

ALTERAÇÃO DA SÚMULA 244 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO: ANÁLISE CATEGÓRICA DOS SEUS REFLEXOS À EMPREGABILIDADE DA MULHER

Daniela Freire de Araujo¹
Andréa de Andrade Fernandes²

RESUMO

O presente artigo científico analisa, sob uma metodologia dialética, os reflexos ocasionados a partir da alteração da súmula 244 do Tribunal Superior do Trabalho. É exposta uma análise acerca dos avanços e retrocessos dessa mudança normativa, que abarcou maiores amparos empregatícios à obreira gestante. Nesse contexto, são abordados ainda, de forma crítica, o protecionismo e a negatividade do excesso de garantias legais à empregada, expondo o lado do empresariado perante as lacunas legais e insegurança jurídica. O presente é de íntegra apreciação de jurisprudências, doutrinas e legislação.

Palavras-Chave: Súmula 244 do Tribunal Superior do Trabalho. Estabilidade provisória. Empregada gestante. Art. 10. II, b, da ADCT.

ABSTRACT

PRECEDENT'S 244 AMENDMENT OF SUPERIOR COURT OF LABOR: CATEGORICAL ANALYSIS OF CONSEQUENCES TO EMPLOYABILITY WOMAN

This paper discusses, in a dialectical methodology, reflections caused from the change in the precedent 244 of the Superior Court of Labor. It is exposed a review about the advances and returns that this law change have caused, which covered the largest employment's protections for the pregnant worker. In this context, it is still addressed, critically, protectionism and negativity of excess legal guarantees to the employee, exposing the side of the business community in light of the legal loopholes and legal uncertainty. This is a full appreciation of jurisprudence, doctrines and laws.

Keywords: Precedent 244 of the Superior Labor Court. Provisional Stability. Pregnant Employee. Art. 10, II, b. of ADCT.

¹ Graduanda do Curso de Direito da Liga de Ensino do Rio Grande do Norte, Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI/RN. E-mail: freiredaniela@outlook.com

² Docente especialista do curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI/RN. E-mail: andreaandrade.adv@hotmail.com

INTRODUÇÃO

A elaboração do presente estudo teve seu pontapé inicial a partir do conhecimento da alteração da súmula 244 do Tribunal Superior do Trabalho (TST). A modificação substancial do entendimento daquela corte suprema trabalhista remeteu à necessária proteção da gestante no mercado de trabalho, e, de forma intuitiva, expediu a curiosidade à pesquisa do oposto da relação: o empregador.

Sob uma perspectiva avaliativa da evolução constante e necessária das leis de amparo feminino para a sua introdução no mercado laboral e a controversa dessas criações, o estudo aqui presente aborda a estabilidade da gestante sob a ótica protecionista da súmula 244 do TST e demais documentos legislativos e traz à discussão matérias ainda divergentes sobre o tema.

Não restam dúvidas que ao legislar sobre a interferência feminina no ramo trabalhista, o constituinte buscou garantir a estas os mesmos direitos e garantias à liberdade, igualdade e liberdade de trabalho já assegurados ao homem, buscando, através de tal a redução de distorções e o fim da discriminação e submissão da mulher no mercado de trabalho.

A estabilidade da mulher gestante, matéria de divergência entre cortes judiciais brasileiras, aparece-nos, agora, de forma convergente ao mesmo entendimento: a proteção deverá ser dada à maternidade, na pessoa do nascituro. Partindo deste ponto analisaremos, no decorrer desta análise a evolução da introdução feminina no mercado de trabalho, a adequação legislativa à tal dinamicidade, com maior respaldo à recente alteração da súmula 244 do TST e, por fim, as consequências que tal dinamismo provocou ao mercado de trabalho da mulher.

1 ESTABILIDADES, A DINAMICIDADE DO TEMA

O histórico das estabilidades surge no país desde sua primeira constituição, sendo que aquela era do império do Brasil. Disposto no art. 149 da carta magna de 1824 (Brasil, 1824), há a primeira previsão legal de garantias aos empregados, sendo concedida inicialmente ao serviço público nas pessoas dos Oficiais do Exército e da Armada, que só seriam destituídos das suas patentes mediante sentença proferida por juízo competente que ordenasse tal feito.

O advento da Lei n. 2.924 (Brasil, 1915) veio a disciplinar a matéria da estabilidade, sendo, pois, um documento declaratório de garantia de estabilidade devida aos funcionários

com atuação de mais de 10 anos em cargos públicos, conforme se apresenta em sua redação original:

Art. 125. O funcionario ou empregado publico federal, salvo os funcionarios em comissão, que contar dez ou mais annos de serviço publico federal sem ter soffrido penas no cumprimento de seus deveres, só poderá ser destituido do mesmo cargo em virtude de sentença judicial, ou mediante processo administrativo.

Indispensável dissertar sobre a primeira incidência das garantias de emprego no âmbito privado, sendo que, através do decreto n. 4.682 - Lei Eloy de Chaves – (Brasil, 1923) foi implantado no sistema das empresas de ferro um caixa para aposentadoria o qual obrigava tantoas empresas quanto aos seus empregados. Em seus termos a Lei Eloy de Chaves (Brasil, 1923) criou barreiras à dispensa dos velhos e doentes, pautando-se no objeto principal da criação da aposentadoria ferroviária.

