

ESTABILIDADE PROVISÓRIA GESTANTE NO AVISO PRÉVIO E CONTRATO POR TEMPO DETERMINADO: REFLEXOS NO MERCADO DE TRABALHO

Cecília Angélica Pessoa de Paiva¹

Marcelo de Barros Dantas²

RESUMO

O trabalho da mulher, sobretudo da gestante, iniciou em um panorama de grande discriminação. Com o passar do tempo, em meio a tantas lutas, foram conquistados direitos que possibilitaram a concorrência no mercado de trabalho. Todavia, tais direitos deveriam aparecer apenas sob o prisma da não discriminação, o que nem sempre ocorre devido ao protecionismo, muitas vezes exagerado, que reflete diretamente no mercado de trabalho da mulher. Dentre esses direitos, a estabilidade provisória da gestante, que teve seu alcance ampliado com o entendimento sumulado do Tribunal Superior do Trabalho (Súmula n. 244), ao inserir tal garantia também nos contratos de trabalho por prazo determinado. Não esquecendo que a garantia de emprego também abrange o aviso prévio, impedindo que o vínculo seja desfeito, mesmo já havendo intenção de, pelo menos, uma das partes em romper a relação jurídica existente. Assim, analisa-se essa estabilidade comparando-a com a realidade social no Brasil, bem como o reflexo desse direito no mercado de trabalho da mulher.

Palavras-chave: Gestante. Estabilidade provisória. Mercado de trabalho. Prazo determinado.

TEMPORARY STABILITY OF THE PREGNANT WOMAN IN PREVIOUS NOTICE AND CONTRATCS FOR A SPECIFIED PERIOD: REFLECTIONS IN THE LABOR MARKET

ABSTRACT

¹ Acadêmica do Curso de Pós-graduação em Direito do Trabalho e Processual do Trabalho do Centro Universitário do Rio Grande do Norte (UNI-RN). E-mail: ceciliapessoa87@gmail.com

² Professor Orientador do Curso de Pós-Graduação em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho do Centro Universitário do Rio Grande do Norte (UNI-RN). E-mail: marcelobdantas@yahoo.com.br

The work of women, especially of pregnant women, began in a panorama of great discrimination. Over time, among so many struggles, rights were won which allowed the competition in the labor market. However, such rights should appear only in the light of non-discrimination, what is not always possible due the protectionism, often exaggerated, that directly reflects in the labor market for women. Among these rights, the temporary stability of the pregnant woman, which had its reach extended with the understanding of the Superior Labor Court (Precedent n. 244), by inserting that guarantee also in the employment contracts for a specified period. Not forgetting that employment guarantee also covers the previous notice, preventing the link is broken, even when there is the intention of at least one of the parties to break the legal relationship. So, this stability is analyzed by comparing it with the social reality in Brazil, as well as the reflection of this right in the labor market for women.

Keywords: Pregnant women. Temporary stability. Labor Market. Specified period.

1 INTRODUÇÃO

A mulher deixou o trabalho exclusivo no lar e partiu para o mercado de trabalho devido à necessidade de contribuição financeira da família. Esse início deu-se com a Revolução Industrial, a qual buscou a força do trabalho feminino para baratear salários e também pela facilidade de disciplinar esse grupo de trabalhadoras.

Garcia (2014) ensina que durante a Revolução Industrial as condições de trabalho eram péssimas. As mulheres eram expostas a trabalhos prejudiciais a saúde, salários inferiores aos pagos aos homens, longas jornadas, o que colocava em risco a segurança e a vida das empregadas. Ademais, naquela época, proteção à gestante ou à amamentação não era nem uma possibilidade a ser cogitada.

Assim, diante dessa triste realidade que levou consequências importantes para a família e a sociedade, começou a surgir legislação de proteção ao trabalho das mulheres. Todavia, tal legislação protecionista ao trabalho da mulher trouxe a discriminação da mesma no mercado de trabalho. O que era para ser benéfico acabou prejudicando.

Para combater essa situação de discriminação surgiu a legislação para promover o trabalho da mulher, pondo fim às desigualdades e as restrições

injustificadas deixaram de ser previstas.

Atualmente, a igualdade de tratamento entre homens e mulheres é imposta pela Constituição Federal em seu art. 5º, inciso I. Entretanto, existem diferenças justificáveis que privilegiam o trabalho da mulher, especialmente em relação à maternidade e à condição física mais frágil das mulheres, quando comparada à dos homens.

Dessa forma, esse artigo trata especificamente do tratamento diferenciado dado à maternidade e, conseqüentemente, do reflexo que tem a discriminação no mercado de trabalho da mulher, sempre levando em consideração a situação da trabalhadora gestante e também da realidade financeira e cultural do país.

É óbvio que os direitos que asseguram a maternidade tranquila não são voltados apenas para as gestantes, mas para toda a sociedade. Em razão disso, existe a postura da empresa em não contratar mulheres casadas ou grávidas, ou, até mesmo, o não interesse em mulheres em idade fértil, com medo dos pesados encargos empregatícios e financeiros.

A garantia de emprego, mesmo com aviso prévio dado ou no contrato de trabalho por prazo determinado, assusta principalmente as pequenas e médias empresas. Martins (2013) é enfático ao dizer que no contrato por tempo certo ambas as partes sabem quando será o final do contrato e que não caberia estabilidade provisória nesse caso, uma vez que essa discriminação já seria exagerada e prejudicial à trabalhadora.

Contudo, a pesquisa bibliográfica desenvolvida espera encontrar informações sobre a situação da mulher gestante no mercado de trabalho conforme as diferentes posições entre os autores, bem como com a realidade brasileira.

2 A MULHER E O MERCADO DE TRABALHO

2.1 BREVE HISTÓRICO

A mulher sempre fora considerada para executar trabalhos domésticos e para cuidar da família. Mesmo quando realizava ofícios diversos, não conseguia destaque, sendo considerada apenas como aprendiz nos ramos de atividades do trabalho.

No Brasil, enquanto os homens eram esquecidos pelo Estado, as mulheres

eram abandonadas. Essas viviam para os afazeres do lar: as solteiras ajudavam as mães e as casadas serviam aos maridos.

Com a Revolução Industrial veio a troca da produção artesanal para a realizada nas fábricas, a qual foi um grande atrativo para as mulheres, uma vez que elas possuíam mão-de-obra mais barata que a dos homens, mas também produziam menos que eles, devido às ocupações domésticas, como bem explica o doutrinador Garcia (2014). Outrossim, o trabalho delas era considerado de valor inferior, já que os trabalhos penosos e os que exigiam especialização eram realizados por homens.

Junto com as crianças, as mulheres formaram a primeira população das manufaturas, já que se pagava pouco e eram consideradas obedientes e de fácil intimidação, principalmente as casadas e as que tinham família à sua responsabilidade. Elas submetiam-se a jornadas de 14 (catorze) a 16 (dezesesseis) horas por dia e diversos outros abusos, como, por exemplo, condições insalubres, perigosas e precárias de trabalho, para não perderem o emprego. Todavia, vale ressaltar que as condições de trabalho dos homens não eram tão diferentes.

Com o passar do tempo, já no século XIX, algumas leis de proteção começaram a surgir em alguns países. Na França, em 1841, surgiu a lei que reduziu para oito horas por dia o trabalho de menores de 12 (doze) anos e para doze horas a jornada de crianças menores de 16 (dezesesseis) anos. Já em 1892, houve lei proibindo as mulheres de trabalharem mais de onze horas por dia, assim como o trabalho noturno.

Na Inglaterra a primeira lei referente ao trabalho da mulher foi de 1842, proibindo o trabalho em subterrâneos. Em diversos outros países surgiram variadas regulamentações protecionistas acerca do trabalho, não só feminino, mas como um todo, uma vez que as condições de trabalho eram extremamente repugnantes.

