



UNIVERSIDADE TIRADENTES – UNIT
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO – ARTIGO CIENTÍFICO

**A ESTABILIDADE DA GESTANTE NOS CONTRATOS DE TRABALHO POR PRAZO
DETERMINADO, UMA ANÁLISE DA SÚMULA 244, III DO TST E DA
JURISPRUDÊNCIA DO TST**

Discente: Maria Beatriz Matos Dantas
Professor-orientador: Ricardo José das
Mercês Carneiro

Aracaju
2020

MARIA BEATRIZ MATOS DANTAS

**A ESTABILIDADE DA GESTANTE NOS CONTRATOS DE TRABALHO POR PRAZO
DETERMINADO, UMA ANÁLISE DA SÚMULA 244, III DO TST E DA
JURISPRUDÊNCIA DO TST**

Trabalho de Conclusão de Curso –
Artigo – apresentado ao Curso de Direito
da Universidade Tiradentes – UNIT,
como requisito parcial para obtenção do
grau de bacharel em Direito.

Aprovada em:

Banca Examinadora

Dr. Ricardo José das Mercês Carneiro
Professor Orientador
Universidade Tiradentes

Dr. Mario Jorge Tenório Fortes Junior
Professor Examinador
Universidade Tiradentes

Professor Examinador
Universidade Tiradentes

A ESTABILIDADE DA GESTANTE NOS CONTRATOS DE TRABALHO POR PRAZO DETERMINADO, UMA ANÁLISE DA SÚMULA 244, III DO TST E DA JURISPRUDÊNCIA DO TST

Maria Beatriz Matos Dantas¹

RESUMO

A estabilidade gestante é uma garantia constitucional que visa proteger a maternidade e o emprego da mulher. O presente artigo tem como objetivo estudar a visão doutrinária e o comportamento jurisprudencial, após a edição da súmula 244 do TST, tendo em vista a ampliação da estabilidade da gestante aos contratos de trabalho por prazo determinado. Ademais, será analisada a evolução do trabalho feminino, as garantias constitucionais, a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, os princípios do direito do trabalho, bem como as alterações no mundo atual.

Palavras-chave: Estabilidade. Gestante. Trabalho da mulher. Jurisprudência. TST.

ABSTRACT

Pregnant stability is a constitutional guarantee that aims to protect motherhood and women's employment. This article aims to study the doctrinal view and the jurisprudential behavior, after the publication of the TST summary 244, with a view to expanding the pregnant woman's stability to fixed-term employment contracts. In addition, the evolution of women's work, constitutional guarantees, the jurisprudence of the Superior Labor Court, the principles of labor law, as well as changes in the current world will be analyzed.

Keywords: Stability. Pregnant. Woman's work. Jurisprudence. TST

¹ Graduanda em Direito pela Universidade Tiradentes – UNIT. E-mail: mariabmdantas@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

A estabilidade da gestante é uma inovação trazida pela Constituição Federal de 1988, prevista no Art. 10, II, b do ADCT, pois anteriormente tal garantia só existia por meio de normas coletivas entre o empregado e o empregador.

Após a novidade, o TST alterou, em 2012, a redação da súmula 244, III, do TST, estendendo a estabilidade da gestante às empregadas que foram contratadas mediante contrato de trabalho por prazo determinado, antes proibido. Tal situação gera uma segurança à trabalhadora, pois permite que os interesses do nascituro e da mulher sejam protegidos, assim como garante à empregada o retorno ao trabalho, ainda que temporariamente, após o parto.

Dentro desse contexto analisa-se: o conceito de estabilidade; as garantias da empregada gestante; a aplicabilidade e os impactos da estabilidade nos contratos de trabalho, em especial, no contrato de trabalho por prazo determinado; as mudanças que ensejaram a alteração da redação da Súmula 244, III, do TST; e os impactos resultantes.

Nesse sentido, a pesquisa tem como objetivos: a) conceituar a estabilidade gestante; b) diferenciar as estabilidades das garantias; c) explicar o que é um contrato de trabalho por prazo determinado; d) demonstrar as mudanças ocorridas após a edição do item III da súmula 244 do TST; e) apresentar quais são as consequências acarretadas pela estabilidade da gestante.

A *priori*, este tema foi escolhido por conta da pandemia causada pelo vírus da covid-19 que trouxe como consequência a demissão de diversas mulheres grávidas. A estabilidade da gestante existe justamente para evitar que as mulheres grávidas sejam demitidas injustamente, pois é vedada constitucionalmente a despedida sem justa causa da empregada detentora da estabilidade; no entanto, por conta da pandemia causada pelo vírus da covid-19, diversos estabelecimentos foram extintos, impossibilitando a continuidade da relação de emprego ainda que seja da empregada detentora da

estabilidade. Por conseguinte, a restrição do tema para os contratos de trabalho por prazo determinado, explica-se pela edição do item III da súmula 244, do TST, apesar de modificada em 2012, continua sendo bastante utilizada nos dias atuais para coibir atitudes abusivas dos empregadores e seus reflexos impactam no mercado de trabalho até nos dias atuais.

Por conseguinte, também serão analisados os aspectos constitucionais brasileiros, a evolução da proteção do emprego das empregadas gestantes, os dispositivos da CLT e a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho (TST) sobre o tema.