Disposto no art.42 do decreto n. 4.682 (Brasil, 1923) havia os termos da estabilidade decenal de que a prestação de tempo superior a dez anos de serviços efetivos seria suficiente para ensejar a permanência no emprego, salvo apuração de inquérito administrativo por falta grave, senão vejamos:

Art. 42. Depois de 10 annos de serviços effectivos, o empregado das empresas a que se refere a presente lei só poderá ser demitido no caso de falta grave constatada em inquerito administrativo, presidido por um engenheiro da Inspectoria e Fiscalização das Estradas de Ferro.

A publicação da Lei Eloy de Chaves (Brasil, 1923) foi gatilho essencial para que outras classes trabalhadoras passassem a se organizar com a finalidade de criar documentos legais que ensejassem garantias também aos seus obreiros, a citar o decreto n. 24.615 (Brasil, 1934) que instituía legalmente as aposentadoria e pensão dos bancários. Notável fato que no teor deste decreto foi reservado capítulo à parte para dispor exclusivamente dos termos da estabilidade aos bancários, sendo que ela seria dada, conforme o art.15, a partir da prestação de dois anos ou mais de serviços à instituição bancária, a partir de tal aquisição legal a destituição do cargo dar-se-ia apenas sob a apuração de falta grave computada por inquérito administrativo ou pela falência da empresa. No teor do próprio capítulo que mantinha efetivos os empregadores eram elencadas as condutas de falta grave. A aquisição da garantia de emprego após prestação de pelo menos dois anos de serviço foi revogado pelo art. 919 da

Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) (Brasil, 1943): “Ao empregado bancário, admitido até a data da vigência da presente lei, fica assegurado direito à aquisição da estabilidade nos termos do art. 15 do Decreto nº 24.615, de 09/07/34.”.

De volta à pauta do direito público, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, então nomeação da constituição de 1934 dispôs no art. 169 que funcionários públicos que houvessem ingressado a partir de concurso de provas adquiririam a estabilidade no cargo depois de dois anos, não regulamentando de forma prescrita como se daria a destituição da função, uma vez que não instituiu medidas relativas às penas por descumprimento de deveres. Foi incluída, porém, a destituição de funcionários gerais que adquiriram a estabilidade pela prestação efetiva de tempo superior a dez anos através de processo administrativo.

Nos termos da Constituição da República do ano 1934 a estabilidade aos egressos nos serviço público sem concurso de provas não era garantida apenas aos servidores com tempo superior a dez anos, vejamos, portanto, os preceitos do parágrafo único do art. 169 do mesmo documento legal “Os funcionários que contarem menos de dez anos de serviço efetivo não poderão ser destituídos dos seus cargos, senão por justa causa ou motivo de interesse público.”. Logo, resta clara a garantia de estabilidade a todos os servidores públicos, sendo que os que adentrassem sem o concurso de provas eram sujeitos à destituição do cargo, oposto aos provenientes de certame, que não possuíam qualquer documento legal que os afastasse dos cargos efetivos após os dois anos de serviço.

Indiscutível a importância do ano de 1934 na proposição de garantias aos empregados em detrimento dos seus cargos. A dinamicidade social e das relações trabalhistas levou, na passagem dos anos, a uma legislação cada vez mais eficaz e abrangente sobre o tema, sendo que, da ordenação das leis trabalhistas pelo advento da CLT (Brasil, 1943) houve reserva de capítulo exclusivo para disposição do tema de estabilidade, arrolando novamente os termos da estabilidade decenal aos que já exerciam atividade efetiva por tempo superior a dez anos e apontando a falta grave como hipótese de suspensão funcional.

A particularidade do Capítulo VII do dispositivo legal supracitado (Brasil, 1943) trouxe, nos termos dos seus artigos – arts. 492 a 500 - novos arranjos antes não vistos na matéria de estabilidade, apontando agora hipóteses de reintegração e indenizações ao trabalhador, proposições para demissão e funcionários específicos que não fazem jus a estabilidade, apesar do cumprimento do disposto em lei.

Em 1967 nova Carta Magna foi promulgada no país, sendo esta de suma importância no tema aqui abordado, uma vez que do seu advento foi proporcionado aos empregados a

opção de documento legal para dispor sobre o regime jurídico da relação trabalhista. A partir da promulgação da Constituição Federal de 1967 (Brasil, 1967) os obreiros externaram suas vontades sobre manter-se sob a égide da estabilidade decenal prevista na CLT (Brasil, 1943) ou aderir ao regime fundiário, renunciando, pois, qualquer possibilidade de garantia por trabalho efetivo em tempo superior a dez anos em detrimento de recolhimento de percentual mensal em conta fundiária compulsória.