Internacionalmente, a Organização Internacional do Trabalho (OIT³) passou a editar convenções: Convenção nº 3/1919, ratificada no Brasil através do Decreto nº 51.627/1962, trata sobre o trabalho da mulher antes e após o parto; Convenção nº 41/1934 que dispõe sobre o trabalho noturno da mulher; e várias outras Convenções que também tratam sobre o mesmo tema, de acordo com Garcia (2014).

No Brasil, a primeira norma que tratou sobre o trabalho da mulher foi o

³ OIT: é a agência das Nações Unidas que tem por missão promover oportunidades para que homens e mulheres possam ter acessos a um trabalho decente e produtivo, em condições de liberdade, equidade, segurança e dignidade.

Decreto nº 21.417-A de 1932, o qual proibiu o trabalho noturno das 22 às 5 horas e, também, a remoção de pesos. Esse Decreto concedeu à mulher dois intervalos diários de 30 (trinta) minutos cada para amamentação dos filhos, durante os seis primeiros meses de vida. A Constituição de 1934 proibiu a discriminação da mulher em relação aos salários, proibiu o trabalho em locais insalubres e garantiu o descanso antes e após o parto sem embargar salário nem emprego, assegurando instituição de previdência em favor da maternidade. Já a Constituição de 1937 assegurou assistência médica e higiênica à gestante, antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e emprego. Em 1967 a Constituição trouxe a aposentadoria da mulher aos trinta anos de trabalho com salário integral.

Em 1943 foi editada a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) a qual regulamentou as relações individuais e coletivas do trabalho, tanto urbano quanto rural. Em 1944, quando da primeira alteração, foi admitido o trabalho noturno da mulher maior de 18 anos e somente em algumas atividades.

A Lei Maior, de 5 de outubro de 1988: não proibiu o trabalho da mulher em atividades insalubres, o que o tornou permitido; assegurou a licença à gestante sem prejuízo do emprego e do salário, com duração de 120 dias; previu a proteção do trabalho da mulher mediante incentivos específicos, conforme fossem determinados em lei; proibiu a diferença de salários, de funções e de critérios de admissão por motivo de sexo; assegurou que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações; garantiu emprego à mulher gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

Ao longo da história as mulheres foram ocupando cada vez mais espaço no mercado de trabalho, lutando por igualdade em todos os níveis da sociedade. Entretanto, apesar de serem a maioria da população brasileira, elas ainda têm uma participação relativamente menor que a do homem, bem como salários inferiores.

2.2 SITUAÇÃO ATUAL

O trabalho feminino assinala uma expressiva participação na situação mundial, pois a tecnologia aboliu o conceito de que a mulher é fraca para trabalhar com máquinas grandes, por exemplo, uma vez que hoje em dia quase tudo é sistematizado. O intelecto e a capacidade para produzir têm sido os pontos relevantes para análise da inserção no mercado. Há a competição igualitária de

condições tecnológicas e culturais com os homens, devido à globalização e ao desenvolvimento da sociedade.

Todavia, a mulher continua tendo prioridades em empregos com piores condições de trabalho, com baixa remuneração e sem carteira assinada, como, por exemplo, o emprego doméstico.

O trabalho prossegue sendo explorado e existem discriminações, como por conta da maternidade que pode interferir na frequência. Ademais, existe uma política protecionista considerada, muitas vezes, exagerada, que provoca no empregador receio em admitir mulheres. De fato, a proteção à maternidade deve existir, como caráter social, para preservar a mãe e a trabalhadora, mas de forma que estimule a manutenção do emprego e que as funções maternas possam ser cumpridas normalmente.

3 FUNDAMENTOS DA PROTEÇÃO AO TRABALHO DA MULHER

O que fundamenta a proteção ao trabalho da mulher diz respeito a sua fragilidade física, uma vez que sua composição física média não é a mesma do homem. Porém, as medidas protetivas apenas se justificam quando se referem ao período da gestação e após o parto, de amamentação e a determinadas situações características da mulher, como a impossibilidade física de levantar pesos em excesso. As demais formas de discriminação devem ser extintas.

Por exemplo, à época do Código Civil de 1916 prevalecia no Brasil o sistema patriarcal, no qual a mulher era tratada como incapaz. O art. 446⁴ da CLT orientava “presumir autorizado” o trabalho da mulher casada e caso houvesse obstinação conjugal, a mulher poderia recorrer ao suprimimento da autoridade judiciária competente. Todavia, essa situação modificou-se com o Estatuto da Mulher Casada, com a Lei nº 4.121/1962 que modificou o Código Civil (CC) de 1916, deixando a mulher de ser incapaz e, por fim, o referido artigo da CLT foi revogado pela Lei nº 7.855/1989, uma vez que tais situações são incabíveis no mundo atual.

A Constituição Federal de 1988 proclama a igualdade entre homens e

⁴ Art. 446, CLT: Presumisse autorizado o trabalho da mulher casada e do menor de 21 anos e maior de 18. Em caso de oposição conjugal ou paterna, poderá a mulher ou o menor recorrer ao suprimimento da autoridade judiciária competente (BRASIL, 1943).

Parágrafo único: ao marido ou pai é facultado pleitear a rescisão do contrato de trabalho, quando a sua continuação for suscetível de acarretar ameaça aos vínculos da família, perigo manifesto as condições peculiares da mulher ou prejuízo de ordem física ou moral para o menor.

mulheres, em direitos e obrigações. Contudo, a CLT permanece com artigos discriminatórios quanto ao trabalho da mulher, sem qualquer justificativa, apenas reforçando o conservadorismo, que ao invés de protegê-la, acaba discriminando-a.

3.1 TRATAMENTO ISONÔMICO

Atualmente, as normas que protegem o trabalho da mulher devem se restringir ao provimento do trabalho, pondo fim a qualquer desigualdade no plano social, por meio de medidas que incentivem a contratação e melhoria das condições de trabalho, para alcançar a igualdade material entre homens e mulheres. Assim, a legislação justifica-se pelo princípio da igualdade material e da vedação à discriminação de gênero nas relações de trabalho, o que pode ser confirmado em Garcia (2014).

Como exposto anteriormente, o art. 5º da Carta Magna afirma que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos da Constituição, tendo como finalidade, segundo Moraes (2014), atenuar os desníveis de tratamento em razão do sexo, previstos pela própria constituição ou pela legislação infraconstitucional. O que se proíbe são as diferenciações arbitrárias e absurdas, pois o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desiguam, é exigência do próprio conceito de Justiça.

O sexo é fator de discriminação, como bem comenta Silva (2014, p. 226):

O sexo feminino esteve sempre inferiorizado na ordem jurídica, e só mais recentemente vem ele, a duras penas, conquistando posição paritária, na vida social e jurídica, à do homem. A Constituição deu largo passo na superação do tratamento desigual fundado no sexo, ao equiparar os direitos e obrigações de homens e mulheres.

A atual Constituição brasileira extinguiu do Direito nacional qualquer prática discriminatória contra a mulher no contexto empregatício, mesmo que justificada a prática jurídica pelo fundamento da proteção e da tutela. Nessa conjuntura revogou alguns dispositivos da CLT que produziam efeito notadamente discriminatório com relação à mulher obreira.

No comando antidiscriminatório no que tange ao sexo, como denomina Delgado (2014), a Carta Magna incorporou parâmetros específicos em seu art. 7º, inciso XXX, e também no inciso XX, estipulando “proteção do mercado de trabalho

da mulher mediante incentivos específicos, nos termos da lei”. Entretanto, percebe-se que a Constituição permite uma prática diferenciada desde que efetivamente direcionada a proteger, ou ampliar, o mercado de trabalho da mulher.

É claro que a Constituição Federal não inviabiliza tratamento diferenciado à mulher enquanto mãe, pois a maternidade recebe normatização privilegiada que autoriza condutas e vantagens superiores ao padrão deferido ao homem, e mesmo à mulher que não esteja gestante ou em situação recente de parto.