2 CONTEXTO HISTÓRICO

Atualmente, as mulheres correspondem a mais da metade do mercado de trabalho, no entanto, a maternidade é uma causa de desigualdade de gênero nas relações trabalhistas. Com a maternidade, surgem diversos impedimentos que impactam negativamente no mercado de trabalho, como remuneração inferior em comparação ao homem para o mesmo cargo, e redução da contratação de mão-de-obra feminina.

Inicialmente, é necessário esclarecer que o trabalho da mulher sempre foi discrepante com relação ao dos homens, tendo em vista que esta se sujeitava a trabalhos árduos em condições degradantes, recebia salários inferiores e não tinha sequer o direito de se resguardar durante o puerpério.

No decorrer da Revolução Industrial (século XIX), o trabalho da mulher foi muito utilizado, principalmente para a operação de máquinas. Os empresários preferiam o trabalho da mulher nas indústrias porque elas aceitavam salários inferiores aos dos homens, porém faziam os mesmos serviços que estes. Em razão disso, as mulheres sujeitavam-se a jornadas de 14 a 16 horas por dia, salários baixos, trabalhando em condições prejudiciais à saúde e cumprindo obrigações além das que lhes eram possíveis, só para não perder o emprego. Além de tudo, a mulher deveria, ainda, cuidar dos afazeres domésticos e dos filhos. Não se observava uma proteção na fase da gestação da mulher ou da amamentação (MARTINS, 2018, p. 921).

Com o passar dos anos, e por conta de diversos problemas existentes, surgiu a necessidade de edição de leis protecionistas para as mulheres, inclusive para aquelas em estado gravídico.

Em 22/11/1909, a França outorgou às mulheres gestantes o direito de repouso não remunerado de oito semanas, bem como as proibiu de carregar objetos pesados (MARTINS, 2018, p. 922).

A Constituição mexicana de 1917 proibiu que a mulher grávida fizesse serviços que demandassem esforço físico e implicassem em risco para a mulher e para o bebê, estabeleceu também o direito a um descanso de seis semanas anteriores ao parto e seis semanas após, bem como determinou que as empregadas gestantes deviam receber o salário de forma integral e ter seu emprego mantido (MARTINS, 2018, p. 922).

No Brasil, a primeira lei de proteção da mulher trabalhadora é a Lei Estadual paulista nº 1596, de 29/12/1917, que proibiu o trabalho da mulher nas indústrias no último mês de gravidez e no primeiro mês após o parto (MARTINS, 2018, p. 924).

Já a Constituição brasileira de 1934 garantiu, em seu art. 121, §1º, h, o repouso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego, assegurou, ainda, instituição de previdência em favor da maternidade e serviços de amparo (art. 121, §3º), sendo a primeira constituição brasileira a tratar sobre o assunto da maternidade. Por conseguinte, a Constituição Federal de 1967 passou a regulamentar o descanso remunerado às empregadas gestantes, com o objetivo de proteger a maternidade, nos termos do art. 158, XVI (MARTINS, 2018, p. 924/925).

A Constituição Federal de 1988 definiu a licença maternidade à gestante, sem prejuízo de emprego e salário, com duração de 120 dias, nos termos do art. 7º, XVIII, bem como o art. 10, II, b, do ADCT prevê a garantia de emprego à mulher gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, essa previsão é uma inovação constitucional, pois, anteriormente, apenas era regulamentada em normas coletivas.

Ademais, o art. 5º da CF estabelece que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, e o inciso I do aludido artigo afirma que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações.

O art. 6º da CF de 1988, proclama os direitos sociais e, dentre eles, há a proteção à maternidade. Decorrente de tal proteção, há a vedação à dispensa arbitrária ou sem justa causa da gestante (Art. 10, II, b, do ADCT).

A proteção contra dispensa arbitrária da gestante caracteriza-se como importante direito social instrumental protetivo tanto da mulher, ao assegurar-lhe o gozo de outros preceitos constitucionais – licença maternidade remunerada, princípio da paternidade responsável –; quanto da criança, permitindo a efetiva e integral proteção ao recém-nascido, possibilitando sua convivência integral com a mãe, nos primeiros meses de vida, de maneira harmônica e segura – econômica e psicologicamente, em face da garantia de estabilidade no emprego –, consagrada com absoluta prioridade, no artigo 227 do texto constitucional, como dever inclusive da sociedade (empregador). (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 629053. Relator Ministro Marcos Aurélio, Brasília, 10 de outubro de 2018)

Essa inovação trazida pela Constituição Federal é abrangente e passível de diversas interpretações, conforme abordado a seguir.

3 A ESTABILIDADE NO EMPREGO

A estabilidade no emprego é uma expressão relacionada com a dispensa do empregado.

De acordo com Carla Romar (2017, p. 570), a estabilidade é o direito do trabalhador de permanecer no emprego, mesmo contra a vontade do empregador. Conceitua, ainda, que é uma forma de assegurar ao obreiro que seu emprego somente será perdido se houver uma causa amparada legalmente que justifique a dispensa.

Renzetti (2018, p. 361) aduz que o empregado, para usufruir da condição de estável, deverá se enquadrar em uma das causas ensejadoras da estabilidade previstas

em lei, diferenciando-se das garantias do emprego tendo em vista que aquelas são permanentes, enquanto estas possuem um caráter provisório, no entanto, ambas são comumente usadas como sinônimos.