O que antes fora colocado à convenção do obreiro tornou-se, a partir da promulgação da Carta Magna de 1988 (Constituição Federal) (Brasil, 1988), regime obrigatório. Se ao advento da Constituição de 1967 havia opção entre o regime fundiário ou a estabilidade celetista decenal, a partir de 05 de outubro de 1988 foi dada a extinção da contratação sob a celebração da estabilidade decenal, sendo que a partir daquele momento era imposto a todos os obreiros que operassem contratos sob a égide da CLT o recolhimento compulsório do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS). No decurso dos anos o pequeno resíduo de trabalhadores regidos pelo sistema tradicional, foi sendo extinto, eram os obreiros que antes da promulgação da Carta magna de 1988 optaram por permanecer no sistema da estabilidade celetista decenal, gerando, com isso, direito adquirido a garantia desta.

A Constituição Federal (Brasil, 1988) não veio a instituir apenas o FGTS enquanto regime fundiário obrigatório celetista. Trouxe consigo o teor do art. 7, I, que versa sobre os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais a uma “relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos”, sendo, pois, uma garantia ao trabalhador de que há apoio do constituinte para sua preservação na empresa, ao mesmo passo que julgada necessária a remissão de seu contrato de trabalho, há amparo legal de suporte financeiro.

Por fim, indispensável exposição das matérias sumuladas pelo órgão de cúpula do direito do trabalho. O Tribunal Superior do Trabalho (TST) possui, atualmente duas súmulas que versam sobre a matéria de estabilidade, agindo estas súmulas para amparo aos trabalhadores vítimas de acidente de trabalho a conceder período estabilitário de 12 meses após a fim do recebimento do auxílio doença, e à gestante são garantido 5 meses de estabilidade provisória após o parto.

Esclarecedor que evolução legislativa acerca do tema supra abordado encontra-se sempre em constante modificação, sob a forma de atender as dinamicidades e necessidades sociais. Fato notório expor o dado de que o advento da CLT (Brasil, 1943) e outras leis posteriores vieram apenas a somar aos obreiros no que tange à estabilidade, havendo concessão de termos de estabilidade provisórios a diversas categorias especificamente

previstas em lei, assegurando o direito de permanência no emprego sem que haja a intervenção de decisões arbitrárias.

2 EVOLUÇÃO DA PROTEÇÃO AO TRABALHO DA MULHER E DA GESTANTE

2.1 Histórico

Impossível dissertar acerca da proteção legislativa ao trabalho da mulher sem afastá-lo dos referenciais das gestantes. São documentos legais que se atrelam e convergem a uma única matéria: necessidade de amparo legislativos da proteção feminina e ao nascituro.

A primeira citação que se pode entender de suma importância a este desenvolvimento jurídico data de 1824, através da Constituição do império (Brasil, 1824) que de forma genérica tratou o tema da igualdade entre gêneros, tal qual sua Carta Magna sucessora (Brasil, 1891), que reabordou o princípio da igualdade sem impor relevâncias à matéria.

Resta-se que até 1932 não havia neste país qualquer legislação que abordasse de forma específica o trabalho da mulher, sendo a primeira delas elencada a partir de estudo elaborado pelo então Ministro Lindolfo Collor, que fez surgir, o decreto n. 24.417 – A (Brasil, 1932), tocando, de maneira preliminar a situação da mulher trabalhadora do país. O referido documento tinha por denominação “Trabalho da mulher: na indústria e no comércio”, apresentando, em suma, o amparo legal para a atuação da mulher enquanto obreira, ofertando-lhe dignidade e equiparando-a em cunho de igualdade ao homem.

Dado o primeiro passo à inserção legislativa da mulher no mercado de trabalho, restou-se basilar o maior aferimento sobre o tema em documentos posteriores que atingissem aquela nova formação de relações empregatícias e seu consequente dinamismo. Foi a Carta de Constitucional de 1934 que apresentou maior esforço do constituinte em regulamentar a situação jurídica da mulher no mercado empregatício, assegurando-a o direito à maternidade, infância e aposentadoria compulsória aos 68 anos.

Novo marco fora novamente alcançado no documento Constitucional de 1946, quando fora instituída a previdência em favor da maternidade e amparada a sua assistência, nos termos dos artigos 157 e 164, vejamos:

Art. 157 - A legislação do trabalho e a da previdência social obedecerão nos seguintes preceitos, além de outros que visem a melhoria da condição dos trabalhadores:

 II - proibição de diferença de salário para um mesmo trabalho por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil;

 X - direito da gestante a descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do emprego nem do salário;

 Art.164 - É obrigatória, em todo o território nacional, a assistência à maternidade, à infância e à adolescência. A lei instituirá o amparo de famílias de prole numerosa.

Documentos posteriores garantiram a continuidade das disciplinas já adquiridas, reiterando sempre o caráter de igualdade independente de gêneros, os direitos a voto, maternidade e aposentadoria, sendo que na data de 1967 foi disposto na então constituição recém-promulgada, novo assunto: a aposentadoria por tempo de serviço seria, a partir de tal, de 35 (trinta e cinco) anos para homens, e 30 (trinta) anos para mulheres.