4 MEIO AMBIENTE DE TRABALHO

4.1 DISCRIMINAÇÃO CONTRA A MULHER

Delgado (2014) explica que a primeira significativa alteração constitucional é no tocante à situação da mulher trabalhadora. Textos constitucionais anteriores já vedavam discriminações em razão do sexo, só que a cultura jurídica não considerou que dispositivo semelhante também pudesse suprimir condutas tutelares discriminatórias contra a mulher no contexto do mercado de trabalho ou na relação de emprego.

Nessa linha, qualquer tipo de discriminação em razão de sexo, cor, estado civil etc. é proibido. A empregada tem proteção pré-contratual, como a vedação da exigência de teste de gravidez e esterilização, ou outras práticas discriminatórias, como requisitos para preenchimento ou permanência em vaga de emprego. Nesse sentido a Lei nº 9.029/1995 veda práticas discriminatórias especificamente contra a mulher, como também prevê crimes pelo descumprimento do art. 1º. Senão vejamos:

Lei n. 9.029/95. Art. 1º Fica proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso a relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, ressalvadas, neste caso, as hipóteses de proteção ao menos previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.

Art. 2º Constituem crime as seguintes práticas discriminatórias:

I – a exigência de teste, exame, perícia, laudo, atestado, declaração ou qualquer outro procedimento relativo à esterilização ou a estado de gravidez;

II – a adoção de quaisquer medidas, de iniciativa do empregador, que configurem;

a) indução ou instigamento à esterilização genética;

b) promoção de controle de natalidade, assim não considerado o

oferecimento de serviços de aconselhamento ou planejamento familiar, realizados através de instituições públicas ou privadas, submetidas às normas do Sistema Único de Saúde (SUS) (BRASIL, 1995).

A Lei prevê pena de detenção de um a dois anos e multa, tendo como sujeitos ativos dos crimes a pessoa física empregadora, o representante legal do empregador e o seu dirigente. A multa administrativa, sem prejuízo das sanções penais de dez vezes o valor do maior salário pago pelo empregador, aumentado em 50% em caso de reincidência; e proibição de obter empréstimos ou financiamento junto a instituições financeiras oficiais.

Nada impede, contudo, que a empresa solicite exame médico na dispensa da empregada, para averiguar se a empregada está grávida, objetivando manter a relação de emprego caso o resultado seja positivo. Tal ato é uma garantia para ambas as partes da condição de estabilidade da trabalhadora, não representando crime, infração administrativa ou outra qualquer. Também inexistirá procedimento incorreto se, espontaneamente, a empregada fizer o teste de gravidez, por não haver exigência do empregador.

Caso ocorra a rescisão da relação de emprego por ato discriminatório, a empregada poderá escolher, além do direito à reparação por dano moral, entre: readmissão com ressarcimento integral de todo período de afastamento, mediante pagamento das remunerações devidas; ou percepção, em dobro, da remuneração do período do afastamento, com juros de 1% ao mês, calculados de maneira simples e a partir da propositura da ação (§1º do art. 39⁵ da Lei nº 8.177/91) e correção monetária com base na taxa referencial. Importante ressaltar que a faculdade da rescisão ou readmissão é da obreira e não do empregador.

Havendo readmissão, o período de afastamento é entendido como sendo até o retorno da empregada, devido à atitude discriminatória. Quando do retorno da trabalhadora, o empregador poderá dispensá-la, caso não goze mais da garantia de emprego, pagando apenas as verbas rescisórias pertinentes. Assim, terminado o período de garantia de emprego, o empregador não é mais obrigado a manter a empregada na empresa.

A citada Lei nº 9.799/1999 alterou alguns artigos dispositivos da CLT,

⁵ Art. 39, §1º: Aos débitos trabalhistas constantes de condenação pela Justiça do Trabalho ou decorrentes dos acordos feitos em reclamatória trabalhista, quando não cumpridos nas condições homologadas ou constantes do termo de conciliação, serão acrescidos, nos juros de mora previstos no caput juros de um por cento ao mês, contados do ajuizamento da reclamatória e aplicados pro rata die, ainda que não explicitados na sentença ou o termo de conciliação (BRASIL, 1991).

ampliando a defesa da mulher contra a discriminação no emprego. O caput do art. 373-A da CLT prevê que “ressalvadas as disposições legais destinadas a corrigir as distorções que afetam o acesso da mulher ao mercado de trabalho e certas especificidades estabelecidas nos acordos trabalhistas” (BRASIL, 1991) são vedadas diversas situações, o que torna inquestionável a matriz jurídica antidiscriminatória ressaltada pela Constituição Federal. Aqui, é importante esclarecer que os acordos trabalhistas mencionados são referentes aos acordos e convenções coletivas.

Essa lei trouxe novidades como: a) proibição de publicação de anúncio de emprego que tenha referência ao sexo, idade, cor ou situação familiar, salvo quando a natureza da atividade a ser exercida, pública e notoriamente, assim exigir; b) vedou a adoção, para acesso ou admissão de inscrição em concursos, em empresas privadas, de critérios em função discriminatória em razão do sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez; c) determinou que as empresas com mais de cem funcionários, de ambos os sexos, façam a manutenção de programas especiais de incentivos a aperfeiçoamento profissional de mão de obra; d) vedou ao empregador ou preposto revistas íntimas nas trabalhadoras ou funcionárias; e) dispôs que as vagas de cursos de formação de mão de obra ministrados por instituições governamentais, pelos próprios empregadores ou por qualquer órgão de ensino profissionalizante sejam fornecidas aos empregados de ambos os sexos (art. 390-B, CLT) (BRASIL, 1991).

A obreira tem direito, em razão de sua condição física, a tratamento diferenciado dos homens, como, por exemplo, o intervalo intrajornada de 15 minutos concedido entre o horário normal de trabalho e horas suplementares, conforme art. 38⁶ da CLT. Tal intervalo não é remunerado, mas se não seja dado pelo empregador, será remunerado como extraordinário esse tempo de 15 minutos. Segundo Delgado (2014), esse dispositivo tem dimensão de política de medicina preventiva no ambiente de trabalho, pois as horas extras, de um modo geral, produzem desgastes à saúde física e mental da pessoa humana.

Outra diferença é o descanso semanal remunerado, pois ocorrendo trabalho aos domingos, será organizada uma escala de revezamento quinzenal que beneficie

⁶ Art. 384, CLT: Em caso de prorrogação do horário normal, será obrigatório um descanso de 15 (quinze) minutos no mínimo, antes do início do período extraordinário do trabalho (BRASIL, 1943).

o repouso semanal, nos termos do art. 386⁷ da CLT. E, por fim, distinção em razão à forma muscular, como prevê a CLT:

Art. 390. Ao empregador é vedado empregar a mulher em serviço que demande o emprego de força muscular superior a vinte quilos para o trabalho contínuo, ou vinte e cinco quilos para o trabalho ocasional.

Parágrafo único. Não está compreendida na determinação deste artigo a remoção de material feita por impulsão ou tração de vagonetes sobre trilhos, de carros de mão ou quaisquer aparelhos mecânicos (BRASIL, 1943).

Ciente de tais diferenças é preciso destacar que qualquer situação que envolva efetivas considerações e medidas de saúde pública permite tratamento normativo diferenciado, sob o critério jurídico defendido pela Constituição da República. O art. 196 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 [...]” (BRASIL, 1988), além de outros dispositivos.

4.2 PROTEÇÃO À MATERNIDADE

As normas de proteção à maternidade algumas vezes são consideradas maléficas à mulher, por terem práticas discriminatórias contra a mesma. Contudo, tirando as exageradas, são perfeitamente justificáveis segundo o prisma social e as diretrizes internacionais.

A proteção em seu sentido mais clássico, deve ficar restrita ao estado de gestante e de maternidade da empregada, em que a mulher deve ter tratamento especial, combinado com esse importante momento de sua vida, conforme ensina Garcia (2014).