Ressalte-se que existem estabilidades definitivas e provisórias, sendo as estabilidades provisórias sinônimos das garantias de emprego para parte da doutrina.

Martins (2018, p. 667) assevera que a garantia de emprego é o termo correto para a estabilidade provisória, pois a estabilidade restringe o direito do empregador de dispensar o empregado, não sendo provisória, mas sim definitiva, como a estabilidade decenal.

No entanto, Delgado (2017, p. 1424) afirma que as garantias de emprego possuem caráter transitório dada ao empregado por conta de uma circunstância contratual ou pessoal do obreiro, de modo a assegurar a manutenção do vínculo empregatício por um tempo determinado. Afirma, ainda, que tais garantias são chamadas também de estabilidades provisórias ou temporárias.

Em suma, para a doutrina majoritária, a estabilidade difere-se das garantias, pois as garantias possuem um caráter transitório enquanto a estabilidade geral, não. No entanto, existem as estabilidades provisórias que também podem ser chamadas de garantias, dada sua transitoriedade.

4 A ESTABILIDADE DA GESTANTE

Constitucionalmente prevista no Art. 10, II, b do ADCT, uma das medidas de proteção ao trabalho da empregada gestante é a estabilidade do seu emprego. “A gravidez não é doença. Assim, não se pode tratar a gestante como doente ou incapaz” (MARTINS, 2018, p. 674).

Martins (2018, p. 674) ainda afirma que a necessidade de tal estabilidade justifica-se porque no período em que a empregada está grávida, ou no período pós-parto, a obreira com certeza não iria encontrar outro serviço no referido lapso de tempo.

“A gestante deve ter direito ao emprego, em razão da proteção do nascituro, para que possa se recuperar do parto e cuidar da criança nos primeiros meses de vida” (MARTINS, 2018, p. 675).

O Art. 10, II, b, do ADCT traduz que é vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até 5 meses após o parto, sendo a dispensa com justa causa a única forma de dispensar a empregada detentora da garantia, isto é, caso cometa algum ato previsto no Art. 482 da CLT.

A previsão normativa é uma inovação trazida pela Constituição Federal de 1988, pois não havia hipótese, nesse sentido, em normas constitucionais ou legais anteriores, existindo a estabilidade da gestante apenas por meio de norma coletiva e somente para algumas categorias.

“O Brasil aprovou a Convenção nº 103 da OIT de 1952, conforme o Decreto Legislativo nº 20, de 30-4-65, que estabelece proibição da dispensa da empregada durante a licença-maternidade ou seu prolongamento” (MARTINS, 2018, p. 675).

A estabilidade é garantida às empregadas rurais, urbanas e domésticas.

O constituinte adotou um critério objetivo com relação ao termo final da estabilidade, qual seja, o decurso de tempo de 5 meses contados a partir do parto; no entanto, existe dúvida acerca do termo inicial da contagem do referido período, pois a expressão “confirmação da gravidez” é muito subjetiva (ROMAR, 2017, p. 579).

A jurisprudência precisou se pacificar, tendo em vista a dúvida que pairava acerca do início da contagem da estabilidade e, houve a edição da Súmula 244, I, do TST, na

qual estabeleceu que o desconhecimento do estado gravídico pelo empregador, não afasta o direito ao pagamento de indenização decorrente da estabilidade (ROMAR, 2017, p. 580).

Nesse sentido, destacam-se a existência de duas teorias sobre a garantia de emprego da gestante: a teoria da responsabilidade objetiva e subjetiva.

A teoria da responsabilidade objetiva acredita que a relevância está no fato da confirmação da gravidez para a própria empregada e não para seu empregador.

A garantia de emprego independe da comprovação da gravidez perante o empregador, mas da sua confirmação, sendo responsabilidade objetiva do empregador, que visa garantir o nascituro. O STF já entendeu que a responsabilidade do empregador é objetiva (RE 259.3218/RS Rel. Min. Ellen Gracie). (MARTINS, 2018, p. 675).

No julgamento do Recurso Extraordinário 629.053/SP de relatoria do Ministro Marco Aurélio, foi fixada a seguinte tese “A incidência da estabilidade prevista no art. 10, inc. II, do ADCT, somente exige a anterioridade da gravidez à dispensa sem justa causa.” O cerne do recurso refere-se à determinação do conteúdo semântico da expressão “confirmação da gravidez”, pois havia uma dúvida em relação ao termo confirmação em si, caso estaria relacionado ao atestado emitido pelo médico ou ao momento da própria concepção.