Em 1943, no ato da consolidação das leis trabalhistas em um arranjo único, postaram-se amplamente cobertos os direitos da mulher, sendo discriminado para tal um capítulo exclusivo quer versa, em seus subitens, sobre as condições do trabalho, discriminação, penalidades, período de descanso e a maternidade da mulher. Salientado, pois, a extensa proteção feminina no mercado de trabalho.

Da Carta Constitucional de 1988, como não poderia ser postulado de maneira diferente, foi reafirmado – agora em caráter constitucional - os direitos da obreira no mercado de trabalho. Ao seu ponto de vista Delgado expõe em sua obra:

Ampliou as proteções jurídicas à empregada gestante, seja através do mais largo prazo de licença previdenciária- 120 dias (Art. 7º XVIII, CF/88), seja através da garantia de emprego instituída, com prazo de até cinco meses após o nascimento (art.10, II, “b”, ADCT, CF/88). (DELGADO, 2011, p.124).

Apresentada a inteligência do art. 5º da Constituição Federal de 1988 (CF/88) há o respaldo quanto a garantia de igualdade dos direitos e obrigações dos homens e mulheres, sendo posterior art. 7º, XX, sob os ditames de que deve haver a “proteção do mercado de trabalho da mulher mediante incentivos específicos” (Brasil, 1988). Ainda no art. 7º, XXX, há

a “proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão por motivos de sexo, idade, cor ou estado civil” (Brasil, 1988), restando clara a atenção do constituinte em deliberar à mulher os mesmos direitos e garantias assegurados ao homem, reduzindo as distorções históricas e vedando a submissão laboral da mulher através da preconceção da igualdade e liberdade laboral equivalente à masculina.

Por fim, há de se comentar os benefícios trazidos pela Lei n. 9.029/1995 (Brasil, 1995), sendo que esta abordou de forma incisiva as penas para práticas discriminatórias contra a atuação da mulher no mercado de trabalho que se posiciona à maternidade. Da criação do referido texto legal a exigência de testes de gravidez, esterilização e outras práticas enquadradas como discriminatórias para efeitos admissionais receberam o enquadramento de crime e podem ensejar a readmissão ou percepção em dobro da remuneração pelo empregado.

2.2 Edição da Súmula 244 do TST e pacificação dos entendimentos nos tribunais

Conforme exposto, o decorrer da dinamicidade social nas relações de trabalho foi constantemente acompanhado por avanços legislativos de cunho protecionista à figura feminina e à sua maternidade. Diversos caminhos foram percorridos até que fosse chegado ao atual consenso quanto às garantias da mulher no âmbito de meramente resguardar seus direitos efetivos.

Patente que o próprio texto constitucional e demais matérias legislativas esparsas abranjam de maneira disforme maior proteção à mulher ao seu gênero oposto no mercado de trabalho, assunto tal que enseja discussões doutrinárias sobre como levar à igualdade utilizando-se de meio desiguais. Sobre a desigualdade então surgida Martinez, inteligentemente, escreve:

Enfim, apesar de juridicamente iguais, homens e mulheres são fisiológica e psicologicamente dessemelhantes, sendo essa uma constatação inelutável. Por serem apenas formalmente iguais, homens e mulheres, nos estritos termos da Constituição, podem ser tratados de modo desigual, sem que isso implique, segundo a vontade do constituinte originário, uma violência à isonomia, mas sim um tratamento desigual com o foco corretivo da desigualdade. (MARTINEZ, 2013, p.677)

Transposta a barreira do entendimento acerca da necessidade de violação do tratamento igualitário, há de se iniciar a abordagem fática sobre o tema proposto, trazendo

desde o incentivo à sua criação até sua atual propositura à sociedade pela pacificação dos entendimentos das cortes superiores.

A Súmula 244 do Tribunal Superior do Trabalho (Brasil, 1985) trouxe, desde a sua criação e redação inicial, datada de 1985, matéria de proteção do estado gravídico da mulher, sendo que do seu texto primário extraía-se: “A garantia de emprego à gestante não autoriza a reintegração, assegurando-lhe apenas o direito a salários e vantagens correspondentes ao período e seus reflexos” (Brasília, 1985). Ora, embora este documento fosse anterior à promulgação da Carta Magna de 1988, desde 1982 já havia documentos processuais que versavam sobre a proteção feminina, sendo estes atuantes precedentes para o que se configurou, posteriormente, a redação do inciso II da referida súmula.

Indispensável atenção para o caráter unicamente pecuniário que era garantido à gestante, vez que não era permitida a reintegração à atividade laboral. Este item específico fora fruto da primeira alteração sofrida pela súmula, dada pela resolução 121/2003 – DJ 10,20 e 21.11.2003, momento em que foi abarcada na matéria legal da estabilidade de cinco meses após o parto, conforme disposição do art. 10, II, “b” do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) (Brasil, 1988). A partir de tal modificação na disciplina do teor sumular houve clara recepção do enunciado quanto ao texto constitucional, sendo que sua redação tornou-se a seguinte:

Súmula alterada – Res.121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003.

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.

Da nova composição textual fora tomado o entendimento de que, uma vez reclamado em tempo ágil e correspondente ao período estável, a gestante poderia ser reintegrada à sua função, sendo correspondente o valor em pecúnia unicamente se esta fosse reclamada por tempo já ultrapassado dos cinco meses após o parto de garantia empregatícia.