A Constituição Federal prevê proteção à maternidade e à paternidade. Em seu art. 7º, inciso XVIII, define a “licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias”. E, especificamente em relação à gestante, previu, ainda, a estabilidade provisória desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, conforme art. 10, inciso II, alínea “b” do ADCT (Atos das Disposições Constitucionais Transitórias).

Nesse mesmo contexto, a proteção à maternidade tem sido uma questão

⁷ Art. 386, CLT: Havendo trabalho aos domingos, será organizada uma escala de revezamento quinzenal, que favoreça o repouso dominical (BRASIL, 1943).

importante para a OIT desde o seu surgimento, em 1919. Com o intuito de resguardar a saúde da mãe e do filho, ou filha, e proteger a trabalhadora de qualquer discriminação fundada na sua condição materna.

Todavia, inicialmente quem pagava o período em que a gestante ficava afastada para dar à luz era o empregador, o que dificultava a contratação das mulheres. Veio, então, o Decreto nº 51.627, de 1962, que promulgou a Convenção nº 3 da OIT, de 1919, estabelecendo o pagamento da licença-maternidade a cargo do Estado ou sistema de seguro, visando a manutenção da empregada e de seu filho. O Brasil ratificou também a Convenção nº 103 da OIT, de 1952, promulgada pelo Decreto nº 58.020, de 1966, que reviu a Convenção nº 3, estabelecendo que em nenhuma hipótese o empregador deverá ficar responsável pela despesa das prestações devidas à mulher que emprega, uma vez que, as prestações devidas à empregada gestante, antes ou depois do parto, devem ser de responsabilidade de um sistema de seguro ou fundo público. Apenas em 1974, com a edição da Lei nº 6.136, é que o salário-maternidade passou a ser uma prestação previdenciária.

Reitera Garcia (2014, p. 1027):

Por isso, o período de licença-maternidade deve ser assegurado à mulher, mas sem que o empregador tenha de responder pela remuneração do período, encargo que deve recair, na realidade, sobre toda a sociedade, representada pelo Estado. Caso contrário, o empregador iria, certamente, evitar a contratação de empregadas do sexo feminino, gerando a indesejada discriminação de gênero.

Como já dito, o período estabelecido pela Carta Magna é de 120 dias, sem prejuízo de emprego e salário, sendo 28 dias antes e 92 dias depois do parto. O início do afastamento será determinado por atestado médico, que deverá ser entregue ao empregador. Importante esclarecer que o afastamento poderá ocorrer entre o 28º (vigésimo oitavo) dia antes do parto e a ocorrência desse. Excepcionalmente, o período poderá ser aumentado por mais duas semanas cada um, mediante atestado médico também.

Outrossim, em 2008, pela Lei nº 11.770 foi criado o Programa Empresa Cidadã, no qual a empresa aderente a ele pode prorrogar a licença para 180 (cento e oitenta) dias, em troca de benefício fiscal e desde que a empregada grávida a requeira. Ou seja, depende de dois requisitos cumulativos para que ocorra essa prorrogação: depende de iniciativa da empresa e da gestante. E, por fim, a

prorrogação é referente apenas à licença e não ao salário-maternidade.

Existe ainda a Proposta de Emenda à Constituição nº 41 de 2015 (BRASIL, 2015), que visa aumentar as durações da licença-maternidade e da licença-paternidade. Como justificativa está a recomendação de que a criança deve ser amamentada nos seis primeiros meses de vida, sendo insuficiente o período atual de 120 dias da licença-maternidade. A duração passaria a ser de 180 dias ficando de acordo com os princípios da proteção à maternidade, à gestante, à infância e à família, previstos na Constituição Federal, bem como com o princípio da proteção integral à criança, previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente. Ademais também é sugerido o aumento da duração da licença paterna de cinco para trinta dias, com o intuito de auxiliar a mãe no cuidado com a criança.

Com relação ao aumento da licença-paternidade, só demonstra a mudança cultural que se vive. O custo de vida cada vez mais alto, mão-de-obra também, tem exigido que os pais exerçam papel atuante dentro de casa. Prevista no art. 7º, inciso XIX, com duração atual de cinco dias, é estabelecida pelo art. 10, §1º do ADTC, e tem o objetivo de possibilitar o acompanhamento da mulher e do filho recém-nascido; porém, nesse caso, o encargo é exclusivo do empregador, diferentemente do que ocorre com o salário-maternidade, o qual é pago pelo empregador diretamente à empregada, mas deduzível dos recolhimentos previdenciários a que a empresa estiver obrigada.

A referida PEC demonstra estar em acordo com a recomendação da Organização Mundial da Saúde (OMS) (RECOMENSAÇÕES..., 1991), a qual afirma que crianças devem fazer o aleitamento materno exclusivo até os seis meses de idade. Todavia esse período é incompatível com a licença atual que é concedida à mãe. Por outro lado, deve ser pensando no custo que esse aumento de 60 dias traria para o empregador e para o Estado. É certo que os 180 dias seriam uma grande conquista para as mães trabalhadoras, mas deve-se sempre ter o cuidado com o efeito negativo que a mudança pode causar. Entretanto, como não seria diferente, uma proposta de tal relevância para a saúde e proteção da família está parada desde o dia 1º de abril na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, aguardando designação do relator.

O direito à licença-maternidade não é restrito ao nascimento do filho com vida e também é devido à empregada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança, correspondente aos mesmos 120 dias assegurados à mãe

biológica. Em caso de aborto não criminoso, a mulher tem direito a um repouso remunerado de duas semanas (art. 393, §2º, CLT).

Confirmada a gravidez, inicia-se a proibição de dispensa imotivada, no período próximo ao parto. Note-se que a confirmação da gravidez é diferente da comunicação ao empregador, pois mesmo que ele não saiba da gestação, não poderá dispensar a trabalhadora.

Essa estabilidade, ou garantia provisória de emprego, é direito da trabalhadora mesmo que o contrato de trabalho seja por prazo determinado ou se a gravidez acontecer durante o aviso-prévio, inclusive o indenizado.

A dispensa em desacordo com o princípio da estabilidade da gestante é nula, podendo a empregada pleitear a reintegração no emprego. Após o período da estabilidade a trabalhadora terá direito aos direitos trabalhistas

Sobre o tema, o Tribunal Superior do Trabalho (TST) posicionou-se editando a Súmula 244:

Súmula nº 244 do TST. Gestante. Estabilidade provisória.

I – O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade (art. 10II, “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 ADCT, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado (BRASIL, 2005).

Discute-se, ainda, sobre a conduta da mulher que aguarda o fim do período de estabilidade para entrar com a ação judicial, objetivando apenas a indenização, e não a reintegração. Entretanto, o TST já pacificou o assunto, entendendo que não há abuso de direito, conforme Orientação Jurisprudencial:

Orientação Jurisprudencial nº 399 da SDI-I do TST. 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 (BRASIL, 2010).

5 CONTRATO DE TRABALHO

Contrato é o acordo tácito ou expresso mediante o qual ajustam as partes

pactuantes direitos e obrigações recíprocas. Garcia (2014) ensina que contrato de trabalho tanto é fonte de obrigações, como é também fonte de relação de emprego, dando origem a essa relação jurídica. Retrata a própria relação jurídica de emprego em execução, em que a vontade se manifesta no momento inicial e nos desdobramentos sucessivos.

5.1 PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE DO CONTRATO DE TRABALHO

O princípio da continuidade da relação de emprego é um dos mais importantes do Direito do Trabalho, uma vez que ele fundamenta a manutenção do acordo laboral e a natureza alimentar do salário. O principal objetivo é dar segurança econômica ao trabalhador com a conservação do posto de trabalho.

Delgado (2014), analisando o tema, destaca que esse princípio propõe como regra geral o contrato trabalhista por tempo indeterminado, já que é o que melhor concretiza o direcionamento pela continuidade da relação empregatícia. Além disso, é de interesse público que sejam firmados para períodos de longa duração. A exceção à regra são os contratos por prazo determinado.