Verifico, a partir da leitura do verbete respectivo no Dicionário Houaiss, que confirmar significa “afirmar a verdade ou a exatidão” de determinado fato, sentido próximo ao dos verbos validar ou comprovar.¹ Na mesma direção, constatei, em consulta ao Dicionário Aurélio, que a citada palavra diz respeito a “afirmar de modo absoluto a exatidão, a veracidade de” algo.² Surge impertinente o elástico do conteúdo da locução “confirmação da gravidez” para abarcar o instante da concepção. Encerra o momento da descoberta desta, ou seja, o conhecimento pelo empregador. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 629053. Relator Ministro Marcos Aurélio, Brasília, 10 de outubro de 2018)

A teoria da responsabilidade subjetiva afirma que é necessária a confirmação do estado gravídico da empregada para o empregador, havendo dispensa da

responsabilidade imputada a este caso a obreira não informe que estava grávida, tendo em vista que não se pode impor a alguém uma consequência pela qual não foi responsável (MARTINS, 2018, p. 675)

Não há espaço, presente o texto do artigo 10, inciso II, alínea “b”, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para ultrapassar o alcance próprio do verbo confirmar. A definição da estabilidade prevista deve ocorrer sob a óptica da responsabilidade subjetiva, no que indispensável a existência do elemento anímico a evidenciar a culpa ou o dolo do empregador. O direito à estabilidade pressupõe a prévia ciência deste quanto ao estado fisiológico da gravidez, o qual poderá ser objeto de comunicação pela prestadora de serviços e comprovado por qualquer meio idôneo, presentes as balizas da legislação ordinária. Surge em desarmonia com a previsão constitucional concluir pela estabilidade em situação em que a própria empregada, no momento da ruptura do vínculo empregatício, não sabia estar grávida, o que se dirá da falta de conhecimento pelo empregador. A prevalecer a óptica revelada no acórdão, em segundo plano ficará a exigência constitucional – a confirmação da gravidez no curso da relação de trabalho –, determinando-se a quem não praticou qualquer ato ilícito, com distanciamento da ordem jurídico-constitucional, o dever de indenizar. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 629053. Relator Ministro Marcos Aurélio, Brasília, 10 de outubro de 2018)

O acórdão que levou ao recurso extraordinário e o voto do relator Ministro Marcos Aurélio haviam julgado a controvérsia sob a ótica da responsabilidade subjetiva, destoando do fato gerador da estabilidade gestante, qual seja, a gravidez em si.

Constatado que houve gravidez antes da dispensa arbitrária, incide a estabilidade, não importa, a meu ver, que o timing da constatação ou da comunicação tenha sido posterior. O que importa é: Estava ou não grávida antes da dispensa? Para que incida essa proteção, para que incida a efetividade máxima do direito à maternidade, o que se exige é gravidez preexistente à dispensa arbitrária. O desconhecimento por parte da gestante, ou a ausência de comunicação - até porque os direitos sociais, e aqui a maternidade enquanto um direito também individual, são irrenunciáveis -, ou a própria negligência da gestante em juntar uma documentação e mostrar um atestado não pode prejudicá-la e prejudicar o recém-nascido durante aqueles cinco meses. Obviamente, se não conseguir comprovar que a gravidez era preexistente à dispensa arbitrária, não haverá incidência desse direito social. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 629053. Relator Ministro Marcos Aurélio, Brasília, 10 de outubro de 2018).

O desconhecimento da gestação pela própria empregada, no momento da dispensa, não impede o reconhecimento da estabilidade, apenas importa o estado gravídico da mulher no momento da extinção do contrato de trabalho (ROMAR, 2017, p. 580).

Consoante jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho:

RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI 13.467/2017. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. GESTANTE. SALÁRIOS DEVIDOS DESDE A DISPENSA. TRANSCENDÊNCIA POLÍTICA. No caso em tela, o entendimento do Regional no sentido de ter a empregada gestante direito à estabilidade somente a partir do nascimento de seu filho se apresenta dissonante do desta Corte, ficando configurada a transcendência política, nos termos do art. 896-A, § 1º, II, da CLT. Transcendência reconhecida. RECURSO DE REVISTA. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. GESTANTE. SALÁRIOS DEVIDOS DESDE A DISPENSA. Para a garantia de estabilidade provisória da empregada, é exigido somente que ela esteja grávida e que a dispensa não tenha ocorrido por justo motivo, situação dos autos, sendo irrelevante que o empregador e a empregada tenham conhecimento do estado gravídico. O posicionamento desta Corte, ao interpretar o disposto no art. 10, II, b, do ADCT, é de conferir a garantia de estabilidade provisória à trabalhadora, a partir do momento da concepção, ocorrida no curso do contrato de trabalho. Essa garantia não visa apenas à proteção objetiva da gestante, mas, sobretudo, à tutela do nascituro. Portanto, não há qualquer limitação à percepção dos salários devidos desde a data da dispensa da trabalhadora gestante. Recurso de revista conhecido e provido" (RR-1030-17.2016.5.12.0013, 6ª Turma, Relator Ministro Augusto Cesar Leite de Carvalho, DEJT 13/11/2020)

Logo, o ordenamento jurídico brasileiro adota a teoria objetiva, isto é, é a partir da concepção seja no curso do contrato de trabalho ou no aviso prévio, que nasce o direito da empregada gestante à estabilidade, independentemente da ciência da empregada ou do empregador. Tal teoria é um exemplo cristalino de aplicação do princípio da proteção ao trabalhador, o *in dubio pro operario*, pois este prega que na dúvida entre o uso duas regras existentes no mundo jurídico, utiliza-se a mais favorável ao trabalhador, no caso em questão, a mais benéfica para a empregada gestante.