Em 2005 houve nova modificação no objeto da súmula, passando esta a incorporar as Orientações Jurisprudenciais (OJ's) n. 88 e 196 (Brasília, 2005) da primeira turma de Seção de Dissídios Individuais (SDI – 1), modificando categoricamente o esboço estrutural da súmula como um todo. A resolução 129/2005 – DJ 20, 22 e 25.04.2005 (Brasília, 2005) incorporou matérias protecionistas à empregada gestante em total acordo à matéria constitucional vigente, sendo de suma importância a inserção de dois incisos na matéria sumular, foram eles o I e III. Que findaram a Súmula 244 do TST no seguinte lineamento:

Súmula nº 244 GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. (incorporadas as Orientações Jurisprudenciais nºs 88 e 196 da SDI-1) - Res. 129/2005 - DJ 20.04.2005.

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). (ex-OJ nº 88 - DJ 16.04.2004).

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. (ex-Súmula nº 244 - Res. 121/2003, DJ 21.11.2003).

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

Os precedentes jurisprudenciais para a pacificação dos entendimentos do TST são enfáticos. Para a adequação da matéria do inciso I da pretensa súmula, diversos recursos tiveram a sua matéria exaurida, sendo sempre implantados os ditames do art. 10, II, “b” do ADCT (Brasil, 1988) enquanto ato voluntário do constituinte em garantia da proteção à maternidade. Relatemos trecho disposto pelo Min. Francisco Fausto Paula de Medeiros no acórdão do Recurso Ordinário de Ação Rescisória 400356-75.1997.5.02.5555, publicado em 12.05.2000 no Diário de Justiça:

O artigo 10, inciso II, do ADCT não impôs qualquer condição à proteção da empregada gestante. Assim, o desconhecimento da gravidez, pelo empregador, no momento da despedida imotivada não constitui obstáculo para o reconhecimento da estabilidade constitucional. Dessa forma, viola o texto constitucional a decisão que não reconhece a estabilidade da empregada gestante em virtude do desconhecimento da gravidez pelo empregador no ato da sua demissão. (ROAR 400356-75.1997.5.02.5555, SDI – 2, Relator Ministro Francisco Fausto Paula de Medeiros, DJ 12.05.2000).

No que concerne à incorporação da OJ n. 196 – Inciso III (Brasília, 2005) -, restou clara que a garantia da estabilidade era direito adquirido apenas pelas trabalhadoras que fossem regidas por contratos por prazo indeterminado, extinguindo dessa proteção as que versassem sobre contratos a termo ou de experiência. Ficou, portanto, entendido pelo TST que o advento do termo final do contrato de trabalho por prazo determinado não poderia ser adiado em virtude da discussão de gravidez da empregada, o término do contrato de trabalho

não traduzia, para aquele tribunal a ideia de dispensa imotivada ou sem justa causa, sendo meramente rescisão por advento natural do fim do termo contratual.

Em divergente entendimento, o Supremo Tribunal Federal (STF) condicionava a análise da concessão da estabilidade provisória do art. 10, II, “b” da ADCT (Brasil, 1988) unicamente à confirmação da gravidez, em observância a Lei Maior (Brasil, 1988). Segundo o entendimento da Suprema Corte não havia condicionamento da concessão da garantia de estabilidade à pactuação apenas de contrato por prazo indeterminado, postando como inválida a dispensa de empregada gestante pelo fim do termo.

EMENTA: CONSTITUCIONAL. LICENÇA-MATERNIDADE. CONTRATO TEMPORÁRIO DE TRABALHO. SUCESSIVAS CONTRATAÇÕES. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. ART 7º, XVIII DA CONSTITUIÇÃO. ART 10, II, b DO ADCT. RECURSO DESPROVIDO. A empregada sob regime de contratação temporária tem direito à licença maternidade, nos termos do art. 7º, XVIII da Constituição e do art. 10, II, b do ADCT, especialmente quando celebra sucessivos contratos temporários com o mesmo empregador.” (RE 287.905-3, Rel. p/ o ac. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 28.06.2005, Segunda Turma, DJ de 9.5.2006).

Das mudanças ocorridas, findou-se divergência nos entendimentos quanto a mesma matéria no TST e STF. À medida que o primeiro entendia ser o advento do termo final (mesmo para a gestante) não era categorizado como dispensa arbitrária, o segundo arbitrava pela concessão da estabilidade provisória em detrimento da proteção ao nascituro. A convergência na disciplina só ocorreu em 2012, quando a suprema corte trabalhista alterou, através da resolução 185/2012 – DJET divulgado em 25, 26, e 27.09.2012, o teor do inciso III da Súmula 244 (Brasília, 2012) acordando-o com os dispositivos constitucionais:

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**. (Redação do inciso III, Súmula 244, TST.) (grifos nossos).