Não se pode negar a importância do trabalho para a vida das pessoas. Ele dignifica o homem. O emprego leva ao salário, que, por sua vez, dá o poder de subsistir; dá, também, a possibilidade de ser filiado da Previdência Social e gozar de seus benefícios.

A Constituição Federal de 1988 consagra em seu art. 6º⁸ o trabalho como um dos direitos sociais. Já no inciso III do art. 1º ensina que a República Federativa do Brasil tem como fundamento a dignidade da pessoa humana. E o inciso IV do mesmo artigo preconiza como fundamento os valores sociais do trabalho.

A ordem econômica constitucional funda-se na valorização do trabalho humano e tem como princípios, entre outros, a busca pelo pleno direito, conforme o art. 170, VIII da Carta Magna. Outrossim, em seu art. 193⁹, a ordem social tem como base o primado do trabalho. Ocorre que para serem alcançados os objetivos elencados na Lei Maior, é necessário que exista também a continuidade da relação

⁸ Art. 6º, CF/88: São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição (BRASIL, 1988).

⁹ Art. 193, CF/88: A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais (BRASIL, 1988).

de trabalho.

Godinho (2014, p. 207) continua explicando que:

À medida que se sabe que a grande maioria da população economicamente ativa, na sociedade contemporânea ocidental (em particular em países como o Brasil), constitui-se de pessoas que vivem apenas de seu trabalho, percebe-se a relevância do presente princípio no Direito e sociedade atuais.

A atual Constituição coloca esse princípio em patamar de relevância jurídica, pois harmoniza, em parte, a ordem trabalhista à diretriz desse do princípio da continuidade da relação de emprego. Paralelamente, fixou a regra da “relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar” (art. 7º, I, BRASIL, 1988).

As hipóteses de rescisão do contrato são previstas em lei, ou por vontade das partes, porém enquanto isso não acontece há a sucessividade das prestações entre empregado e empregador, compreendendo direitos e obrigações recíprocas. Portanto, a relação de emprego é contínua e não eterna. Essa continuidade do contrato é presunção relativa e encontra respaldo na lei, como por exemplo no art. 3º da CLT, que prevê a prestação de serviços do empregado ao empregador de forma contínua e não eventual, uma vez que não se esgota em uma única prestação.

Em razão desse princípio, a obrigação de comprovar a ruptura do contrato de trabalho é do empregador, pois presume-se que o trabalhador não deu causa ao término do contrato, segundo entendimento do TST:

Súmula 212 do TST. O ônus de provar o término do contrato de trabalho, quando negados a prestação de serviço e o despendimento, é do empregador, pois o princípio da continuidade da relação de emprego constitui presunção favorável ao empregado.

A presunção da continuidade do contrato de trabalho é no sentido da inversão do ônus da prova. Caso haja negativa da dispensa por parte do empregador, presume-se a continuidade do contrato até que seja feita prova em sentido contrário por parte daquele, pois o princípio em comento constitui presunção favorável ao empregado.

Ademais, existem exemplos da continuidade do contrato de trabalho na

legislação: a) transferência do empregado (art. 469¹⁰, CLT), que preserva a relação de emprego; b) a mudança na estrutura e na propriedade da empresa (arts. 10¹¹ e 448¹², CLT), que não alteram o contrato de trabalho; c) a irredutibilidade do salário (art. 7º, VI, CF) e de redução da jornada (art. 7º, XIII¹³, BRASIL, 1988), que proporcionam a flexibilização das condições de trabalho temporárias com a fiscalização do sindicato de trabalhadores, evitando dispensas nas crises econômicas; d) a estabilidade e garantia de emprego, que bloqueiam a dispensa do trabalhador por parte do empregador; e) a suspensão e a interrupção dos efeitos do contrato de trabalho, hipótese em que não há prestação de serviços, mas o vínculo empregatício continua intacto.

Por fim, a exceção ocorre quando o contrato é firmado por prazo determinado, como nos casos de contrato de experiência, temporário, conforme previsão no art. 443 da CLT.

5.2 CONTRATO POR TEMPO DETERMINADO

Como visto, a regra é o contrato por tempo indeterminado, ou seja, se não existir comprovação de que o contrato foi celebrado por prazo certo, presume-se que se trata de contrato por tempo indeterminado. Godinho (2014, p. 555) deixa claro que “na qualidade de exceção, os pactos a prazo somente podem ser celebrados em estritas hipóteses legalmente especificadas”.

Contrato de trabalho por período determinado é “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” (§1º do art. 443, CLT) (BRASIL, 1943).

Para o empregador as vantagens são, em regra: impossibilidade de o empregado adquirir estabilidade; desnecessidade de aviso prévio; e não pagamento

¹⁰ Art. 469, CLT: Ao empregador é vedado transferir o empregado, sem a sua anuência, para a sua localidade diversa da que resultar do contrato, não se considerando transferência a que não acarretar necessariamente a mudança do seu domicílio (BRASIL, 1943).

¹¹ Art. 10, CLT: Qualquer alteração na estrutura jurídica da empresa não afetará os direitos adquiridos por seus empregados (BRASIL, 1943).

¹² Art. 448, CLT: A mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afetará os contratos de trabalho dos respectivos empregados (BRASIL, 1943).

¹³ Art. 7º, XIII, CF/88: Duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho (BRASIL, 1988)

da indenização de 40% (quarenta por cento) sobre os depósitos do FGTS (Fundo de Garantia por Tempo de Serviço).

Todavia, a CLT estabelece hipóteses em que é possível a celebração do contrato de trabalho por tempo determinado. O §2º do art. 443 elenca três hipóteses: a) serviços cuja natureza ou transitoriedade justifique a predeterminação do prazo, ou seja, são situações excepcionais que exigem a contratação de empregados apenas para realizar serviços transitórios, como ocorre em épocas festivas ou para substituição de pessoal permanente da empresa; b) atividades empresariais de caráter transitório, isto é, a própria atividade empresarial é transitória, havendo necessidade de contratar trabalhadores para evento específico; c) e o contrato de experiência, quer dizer, tem finalidade de uma avaliação recíproca entre as partes envolvidas.

Nos dois primeiros casos, o prazo máximo é de dois anos, podendo ser estipulado um prazo menor e haver uma única prorrogação, desde que respeitado, sempre, o prazo máximo citado. Caso seja desrespeitado esse limite ou se ocorrer mais de uma prorrogação, o contrato será automaticamente convertido em prazo indeterminado (art. 451¹⁴, CLT).

Em se tratando da última hipótese, qual seja, contrato de experiência, o prazo será de 90 (noventa) dias, também com a possibilidade de haver apenas uma prorrogação e respeitando os 90 dias. Da mesma forma, se o limite máximo for ultrapassado ou acontecer mais de uma prorrogação, o contrato passará a vigorar sem determinação de prazo, igualmente conforme art. 451 da CLT.

Segundo Sérgio Pinto Martins (2014, p. 122) “a prorrogação nada mais é do que a continuação do contrato anterior e não um novo contrato”. Outrossim, não é possível fazer novo contrato de trabalho por período determinado com o mesmo empregado, exceto após seis meses do encerramento do contrato anterior, conforme art. 452 da CLT. Contudo, poderá ocorrer antes dos seis meses, se a expiração do pacto anterior dependeu da execução de serviços especializados ou da realização de certos acontecimentos.

O contrato de trabalho por tempo determinado pode ser celebrado verbalmente, como prevê o *caput* do art. 443 da CLT, porém o ideal seria que somente fosse estabelecido por escrito, para evitar fraudes e dar segurança para

¹⁴ Art. 451, CLT: O contrato de trabalho por prazo determinado que, tácita ou expressamente, for prorrogado mais de uma vez passará a vigorar sem determinação de prazo (BRASIL, 1943).

ambas as partes.