5 DIREITOS DA EMPREGADA GESTANTE

A dispensa sem justa causa pelo empregador quando a obreira é detentora da estabilidade gestante, é nula de pleno direito e as partes retornam ao estado inicial, isto é, antes do ato eivado de vício, cabendo sua reintegração ao emprego. (DELGADO, 2017, p. 1431)

No entanto, para Delgado (2017, p. 1431), “a jurisprudência nem sempre tem considerado aplicável o remédio jurídico pleno da reintegração ao emprego do trabalhador irregularmente dispensado.”

Havia parte da jurisprudência que rejeitava a reintegração da empregada gestante, levando em consideração o antigo enunciado 244 do TST, pois os tribunais entendiam que a gestante somente tinha direito ao recebimento do pagamento referente ao período estabilidade. Tal entendimento foi superado com a nova redação da súmula 244 do TST, através das resoluções do TST nº 121/2003 e 129/2005, em que autorizam a reintegração da gestante ao emprego, desde que seja durante o período que faria jus à estabilidade e, vencido o lapso temporal, é cabível a indenização e demais direitos correspondentes ao período. (DELGADO, 2017, p. 1433)

Por conseguinte, consoante jurisprudência do TST, cabe à empregada reclamante optar se deseja retornar ao emprego ou se prefere a indenização substitutiva:

I-AGRAVO DE INSTRUMENTO DA RECLAMANTE. RECURSO DE REVISTA SOB A ÉGIDE DA LEI 13.015/14. RITO SUMARÍSSIMO. ESTABILIDADE DA GESTANTE. RENÚNCIA À REINTEGRAÇÃO NO EMPREGO. INDENIZAÇÃO SUBSTITUTIVA. REQUISITOS DO ART. 896, §1º-A, DA CLT, ATENDIDOS. Agravo de instrumento provido ante possível violação do art. 10, II, b, do ADCT. II-RECURSO DE REVISTA DA RECLAMANTE SOB A ÉGIDE DA LEI 13.015/2014. RITO SUMARÍSSIMO. GESTANTE. DISPENSA SEM JUSTA CAUSA. ESTABILIDADE. RENÚNCIA À REINTEGRAÇÃO NO EMPREGO. INDENIZAÇÃO SUBSTITUTIVA. REQUISITOS DO ART. 896, §1º-A, DA CLT, ATENDIDOS. O artigo 10, II, b, do ADCT, não condiciona a estabilidade da gestante ao retorno ao emprego, bastando para tanto a gravidez e a dispensa imotivada. Logo, a recusa da empregada em retornar ao emprego que lhe foi colocado à disposição não obsta o direito ao pagamento da indenização relativa ao período estabilidade. Há precedentes. Recurso de revista conhecido e provido. III-AGRAVO DE INSTRUMENTO DA RECLAMADA. RECURSO DE REVISTA SOB A

ÉGIDE DA LEI 13.015/2014. RITO SUMARÍSSIMO. GESTANTE. ESTABILIDADE. DESCONHECIMENTO DO ESTADO GRAVÍDICO PELO EMPREGADOR. RECUSA EM RETORNAR AO EMPREGO. COMPENSAÇÃO DO VALOR RECEBIDO A TÍTULO DE SEGURO DESEMPREGO. Confirmada a ordem de obstaculização do recurso de revista na medida em que o apelo não logrou demonstrar a satisfação dos pressupostos de admissibilidade do art. 896 da CLT. Agravo de instrumento não provido (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RRAg-1737-28.2016.5.12.0031, 6ª Turma, Relator Ministro Augusto Cesar Leite de Carvalho, DEJT 26/06/2020).

Martins (2018, p. 676) alega que, após cessado o período de estabilidade e havendo pedido judicial de reintegração, a reclamante não tem direito à reintegração nem à indenização, pois seu ato demonstra desinteresse em retornar ao trabalho e a garantia prevista na Constituição é ao emprego e não à indenização.

Nos termos do art. 2ª da CLT, o empregador assume os riscos da atividade econômica que desenvolve, por isso, caso a empresa feche, ainda que no curso do período estável da empregada gestante, esta gozará da garantia de emprego durante o período restante e terá direito à indenização substitutiva correspondente ao período.

Havendo a confirmação da gravidez no curso do aviso prévio trabalhado ou indenizado, a empregada gestante tem direito à estabilidade provisória prevista no ADCT, conforme Art. 391-A da CLT.

O aviso prévio, nos termos do Art. 487, §1º da CLT, integra o tempo de serviço do empregado. Como o aviso-prévio indenizado projeta os efeitos do contrato de trabalho por mais de 30 dias para todos os fins, deve-se observar essa regra para a comprovação da gravidez durante o aviso-prévio indenizado, pois o trabalho é pago sob a forma de salário (MARTINS, 2018, p. 676).

Para Martins (2018, p. 676), a comprovação da gravidez tem que se dar no curso do contrato de trabalho ou do aviso prévio, caso contrário o empregador não terá ciência da gravidez da obreira quando esta for dispensada.

O requisito para haver tal garantia é o parto, ainda que a criança nasça morta. A Constituição Federal não faz essa distinção, tendo em vista que a empregada continua necessitando de proteção, logo, as mães de aluguel terão também direito à estabilidade (MARTINS, 2018, p. 677).