Da nova redação dada ao inciso III da pretensa súmula a estabilidade provisória foi estendida além dos contratos por tempo indeterminado, alcançando, a partir de tal, os que ensejavam o fim pela vinda natural do termo contratual. Não resta, senão, notável exteriorização por parte dos tribunais de que a proteção maior não virá ao empregador ou sua obreira, mas ao nascituro.

3 INSEGURANÇA – PROBLEMÁTICAS NÃO PACIFICADAS

Inegável que a alteração do teor do inciso III da súmula 244 do Tribunal Superior do Trabalho (Brasília, 2012) enseja o fim das divergências existentes entre aquele e o Supremo Tribunal Federal. Manifestamente correta, também, a conclusão de que tais avanços são importantes instrumentos de proteção à mulher no mercado de trabalho e ao nascituro.

Mas não se pode ignorar o impacto que essa mudança nas relações sociais e de trabalho feminino pode ensejar. A discussão tem seu início a partir do momento em que se pesa a sobrecarga que a contratação de obreira e sua posterior gestação pode encarregar ao empregador, principalmente quando posta a termo a intenção de permanência por tempo específico e desta dá-se alongamento do prazo.

Passemos, pois, à discussão acerca de assuntos específicos sobre a concessão da estabilidade provisória nos contratos por tempo determinado, apontando posicionamentos de doutrinadores, dos tribunais e entendimentos próprios.

3.1 Da não informação ao empregador e o abuso de direito

De início há de ser ressaltada e reiterada a disposição do inciso I da pretensa súmula objeto desse estudo, nele há a afirmação de que o desconhecimento do empregador sobre o fato gravídico não o exclui do pagamento indenizatório da estabilidade. Vólia Bomfim Cassar aponta, em sua doutrina:

A gestação é fato jurídico que faz a empregada adquirir o direito à estabilidade. A comunicação é mero requisito da prova do ato e não de substância. Sendo assim, o empregador, mesmo que desconheça o estado gravídico da empregada, não pode demiti-la, porque sua responsabilidade objetiva.

Da mesma forma a súmula n. 244, I, do TST, que dispõe que o desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito à reintegração ou ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade. (CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do Trabalho – 5 ed – Niterói, Impetus, 2011 – pag. 1196).

Ora, conforme exposto, havendo encerramento de contrato em razão do término natural do seu termo e havendo comprovada gravidez em seu decurso há de reintegrar ou indenizar a obreira pela aquisição da estabilidade provisória. Ainda em entendimento, a

responsabilidade do empregador é objetiva, devendo advir deste o ato de, no momento da despedida, atentar à obreira sobre possibilidades ou não de início de gestação no lapso em que estava contratada.

Pensemos, pois, na seguinte situação: em havendo fim do contrato a termo por advento natural do seu tempo, demissão da obreira e posterior reclamação trabalhista pleiteando a estabilidade e suas indenizações quando, no momento da rescisão contratual, não houve qualquer informação ao empregador do estado gravídico. Há de ser apontado o abuso de direito da empregada, que não informou ao empregador sobre seu estado gestacional?

Ora, à medida que falamos em responsabilidade objetiva do empregador, este deve ser tido como primeiro interessado em saber se a obreira está ou não grávida, haja vista que essa deva ser exercida também como garantia jurídica ao mesmo. Como fazê-lo?

Sobre as discussões acima propostas é trazida uma única resposta legal. Primeiramente é de ressaltar as inteligências dos art. 2, I, da Lei n. 9.029/95 (BRASIL, 1995) e art. 373-A da CLT (BRASIL, 1943), que dispõem, respectivamente:

Lei nº 9.029/95, Art. 2. I (BRASIL, 1995):

Art.2 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;

Consolidação das Leis Trabalhistas, Art. 373-A, IV (BRASIL, 1943):

Art. 373-A 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, é vedado:

IV - exigir atestado ou exame, de qualquer natureza, para comprovação de esterilidade ou gravidez, na admissão ou permanência no emprego;

Em análise dos dispositivos é concluso que mesmo respondendo objetivamente pela demissão da obreira gestante, não pode o empregador requerer dela exames que sejam referidos à gravidez, havendo proibição por previsão legal, tal qual é o exame médico demissional proposto pelo art. 168 da CLT (Brasil, 1943), que não prevê exames de sangue ou urina que atestem a gravidez ou não da empregada. São permissíveis apenas exames necessários para a função, mas não para o estado biológico a que a mulher se encontra.

Voltando à discussão supra proposta, há, ante todo o tema apresentado, claro prejuízo ao empregador, que responderá com indenizações e multas majorandas em caso de demissão da gestante, mas que não tem amparo legislativo que o proteja de condutas de má-fé ou que o torne juridicamente segurado da prática da demissão sem o prejuízo de posterior reclamação trabalhista.

Ainda sobre a falta de amparo legal aos empregadores quanto à demissão de empregadas, seja em contratos por prazo determinado ou indeterminado, trazemos à exposição o voto do acórdão do Recurso Revista impetrado no TST, processo n. 981 – 87.2010.5.01.0531:

I - AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. CONTRATO DE EXPERIÊNCIA. CONCEPÇÃO ANTES DA CONTRATAÇÃO.