No caso de dispensa do empregado, sem justa causa, o empregador será obrigado a pagar, a título de indenização, a metade da remuneração à qual teria direito da data da dispensa até o término regular do contrato. E, do outro lado, o empregado não pode desligar-se da empresa, sem justa causa, sob pena de ter de indenizar o empregador dos prejuízos que o fato causar. Não podendo essa indenização ultrapassar àquela que teria direito o trabalhador em iguais condições (artigos 479 e 480 da CLT) (BRASIL, 1943).

Se o contrato tiver cláusula assecuratória do direito recíproco de rescisão, antes de acabado o termo acertado, aplicam-se, caso seja exercido tal direito por qualquer das partes, os princípios que regem a rescisão dos contratos por prazo determinado, segundo o artigo 481 da CLT (BRASIL, 1943).

Inexiste nos contratos de trabalho por tempo determinado o aviso-prévio, pois as partes sabem previamente quando o contrato irá terminar. Entretanto, os que contiverem cláusula permitindo às partes a rescisão imotivada antes do término serão regulados pelas mesmas regras dos contratos por prazo indeterminado, uma vez que irão possuir cláusula de aviso-prévio (art. 481, CLT).

Outra característica é a não observância de garantia de emprego, como bem exemplifica Sérgio Pinto Martins (2014), mesmo que a empregada fique grávida no curso do pacto laboral, o empregador não terá que observar tal garantia, pois as partes já sabiam desde o início que o contrato de trabalho terminaria no último dia acordado. Porém, o TST entende de forma diversa, até editando a súmula 244, a qual será vista mais adiante.

Mas uma estabilidade adquirida, mesmo durante o contrato por prazo determinado, é o do empregado que sofre acidente de trabalho:

Súmula nº 378 do TST. Estabilidade provisória. Acidente de trabalho. [...] III – O empregado submetido a contrato de trabalho por tempo determinado goza da garantia provisória de emprego, decorrente de acidente de trabalho, prevista no art. 118 da Lei nº 8.213/1991 (BRASIL, 2012).

Nesse caso específico do acidente de trabalho é compreensível a proteção dada pelo Superior Tribunal do Trabalho, uma vez que o obreiro estava no exercício do trabalho a serviço da empresa. A lesão corporal ou confusão funcional pode causar tanto perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o

trabalho, quanto até a morte.

Por fim, é requisito essencial para a validação do contrato de trabalho por tempo determinado a anotação na Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS) do empregado. O artigo 29 da CLT indica que as condições especiais de trabalho devem ser anotadas na CTPS do empregado.

5.3 AVISO PRÉVIO

Segundo Nascimento (2013, p. 1199):

Aviso prévio é ato que necessariamente deve ser praticado pela parte do contrato de trabalho que deseja rescindir o vínculo jurídico, e consiste numa manifestação desse propósito, mas também é denominado aviso prévio o prazo remanescente da relação de emprego a ser observado pelas partes até o término da sua duração, como, ainda, aviso prévio é o modo pelo qual é denominada uma indenização substitutiva paga em alguns casos à falta do cumprimento em tempo desse prazo.

Em resumo, aviso prévio pode ser entendido como uma forma de uma parte informar a outra que não tem mais interesse na conservação do contrato de trabalho, com natureza de declaração unilateral, conforme ensina Garcia (2014, p. 716). O aviso permite ao empregado procurar outro emprego, e ao empregador buscar um substituto para o cargo vago.

A CLT não exige formalidade específica para a concessão do aviso, podendo até mesmo ser oral. No entanto, recomenda-se a forma escrita, para fins de comprovação, em pelo menos duas vias, ficando uma com o obreiro e outra com o empregador.

A parte que decidir pelo fim do contrato deve avisar a outra com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, conforme estabelece o inciso XXI do art. 7º¹⁵ da CF. Assim, o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço será de 30 dias para os empregados com até um ano de contrato, e a cada ano de contrato, serão acrescidos três dias na duração do aviso, até o limite de 60 (sessenta) dias, podendo, então, o aviso ter um prazo máximo de 90 (noventa) dias.

Essa proporcionalidade é em benefício dos empregados urbanos, rurais, domésticos e trabalhadores avulsos, isto é, o empregador não tem o direito de

¹⁵ Art. 7º, XXI, CF/88: Aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei (BRASIL, 1988).

determinar que o empregado continue trabalhando por mais de 30 dias, quando houver pedido de demissão.

O aviso prévio produz efeitos sobre o contrato individual de trabalho. Quando é dado pelo empregador e sem justa causa, o empregado terá o direito de trabalhar durante a duração legal, mas com redução de duas horas na jornada ou redução de sete dias, sem prejuízo do salário. Quanto à rescisão, esta só torna-se efetiva após a expiração do prazo do aviso prévio. Mesmo no aviso indenizado ocorre a integração do tempo de serviço do empregado no contrato de trabalho, para todos os efeitos.

Nascimento (2013, p. 1204) ainda explica que:

Prevalece como presunção a irrenunciabilidade pelo empregado do seu direito de permanecer em serviço durante o prazo da duração do aviso prévio, uma vez que essa permanência, como regra geral, o favorece acrescentando ao valor do 13º salário e das férias o duodécimo correspondente a esse período, e aos depósitos do Fundo de Garantia, os recolhimentos relativos a esse tempo; a STST n. 276 dispõe que “o direito aviso prévio é irrenunciável pelo empregado. O pedido de dispensa de cumprimento não exime o empregador de pagar o respectivo valor, salvo comprovação de haver o prestador dos serviços obtido novo emprego”.

Se o trabalhador sofre acidente de trabalho e seja concedido auxílio-doença no curso do aviso prévio, os efeitos da dispensa somente irão se consolidar depois do fim do benefício previdenciário, uma vez que não há extinção do contrato de trabalho durante o recebimento do referido benefício, pois o contrato fica suspenso. E, em relação aos efeitos, o TST entende:

Súmula nº 371 do TST. A projeção do contrato de trabalho para o futuro, pela concessão do aviso prévio indenizado, tem efeitos limitados às vantagens econômicas obtidas no período de pré-aviso, ou seja, salários, reflexos e verbas rescisórias. No caso de concessão de auxílio-doença no curso do aviso prévio, todavia, só se concretizam os efeitos da dispensa depois de expirado o benefício previdenciário (BRASIL, 2005).

Por fim, é necessário destacar que durante o aviso o empregado, em regra, não adquire estabilidade, ou seja, caso ele se candidate a membro da Comissão Interna de Prevenção de Acidentes (CIPA) ou a dirigente sindical e seja eleito não gozará de estabilidade. Entretanto, o TST entende que a constatação de gravidez, por exames laboratoriais, durante o período do aviso prévio trabalhado ou indenizado, gera direito à garantia provisória de emprego.

6 ESTABILIDADE PROVISÓRIA DA GESTANTE

Martins (2014, p. 467) esclarece que “a verdadeira estabilidade era aquela por tempo de serviço, em que se considerava estável o empregado que tivesse 10 anos na empresa. As demais estabilidades podem ser chamadas de provisórias, pois ficam circunscritas a determinado tempo”. Ele continua explicando que a garantia de emprego é o direito do empregado de não ser despedido sem motivo relevante ou causa justificada durante determinado prazo, de acordo com certas hipóteses definidas em lei, norma coletiva ou outro instrumento.

Garantia de emprego é, porém, o nome adequado para o que se chama estabilidade provisória, pois, se há estabilidade, ela não pode ser provisória. Não se harmonizam os conceitos de estabilidade e provisoriedade, daí por que garantia de emprego. É a impossibilidade temporária da dispensa do empregado, salvo as hipóteses previstas em lei (MARTINS, 2014, p. 467).

Entretanto, como o próprio TST utiliza a expressão *estabilidade provisória*, esta também será usada neste trabalho para referir-se à garantia de emprego.

A garantia de emprego da empregada gestante é um direito “construído em harmonia com o princípio da continuidade da relação de emprego” (DELGADO, 2006, p. 1104). É uma forma de proteger o mercado de trabalho da mulher e permitir uma gravidez tranquila, mesmo no período pós-parto.