Nos casos de aborto, para Romar (2017, p. 581), a jurisprudência do TST tem se manifestado no sentido de que, em se tratando de aborto não criminoso, a empregada faz jus à estabilidade referente ao período em que esteve grávida, percebendo uma licença de duas semanas, nos termos do Art. 395 da CLT. Entretanto, Martins (2018, p. 679), alega que não há garantia de emprego nos casos de aborto, não havendo proteção ao nascituro, sendo o período de duas semanas referente a uma licença remunerada. Ainda que a criança nasça morta, o direito à estabilidade é garantido até o quinto mês após o parto.

A mãe adotante não tem direito à garantia de emprego, pois a alínea b do inciso II do Art. 10 do ADCT, sinaliza que a garantia da gestante é desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, não havendo parto, não há estabilidade (MARTINS, 2018, p. 679).

Entretanto, para quem possuir a guarda do filho, em caso de falecimento da mãe, deterá a estabilidade, nos termos do Art. 1º da Lei Complementar 146/2014.

Em tempo, a estabilidade gestante é assegurada às empregadas ainda que admitidas mediante contrato de trabalho por prazo determinado, de acordo com a nova redação da Súmula 244, III do TST, tema que será destacado no tópico seguinte.

6 A ESTABILIDADE DA GESTANTE NOS CONTRATOS DE TRABALHO POR PRAZO DETERMINADO

Para o direito do trabalho, a regra é a contratação por prazo indeterminado, tendo em vista que um dos princípios adotados é o da continuidade da relação de emprego.

Entretanto, é bastante comum a contratação por prazo determinado, considerando que o mercado de trabalho cada vez mais utiliza essa forma de admissão.

O Art. 443, §1º da CLT conceitua os contratos de trabalho por prazo determinado como: “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”.

Prevê o Art. 443, §2º da CLT que o contrato de trabalho por prazo determinado só terá validade nos casos em que o serviço cuja natureza ou transitoriedade justifique a predeterminação do prazo, em atividades empresariais de caráter transitório ou em contrato de experiência.

Entretanto, regido pela Lei 6.019/74, existe a figura do contrato de trabalho temporário, que é um contrato de trabalho híbrido, isto é, além de ser um contrato de trabalho por prazo determinado, é também uma espécie de terceirização, e não se confunde com as demais modalidades dos contratos de trabalho por prazo determinado.

A súmula 244, III do TST é clara ao definir a extensão da estabilidade gestante aos contratos de trabalho por prazo determinado, e tal garantia não se estende aos contratos temporários, conforme jurisprudência do TST abaixo:

RECURSO DE REVISTA. LEI 13.467/2017. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. GESTANTE. TRABALHO TEMPORÁRIO. LEI 6.019/1974. O Tribunal Pleno desta Corte, no julgamento do IAC-5639-31.2013.5.12.0051, em 18/11/2019, firmou o entendimento no sentido de que o reconhecimento da garantia de emprego à empregada gestante não se coaduna com a finalidade da Lei 6.019/74, que é a de atender a situações excepcionais, para as quais não há expectativa de continuidade da relação de emprego. Com efeito, foi fixada a seguinte tese jurídica: "é inaplicável ao regime de trabalho temporário, disciplinado pela Lei nº 6.019/74, a garantia de estabilidade provisória à empregada gestante, prevista no art. 10, II, ' b' , do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias". Recurso de Revista de que não se conhece (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR-1000327-46.2018.5.02.0088, 8ª Turma, Relator Ministro Joao Batista Brito Pereira, DEJT 03/11/2020)

Ocorre que o contrato temporário se diferencia do contrato de experiência, pois aquele trata de uma relação triangular, isto é, existe a figura do trabalhador temporário, da empresa de trabalho temporário e do cliente, diz respeito a uma necessidade transitória ou permanente do tomador dos serviços, enquanto este tem por objetivo verificar a aptidão do trabalhador para o cargo em um determinado lapso temporal (MARTINS, 2018, p. 200).

Ademais, a Lei 6.019/74 estabelece que não há vínculo entre os empregados e a empresa tomadora de serviço (Art. 10), bem como institui o prazo máximo de 180 dias para os contratos temporários, consecutivos ou não, prorrogáveis por até 90 dias, sendo vedada nova contratação sob a mesma modalidade no período de 90 dias a contar do término do contrato anterior (Art. 10, §§ 1º, 2º e 5º), não cabendo perspectiva de continuidade da relação de trabalho quando findo o prazo. Nesse sentido, a extinção do contrato de trabalho ocorre quando findo o prazo estabelecido, não sendo uma modalidade de dispensa, mas apenas o decurso de prazo contratual inicialmente estabelecido. Desta forma, consoante jurisprudência do TST, as empregadas gestantes contratadas sob o regime de contrato de trabalho temporário não fazem jus à estabilidade do Art. 10, II, b do ADCT.

No entanto, há divergência nos julgados do TST e a jurisprudência deste tribunal adotou tese diversa, pois, recentemente, em agosto de 2020, a 4ª Turma do TST optou por decidir como critério para a estabilidade da gestante apenas a anterioridade da gravidez à dispensa sem justa causa (RR nº 1001175-75.2016.5.02.0032, rel. Min. Alexandre Luiz Ramos, julgado em 04/08/2020), utilizando como base o Tema 497 de repercussão geral do STF decidido no RE 629.053/SP, em que estabeleceu a possibilidade do contrato de trabalho terminar por outras causas, nas quais há manifestação de vontade do empregado, como no caso do pedido de demissão ou nos contratos por prazo determinado e no contrato de trabalho temporário. Como consequência, no Recurso de Revista, houve a fixação da tese em que a admissão mediante contrato de trabalho por prazo determinado, exclui a garantia provisória prevista

no Art. 10, II, b do ADCT, superando, assim, o item III da Súmula 244 do TST, tendo em vista que seu fim se deu por decurso de prazo e não por vontade do empregador.