Demonstrada possível violação do art. 10, II, “b”, do ADCT, impõe-se o provimento do agravo de instrumento para determinar o processamento do recurso de revista. Agravo de instrumento provido.

II - RECURSO DE REVISTA. GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. CONTRATO DE EXPERIÊNCIA. CONCEPÇÃO ANTES DA CONTRATAÇÃO.

Nos termos da Súmula 244, III, do TST, 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 e gravidez anterior a contratação. Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido.

[...] ACORDAM os Ministros da Sétima Turma do Tribunal Superior do Trabalho, [...] II) por unanimidade, conhecer do recurso de revista, por violação do art. 10, II, “b”, do ADCT, e, no mérito, dar-lhe provimento para condenar a reclamada a pagar à reclamante indenização substitutiva pelo período compreendido entre a data da demissão imotivada e o quinto mês após o parto. (RR 981-87.2010.5.01.0531, 7ª Turma TST – Relatora Ministra Delaíde Miranda Abrantes, DJ 21.03.2014). (grifos nossos).

Em sumo escorço do processo citado, a demandante fora contratada por prazo determinado quando já encontrava-se grávida, conseguindo, por isso, o reconhecimento da estabilidade provisória em razão de haver-se demitida no curso da gravidez. Pelo já demonstrado, é novamente restada a falta de segurança normativa ao empregador, estando esse adentrando ao um terreno escuro quando procede à contratação de empregada, principalmente em contratos por prazo determinado, onde mostra-se anotada a não pretensão de permanência em caráter fixo com a obreira. Imprescindível citar que na proposta situação o empregador, ao contratar por prazo determinado empregada já gestante, findou por garanti-la estabilidade provisória sem que sequer fosse analisada nesta obreira sua aptidão para a função

e enquadramento às normas internas da própria empresa, uma vez impedido de rescindir o contrato de trabalho.

Nota-se, portanto, que a garantia automática da estabilidade provisória à gestante traz consigo a insegurança patronal na contratação, restada a falta de resguardo a que estes são submetidos no momento que adere ao seu quadro funcional empregada – pois não pode resguardar-se legalmente no que tange à gravidez nem para admitir, nem para demitir-.

3.2 Comprovação da gravidez – Perícia técnica – Falta de amparo ao empregador nos exames demissionais

Conforme inteligência já apresentada da Lei 9.799/99 (BRASIL, 1999), que alterou o dispositivo do art. 373-A, IV, da CLT (BRASIL, 1943), vedando a exigência de atestado ou exame de qualquer natureza que possam vir a comprovar esterilidade ou gravidez de empregada, seja esta requisição a título de admissão ou de continuação na relação de emprego.

Notadamente, as disposições legais restam-se omissas no que tange ao amparo legal do empregador, uma vez apresentarem-se inertes no tocante à demissão da empregada. Não restando, senão, desprotegido o empregador de posterior reclamação trabalhista que o requeira verbas indenizatórias e reintegração sem que, por sua culpa, tenha dado feito à demissão de empregada gestante.

Sobre a omissão legislativa ao empregador, Martinez, em sua doutrina, expõe entendimento:

Por fim, destaca-se que não violentaria o dispositivo do art.373-A, IV, da CLT o submetimento da empregada, **entre os exames demissionais**, a um teste de constatação de gravidez. [...] Nada obstaculiza, portanto, o exame para constatação de óbices ao desligamento, **desde que a empregada, é óbvio, admita sua realização.**

Tal providência, aliás, desde que bem conduzida, preveniria litígios e funcionaria como uma fórmula que permitiria a manutenção da trabalhadora no emprego, sem futuras alegações de que ela desconhecia seu estado gravídico ou de que propositalmente esperou passar o período estável para, em abuso de direito, pedir apenas indenização. (MARTINEZ, 2013, p.658) (grifo no original).

Confabulo do entendimento do autor. Ora, a legislação não há de observar unicamente o lado favorável ao trabalhador, devendo absorver também a ideia de que empregadores, ao

tentar se adaptar aos ditames legais, encontram-se juridicamente desfalcados de meios que os protejam de atos configurados de abusividade. Ademais, tem-se de primordial interesse a estabilidade concedida à gestante e a proteção do nascituro, sendo que a partir da garantia de emprego no período do parto até seus cinco meses consecutivos, haverão meios garantidores do sustento daquele.

Não resta senão claro que possibilidade de submissão a exames demissionais traria segurança não apenas ao empregador no que refere a posteriores dissabores na Justiça do Trabalho, mas também à nutriz, que teria garantida a continuação do emprego sem qualquer interrupção, mantendo-se, pois, percebendo seus proventos com a mesma habitualidade, de forma a garantir por toda a gestação salário para manutenção de sua saúde e do feto.

Contrário à sugestão, a evidente falta de amparo legal traz insegurança até aos doutrinadores de renome, conforme pôde ser verificado na transcrição acima de Martinez, que, por grifo próprio, externou a ideia de que não há violação legal, mas recolheu o seu entendimento à necessidade de concordância da empregada. Concluindo, pois, à omissão legal e desamparo ao empregador.

3.3 Prazo para reclamar junto a Justiça do Trabalho, prescricional do art. 7º XXIX da CF ou até o término da estabilidade?