O emprego deve ser garantido em razão da proteção ao nascituro, para que a mãe possa se recuperar do parto e cuidar do filho nos primeiros meses de vida. O art. 10, inciso II, alínea *b* do ADCT veda a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

Essa confirmação é a data da concepção da gravidez em si e não da comunicação do fato ao empregador, ou seja, o desconhecimento da gravidez, pelo empregador, não afasta o direito à estabilidade.

Acerca desse entendimento e outras proteções, o TST posicionou-se:

Súmula nº 244 do TST. Gestante. Estabilidade provisória

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 ADCT, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado (BRASIL, 2012).

O inciso II é cristalino ao assegurar a reintegração ao emprego apenas no período da estabilidade. Estando fora do citado intervalo, a garantia limita-se aos salários e demais direitos correspondentes.

Ocorre que, não satisfeito com a proteção conferida constitucionalmente às gestantes (art, 10, II, “b”, ADCT), o Tribunal Superior do Trabalho ampliou a proteção decorrente da dignidade da pessoa humana e da proteção à vida, da gestante e do nascituro, editando o inciso III da referida Súmula, o qual abrange, ainda, os contratos por tempo determinado.

Essa proteção alcança todos os tipos de contratos por prazo determinado, isto é, aqueles cuja vigência depende de termo pré-fixado ou da execução de serviços específicos ou ainda da realização de certo acontecimento suscetível de previsão, conforme §1º do art. 443, da CLT (BRASIL, 1943).

No entendimento do TST o único requisito exigido é o estado gravídico, não importando a relação contratual estabelecida. Há sempre a ideia de proteção constitucional às gestantes e aos nascituros. Ademais, os tribunais já firmaram entendimento que a citada estabilidade é devida até mesmo quando a gravidez ocorre no curso do aviso prévio, indenizado ou não, uma vez que ele integra o contrato de trabalho para todos os fins. Aliás, a própria CLT foi alterada, para prever esse direito à gestante:

Art. 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 art, 10 do Ato das Disposições Transitórias (BRASIL, 1943).

Como já mencionado neste trabalho, com exceção da gestante e do acidentado, o TST entende que a garantia de emprego e aviso prévio são institutos distintos, que não se confundem. O primeiro assegura a permanência do trabalhador, enquanto o segundo provoca a ruptura da relação de emprego.

Por fim, diferentemente do que acontece com o dirigente sindical, mesmo com o encerramento das atividades da empresa, a empregada gestante tem direito à

estabilidade, pois o risco do empreendimento é da empresa (art. 2º¹⁶, CLT), e a licença-maternidade deve ser gozada para a amamentação e cuidado para com o filho.

6.1 REFLEXOS NO MERCADO DE TRABALHO

É clara a prevalência dada pelos Tribunais aos direitos sociais, como a saúde, o trabalho, a previdência social e a proteção à maternidade, previstos no art. 6º da CF/88, bem como os fundamentos constitucionais da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho. Todavia, é preciso também analisar a situação do país, pois, às vezes, o excesso de proteção pode gerar discriminação.

O primeiro ponto a ser observado é em relação à estabilidade da gestante durante o aviso prévio. Não há dúvida que o período do aviso integra para todos os efeitos o tempo de serviço do empregado, pois só, efetivamente, há a cessação do contrato de trabalho após expirado o referido prazo.

Uma parte informa a outra que não tem mais interesse na manutenção do contrato, este ainda não acabou, mas já tem data para tal. Caso a empregada fique grávida nesse período, segundo o art. 10, inciso II, alínea b do ADCT, ela terá direito desde a confirmação até cinco meses após o parto. Assim, no contrato onde não havia mais o interesse na permanência, terá que ser perpetuado por um bom tempo. Novamente, fica clara a proteção em face da mãe e do filho, em termos de segurança e saúde. De suma importância tal cuidado, mas como fica essa inconstância contratual? A empregada mulher, em idade fértil, pode se tornar um ponto negativo sob o ponto de vista do empregador? Principalmente nas pequenas e médias empresas, não é difícil encontrar empregadores que afirmam dar preferência na contratação de homens e quando às mulheres, que estejam já com idade avançada, pois não pretendem (ou não podem mais) terem filhos.

Ato contínuo, a nova redação dada ao inciso III da súmula 244, do TST, a qual estende a garantia ao emprego às trabalhadoras vinculadas a contratos temporários, de experiência e outras modalidades de contrato por prazo determinado, gera algumas consequências.

Sérgio Pinto Martins (2014, p. 124) ensina que:

¹⁶ Art. 2º, CLT: Considerasse empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços (BRASIL, 1943).

Não se pode falar em nulidade e violação do art. 9º da CLT, inclusive pela norma ser de ordem pública. A norma é realmente de ordem pública, mas o fundamento não é esse. O motivo é o fato de que as partes já sabiam desde o início quando terminaria o pacto laboral. Assim, não há prorrogação, suspensão ou interrupção do contrato de trabalho, mas no último dia termina o pacto laboral, pouco importando se a pessoa tem ou não garantia de emprego. Tanto o empregador como o empregado sabiam desde o primeiro dia do pacto quando este terminaria. Assim, o empregador não está impedindo o empregado de trabalhar, nem violando a lei, apenas há a cessação do contrato de trabalho no último dia acordado.

Como exemplo, pode-se citar o contrato de experiência, no qual o empregador visa uma provável contratação depois do período de avaliação do trabalhador. Nesse tipo de contrato o objetivo é a continuidade da relação após o referido período, mas nem sempre isso acontece e a estabilidade da gestante, nesses casos, pode afetar os critérios de julgamento do empregador. Desse modo, pode haver o impedimento da contratação de mulheres, provocando uma discriminação, mesmo sem intenção.

O mesmo raciocínio pode ser observado no contrato de trabalho temporário. Nos períodos de maior movimento no comércio, por exemplo, as empresas podem relutar em contratar empregadas temporárias, optando por homens com o intuito de evitar o risco de ter uma empregada com estabilidade no emprego. Assim, pode-se ter a preferência na contratação de empregados homens, ao invés de arriscar contratar mulheres, que se engravidassem estenderiam o fim do vínculo para mais de um ano.

É preciso destacar que a proteção ao trabalho da mulher é medida necessária e justa, reúne consequências sociais e jurídicas que referem-se à subsistência da gestante e do nascituro. Entretanto, é preciso ter cuidado para que qualquer ampliação dos direitos não prejudique justamente quem precisa do tratamento diferenciado. Talvez, nesse caso, não seja favorável desviar as contratações por tempo determinado, uma vez que essa modalidade de contratação é de suma importância para ambas as partes, tanto empregado quanto empregador, pois visa pontualidade na contratação ou adaptação ao trabalho dos dois lados.

Finalmente, não se busca aqui propor alteração na legislação ou jurisprudência, visto que já é tema pacificado nos Tribunais; contudo, busca-se uma reflexão acerca desse protecionismo, algumas vezes exagerado, que, embora necessário, precisa ser alinhado à realidade brasileira. Não adianta existirem normas que no papel funcionam, mas quando vão para a realidade têm efeito contrário e

nefasto à obreira.

7 CONCLUSÃO

É certo que ao longo da história as mulheres fizeram transformações consideráveis em diversas áreas, mas sem dúvida a principal aconteceu perante a posição na sociedade. Deixaram apenas as atividades domésticas do lar, marido e filhos, para assumir cargos nas mais diversas profissões, seja para contribuir com a manutenção da família, pela independência financeira ou para obter realização profissional.

Assim, já não se justificam, na atualidade, normas de proteção ao trabalho da mulher que, estabelecendo restrições, gerem discriminação nas relações de trabalho. Essas normas de proteção devem ficar restritas à promoção do labor, colocando fim a qualquer desigualdade no plano social dos fatos, através de medidas que promovam a contratação e melhorias nas condições de trabalho, alcançando a igualdade material entre homens e mulheres, conforme instrui Garcia (2014).