Para Godinho (2017, p. 186), as súmulas expressam o entendimento dominante que está em vigor na Corte Superior, sobre qualquer tema submetido à sua jurisdição.

Portanto, com o passar do tempo, as súmulas são passíveis de alteração.

Superados os pontos acima, adentra-se ao cerne deste estudo, qual seja, a análise da Súmula 244, III do TST que trata da estabilidade da gestante nos contratos de trabalho a termo.

Tendo em vista uma necessidade de proteção ao trabalho da mulher e ao nascituro, houve a edição da Súmula 244, III, do TST em 2012, por meio da resolução nº 185/2012 do TST.

Ocorre que, antes da edição da resolução nº 185/2012, a súmula 244, III do TST possuía a seguinte redação: “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”.

Nesse sentido, depreende-se da redação da súmula que a estabilidade da gestante não era admissível nos contratos de experiência, que é uma espécie de contrato de trabalho por prazo determinado, tendo em vista que as partes sabiam o prazo final do contrato.

A edição anterior da súmula era uma junção das Orientações Jurisprudenciais 88 e 196 da SBDI-1 do TST (KIPPLEL, 2012, p. 679).

Ressalta-se ainda, como decorrência do que já foi dito, que a estabilidade não decorre do conhecimento da gravidez pela própria gestante.

Independentemente de esta tomar conhecimento do estado gravídico após a demissão, faz jus à readmissão, salvo se o contrato firmado era por prazo determinado ou se a gravidez deu-se no período de aviso prévio, em contrato por prazo indeterminado. Na primeira hipótese, independentemente da gravidez, a empregada já sabia quando terminaria o contrato de trabalho. Na segunda hipótese, ao ser pré-avisada, já sabia que dentro de 30 (trinta) dias o vínculo de emprego seria finalizado, razão pela qual a gravidez se dá por sua conta e risco (KIPPLEL, 2012, p. 680).

Nesse sentido, antes da nova redação da súmula, para que a empregada pudesse gozar da estabilidade da gestante, a obreira deveria ter sido contratada mediante contrato de trabalho por prazo indeterminado.

A necessidade de edição da súmula surgiu através da redação do próprio Art. 10, II, b do ADCT, tendo em vista que não há menção ao tipo de contratação da empregada, apenas fazendo alusão à estabilidade da empregada gestante contra dispensa arbitrária ou sem justa causa, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto e, por conta do texto constitucional, em 2005 o STF começou a adotar posicionamento diverso ao previsto na redação antiga da súmula (FRANCO FILHO, 2013).

Para Franco Filho (2013), a mudança de posicionamento do STF levou à reforma do entendimento predominante no TST, e após diversas decisões do TST contrárias à redação antiga da súmula, houve, em 2012, a modificação do item III da súmula 244 do TST para o texto atual, qual seja: “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.”

Em análise à jurisprudência dos tribunais, é visível que a maioria dos casos de aplicação da súmula 244, III do TST trata dos contratos de experiência, ainda que a redação da súmula seja abrangente para outras modalidades, isto se dá porque o objetivo do contrato de experiência é que a relação de emprego se mantenha (SILVA, 2020).

Portanto, com a redação que perdura até os dias atuais, a súmula 244 do TST garantiu às empregadas gestantes admitidas por contratação determinada a estabilidade

provisória, permitindo que estas possuam os mesmos direitos inerentes às empregadas gestantes contratadas por meio de contrato de trabalho por prazo indeterminado, tendo em vista que o Art. 10, II, b do ADCT não menciona o tipo de contratação, apenas há uma vedação à dispensa arbitrária ou sem justa causa. Desta forma, a alteração da redação do item III súmula 244 do TST é mais benéfica para a mãe e para o nascituro, em detrimento do interesse empresarial.

No entanto, Silva (2020) questiona se tal mudança na súmula é ou não mais benéfica para o trabalho feminino, pois acredita que os empregadores irão pensar bastante antes de contratar uma mulher jovem nesta modalidade. Ressalta, ainda, as consequências negativas que podem surgir em virtude da ausência de ponderação sobre o tema.

[...] o patrão poderá chegar à seguinte conclusão quando for contratar alguém para um emprego temporário: “eu tenho alguns candidatos e candidatas ao cargo oferecido. Como o contrato vigorará por um curto período (15 dias, por exemplo), quero excluir da seleção as mulheres cuja faixa etária seja mais propícia à maternidade (dos 20 aos 35 anos, por exemplo), uma vez que, caso fiquem ou estejam grávidas, não terei condições de mantê-las em meu quadro de empregados além do período estipulado. (SILVA, 2020)

Tal posicionamento do TST encontra diversas críticas, pautadas principalmente na ampliação do contrato de trabalho por prazo determinado, tornando-o indeterminado quando a empregada detém a estabilidade.

