

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. Volume I – 28. Ed. 2015 – Saraiva.

PIMENTEL, Sheila Oliveira. Estabilidade da Gestante no curso do Aviso Prévio. **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF: 05 jul. 2011. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=1055.32813&seo=1>>. Acesso em: 15 abr. 2015.

REALE, Miguel. Estudos Preliminares do Código Civil. São Paulo: Revistas dos Tribunais. 2003.

RODRIGUES, Américo Plá, Princípios de Direito do Trabalho. 3ª Edição – 2015. LTR

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Direito do trabalho aplicado**: segurança e medicina do trabalho, trabalho da mulher e do menor. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

SOARES, Renata Domingues Balbino Munhoz. A boa-fé objetiva e o inadimplemento do contrato: doutrina e jurisprudência. São Paulo: LTR. 2008.

SÚMULAS DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_201_250.html#SUM-212> Acesso em 20 out. 2016.

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA – **Princípio da boa-fé objetiva é consagrado pelo STJ em todas as áreas do direito**. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/noticias/100399456/principio-da-boa-fe-objetiva-e-consagrado-pelo-stj-em-todas-as-areas-do-direito>> Acesso em: 14 jun. 2016.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO – Direito Constitucional Assegurado Independente do Regime Jurídico. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/42195033/tst-08-11-2012-pg-307>> Acesso em 10 jan. 2017

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO – Gestante demitida receberá indenização mesmo tendo conseguido novo emprego. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/mais-lidas/-/asset_publisher/P4mL/content/gestante-demitida-recebera-indenizacao-mesmo-tendo-conseguido-novo-emprego>

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO – RESOLUÇÃO Nº 185 DE 14.09.2012. **Súmula Nº 244 – Gestante. Estabilidade Provisória**. Disponível em: <<http://www.normaslegais.com.br/legislacao/resolucao-tst-185-2012.htm>> Acesso em: 30 mai. 2015.