A referida defesa deve ficar restrita ao estado de gestante e de maternidade da trabalhadora, pois o momento relevante condiz com um tratamento especial. Todavia, as normas protetivas não podem se tornar entraves no mercado de trabalho da mulher, pois aí estaria adquirindo cunho discriminatório. Proteção exagerada resulta em maior dificuldade no acesso ao trabalho, uma vez que aumentaria os custos do empregador e, conseqüentemente da atividade produtiva.

Em razão da importância, para toda a sociedade, de que a mulher tenha o seu filho em condições favoráveis, bem como possa criá-lo da melhor forma, a legislação trabalhista e previdenciária deve estabelecer normas que assegurem os referidos objetivos. Com isso, atualmente, o fundamento das disposições de proteção, em sentido estrito, do trabalho da mulher, fica localizado no estado de gestante e de maternidade. (GARCIA, 2014, p. 1027)

Contudo, da mesma forma que a lei deve proteger a gestante e a trabalhadora que é mãe, deve também lutar e impedir a discriminação contra o trabalho da obreira, por eventual atribuição relacionada à maternidade.

A alteração da Súmula nº 244 do TST ampliou ainda mais o direito da gestante e, principalmente, do nascituro, ao estender a estabilidade provisória para

os contratos por prazo determinado. De fato, é uma visão humanitária que privilegia os direitos sociais, mas será que mudar a característica desse tipo de contrato não afasta a contratação de mulheres em idade fértil nessa modalidade contratual? Apenas ampliar os direitos sem analisar a realidade do país e sem mensurar as consequências, talvez não seja o caminho mais correto a seguir,

Da mesma forma pode-se citar o instituto do aviso prévio, no qual uma parte avisa à outra que não tem mais interesse naquela relação de trabalho, porém essa mesma relação pode ser obrigada a ser estendida em razão de uma gravidez. Ou seja, ou paga pelo tempo da estabilidade ou tolera a empregada, e de uma forma ou de outra os encargos irão aumentar.

Com tantas normas que protegem o mercado feminino de forma exagerada e teórica demais, a contratação de mulheres, em algumas empresas, é cercada de desconfiança devido à instabilidade que a maternidade pode causar mesmo nos contratos por prazo determinado ou já no período do aviso prévio. Os empregadores podem preferir não contratar o trabalho feminino, por serem as regras mais restritivas, com diversas proibições e privilégios, gerando preferências pelo trabalho do homem.

Por fim, é importante destacar que as normas que protegem a maternidade são de suma importância para a mãe trabalhadora e para sociedade, porém essa proteção deve ter a cautela de não prejudicar a inserção nem a manutenção da mulher no mercado de trabalho.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Código Civil de 1916. **Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916**: Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 22 fev. 2016.

BRASIL. Consolidação das Leis Trabalhistas. **Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943**: Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 22 fev. 2016.

BRASIL. Constituição de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao.htm>. Acesso em: 22 fev. 2016.

BRASIL. Decreto n. 51.627, de 18 de dezembro de 1962: Torna pública a denúncia, por parte do Brasil, da Convenção (nº 3) relativa ao emprego das mulheres antes e depois do parto, concluída em Washington, a 29 de novembro de 1919. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1960-1969/decreto-51627-18-dezembro-1962-345297-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 22 fev. 2016.

BRASIL. Decreto n. 58.820, de 14 de julho de 1966: Promulga a Convenção nº 103 sobre proteção à maternidade. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D58820.htm>. Acesso em: 22 fev. 2016.

BRASIL. Lei n. 11.770, de 9 de setembro de 2008: Cria o Programa Empresa Cidadã, destinado à prorrogação da licença-maternidade mediante concessão de incentivo fiscal, e altera a Lei no 8.212, de 24 de julho de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11770.htm>. Acesso em: 22 fev. 2016.

BRASIL. Lei n. 4.121, de 27 de agosto de 1962: Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4121.htm>. Acesso em: 22 fev. 2016.

BRASIL. Lei n. 7.855, de 24 de outubro de 1989: Altera a Consolidação das Leis do Trabalho, atualiza os valores das multas trabalhistas, amplia sua aplicação, institui o Programa de Desenvolvimento do Sistema Federal de Inspeção do Trabalho e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L7855.htm>. Acesso em: 22 fev. 2016.

BRASIL. Lei n. 8.177, de 1 de março de 1991: Estabelece regras para a desindexação da economia e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8177.htm>. Acesso em: 22 fev. 2016.

BRASIL. Lei n. 9.029, de 13 de abril de 1995: Proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9029.htm>. Acesso em: 22 fev. 2016.

BRASIL. Lei n. 9.799, de 26 de maio de 1999: Insere na Consolidação das Leis do Trabalho regras sobre o acesso da mulher ao mercado de trabalho e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9799.htm>. Acesso em: 22 fev. 2016.

BRASIL. Senado Federal. Atividade Legislativa. **Proposta de Emenda à Constituição nº 41, de 2015**: Altera a Constituição Federal para ampliar a duração da licença-maternidade e licença-paternidade. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/120501>>. Acesso em: 22 fev. 2016.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2006.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014.

GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MARTINS, Sergio Pinto. **A Continuidade do Contrato de Trabalho**. São Paulo: Atlas, 2000.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MELO, Flávia Pires Veloso. **A nova garantia da empregada temporária gestante**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVI, n. 109, fev. 2013. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/index.php/%3c?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id12783>. Acesso em: 16 set. 2015.

MORAIS, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

O PORTAL BRASIL. Mulheres são maioria da população e ocupam mais espaço no mercado de trabalho. **Cidadania e Justiça**. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2015/03/mulheres-sao-maioria-da-populacao-e-ocupam-mais-espaco-no-mercado-de-trabalho>>. Acesso em: 16 set. 2015.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). Disponível em: <<http://www.oit.org.br/convention>>. Acesso em: 16 set. 2015.

RECOMENSAÇÕES DA OMS. [Leite materno]. 1991. Disponível em:

<<http://www.leitematerno.org/oms.htm>>. Acesso em: 16 out. 2015.

ROCHADEL. Greicy Mandelli Moreira. História do trabalho da mulher. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, ano X, n. 40, abr. 2007. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3898> . Acesso em: 16 set. 2015.

SILVA. José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO (TST). Orientação Jurisprudencial n. 399: 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. **DEJT** divulgado em 02, 03 e 04.08.2010). Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SDI_1/n_s1_381.html#TEMA399>. Acesso em: 22 fev. 2016.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO (TST). Súmula n. 212: Despedimento. Ônus da Prova (mantida) – Res. 121/2003, **DJ** 19, 20 e 21.11.2003. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_201_250.html#SUM-212>. Acesso em: 22 fev. 2016.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO (TST). **Súmula n. 244**: Gestante. Estabilidade Provisória (incorporadas as Orientações Jurisprudenciais números 88 e 196 da SBDI-1) – Res. 129/2005, **DJ** 20, 22 e 25.04.2005. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_201_250.html#SUM-244>. Acesso em: 22 fev. 2016.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO (TST). Súmula n. 371: Aviso prévio indenizado. Efeitos. Superveniência de auxílio-doença no curso deste (conversão das Orientações Jurisprudenciais números 40 e 135 da SBDI-1) – Res. 129/2005, **DJ** 20, 22 e 25.04.2005. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_351_400.html#SUM-371>. Acesso em: 22 fev. 2016.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO (TST). Súmula n. 378: Estabilidade provisória. Acidente do trabalho. art. 118 da Lei nº 8.213/1991. (Inserido item III) - Res. 185/2012, **DEJT** divulgado em 25, 26 e 27.09.2012. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_351_400.html#SUM-378>. Acesso em: 22 fev. 2016.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO (TST). Súmula nº 244: Gestante. Estabilidade provisória (redação do item III alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) – Res. 185/2012, **DEJT** divulgado em 25, 26 e 27.09.2012. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_201_250.html#SUM-244>. Acesso em: 22 fev. 2016.