Ademais, a ampliação da súmula, conseqüentemente, poderá repercutir de maneira negativa na contratação da mulher por prazo determinado, aumentando ainda mais a desigualdade entre os trabalhadores masculinos e femininos, bastante criticada nos dias atuais.

Ainda que a maior preocupação seja a proteção da mulher e do nascituro, é necessária, portanto, uma reflexão minuciosa sobre o tema pelos tribunais, a fim de evitar o aumento da desigualdade no mercado de trabalho entre homens e mulheres.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Inicialmente, a evolução da participação da mulher no mercado de trabalho é um desafio que encontra diversos entraves no processo, sendo um deles, a maternidade, pois a empregada necessita se afastar de seu trabalho por um determinado período de tempo, enquanto os homens não dispõem de tal condição.

Visando diminuir a desigualdade existente, a Constituição Federal de 1988 trouxe em seu bojo o Art. 10, II, b do ADCT que prevê a garantia da empregada gestante ao seu emprego, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. No entanto, este artigo não faz menção ao tipo de contratação, pois apenas se limita a impedir a dispensa da empregada gestante sem justa causa.

Antes da resolução nº 185/2012 do TST, as empregadas gestantes admitidas mediante contrato de trabalho por prazo determinado não gozavam da estabilidade quando engravidavam, e o decurso de tempo extinguiu o contrato. Tal inovação foi ampliada pela edição da súmula 244, III, do TST, que garantiu às empregadas grávidas contratadas mediante prazo determinado a estabilidade da gestante.

Entretanto, o posicionamento do TST foi alvo de críticas porque há um entendimento sobre a transformação do contrato de trabalho por prazo determinado em indeterminado quando é permitida a estabilidade da gestante, bem como há divergências acerca da inclusão da mulher no mercado de trabalho, pois a ampliação pode gerar efeitos contrários, aumentando a dificuldade da empregada em conseguir um emprego.

A necessidade de edição da súmula se deu primordialmente por conta de uma necessidade de garantir às mulheres um emprego mais igualitário, com segurança, de forma a proteger os interesses do nascituro e não dificultar a manutenção das mulheres em seus empregos.

No entanto, em agosto de 2020, o TST decidiu de maneira diversa e optou por contrariar o previsto na Súmula 244, III do TST, ao acatar a tese de que o contrato de trabalho por prazo determinado se extingue com o lapso temporal, e admitir que a vedação do Art. 10, II, b do ADCT se refere apenas à demissão sem justa causa, contrariando assim o entendimento adotado pelo tribunal desde 2012.

Desta forma, considerando que o mundo, assim como mercado de trabalho está em constante mudança, deve a jurisprudência decidir com bastante sabedoria, de forma a proteger os interesses da mulher e do nascituro, mas também com o fito de evitar que as desigualdades se perpetuem, conforme preceitua o Art. 7º, XXX e XXXI da CF.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 5 de outubro de 1988.

BRASIL. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Rio de Janeiro.

BRASIL. **Lei complementar nº 146**, de 25 de junho de 2014.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário 629053. Relator Ministro Marcos Aurélio, Brasília, 10 de outubro de 2018. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3940408> . Acesso em 15/10/2020.

BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 1737-28.2016.5.12.0031, 6ª Turma, Relator Ministro Augusto Cesar Leite de Carvalho, DEJT 26/06/2020. Disponível em <https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/617f0104be85bc8f3c0dd1cf26c15a44> . Acesso em 09/11/2020.

BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. Recurso de Revista nº 1000327-46.2018.5.02.0088, 8ª Turma, Relator Ministro Joao Batista Brito Pereira, DEJT 03/11/2020. Disponível em <https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/1b642c19bac34444bba2008ae04e02e7>. Acesso em 09/11/2020.

BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. Recurso de Revista nº 1030-17.2016.5.12.0013, 6ª Turma, Relator Ministro Augusto Cesar Leite de Carvalho, DEJT

13/11/2020. Disponível em <https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/85ea7bd3e0988729c742517000074957> . Acesso em 19/11/2020.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho** .16ª Ed. São Paulo. LTr, 2017.

FRANCO FILHO, Georgenor de Souza. **Garantia de Emprego da Gestante: o Item III da Súmula nº 244 do TST**. Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária, São Paulo, v. 29, n. 289, jun. 2013. Disponível em http://www.editoramagister.com/doutrina_24259022_GARANTIA_DE_EMPREGO_DA_GESTANTE_O_ITEM_III_DA_SUMULA_N_244_DO_TST.aspx . Acesso em 28/10/2020.

KIPPLEL, Bruno. **Direito sumular esquematizado – TST. 2ª Edição**. – São Paulo. Saraiva, 2012.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 34ª Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

RENZETTI, Rogério. **Direito do Trabalho, Teoria e Questões Práticas**. 5ª Ed, Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2018.

ROMAR, Carla Tereza Martins. **Direito do Trabalho Esquematizado**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SILVA, Thiago Alexander Amaral. **O direito à estabilidade gestacional e os contratos de trabalho por prazo determinado**. 06/02/2020. Disponível em <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/54215/o-direito-estabilidade-gestacional-e-os-contratos-de-trabalho-por-prazo-determinado> . Acesso em 17/11/2020.