Nova discussão é elencada quanto ao período que é garantido à empregada gestante que teve o contrato rescindido em razão do seu termo para que reclame a sua reintegração ao posto de trabalho. Notável ausência de lei complementar de ampla abordagem sobre o tema, restando, pois, nova omissão e insegurança jurídica.

Conforme já apontado o entendimento legislativo de que a estabilidade provisória da gestante é iniciada desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto (art. 10, II, “b” do ADCT/1988), havendo ausência de lei complementar tangente ao lapso temporal de qual o período que serão devidas as indenização e reintegração.

Senão a congruência dos Embargos de Declaração n. 1142200-56.2013.5.21.0001, 1ª Turma TRT 21 – Relator Desembargador José Barbosa Filho, DJ 11/04/2014, o qual é de pleno fundamento que os atos de boa-fé devem atuar como norteadores das partes integrantes de um contrato trabalhistas, entendendo que a empregada que omitiu a gravidez – fato gerador de direito – e só a informou ao antigo empregador antes de um mês da previsão do parto não buscava, de fato, a sua reintegração, haja vista a impossibilidade de laborar em razão do

estado gravídico. Na demanda a que aqui se cita, o Desembargador José Barbosa Filho não garantiu a estabilidade provisória à gestante nem suas devidas indenizações, por entender que a conduta findou-se por prejudicar o empregador, postando culpa exclusiva pela omissão da obreira, que o não requereu em tempo hábil para ser reintegrada aos quadros funcionais.

Notadamente, na demanda acima citada o ato procrastinatório da empregada gestante em requerer os seus direitos tardiamente ante a justiça do trabalho foi fator fundamental para a não garantia por ela propostas - estabilidade provisória e indenizações-. Em destoante entendimento, postamos, pois, acórdão do RR – 10700-20.2006.5.4.0024, Relator Ministro Lelio Bentes Corrêa, 1ª Turma, DJET 28/03/2014. No pretense recurso foi garantido à obreira que requereu as indenizações do período de estabilidade somente depois de 16 meses do fim da garantia. Neste os fundamentos utilizados para a prescrição abordaram o art. 7º, XXIX, da CF (Brasil, 1988) e a proteção ao nascituro. Houve provisão do pedido para que as empresas indenizassem a autora do período referente ao estável. Atentemos à fundamentação do deferimento:

GESTANTE. GARANTIA PROVISÓRIA DE EMPREGO. INDENIZAÇÃO. "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". (Orientação jurisprudencial n.º 399 da SBDI-I desta Corte superior). Recurso de revista conhecido e provido.

[...]. Sustenta que o estado gravídico da obreira é o único requisito da garantia provisória de emprego da gestante. Alega que, a despeito de ter ajuizado a presente demanda **16 meses após o término do período de garantia provisória de emprego**, o marco inicial do pagamento da indenização correspondente deve ser a sua dispensa e, não, o ajuizamento da ação. **Ressalta que a reclamação fora ajuizada dentro do biênio seguinte à ruptura do contrato de emprego**. Esgrime com violação dos artigos 7º, incisos I, e XXIX, da Constituição da República, 10, II, b, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e 6º, § 2º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, bem como com contrariedade à Súmula n.º 244, item II, deste Tribunal Superior. [...]

Trata-se de garantia constitucional que visa não só à proteção da gestante, mas também ao bem-estar do nascituro. Em se tratando de direito tutelado por normas de ordem pública e, conseqüentemente, revestido do caráter de indisponibilidade, não pode o seu exercício ser frustrado por circunstâncias alheias ao fato objetivo da gravidez. O interesse em assegurar a vida desde seu estágio inicial é da sociedade, cumprindo ao Estado outorgar ao nascituro proteção ampla e eficaz. (RR – 10700-20.2006.5.4.0024, Relator Ministro Lelio Bentes Corrêa, 1ª Turma, DEJT 28/03/2014) (grifos nossos).

Ora, não restam senão disformes os entendimentos acima apresentados, à medida que o primeiro, em âmbito regional, entende como possível a estabilidade apenas da requisição até o momento do parto, uma vez postar a demora da proposição como desinteresse da autora, a passo oposto, o julgamento do ultima instancia trabalhista entende como devidas as indenizações referentes ao período da estabilidade provisória conforme o prazo prescricional o do biênio do Art. 7º, XXIX, da Constituição Federal de 1988 (Brasil, 1988), independente do momento que esta foi requerida. Conforme Orientação Jurisprudencial da SDI-1:

ESTABILIDADE PROVISÓRIA. AÇÃO TRABALHISTA AJUIZADA APÓS O TÉRMINO DO PERÍODO DE GARANTIA NO EMPREGO. ABUSO DO EXERCÍCIO DO DIREITO DE AÇÃO. NÃO CONFIGURAÇÃO. INDENIZAÇÃO DEVIDA.

O ajuizamento de ação trabalhista após decorrido o período de garantia de emprego não configura abuso do exercício do direito de ação, pois este está submetido apenas ao prazo prescricional inscrito no art. 7º, XXIX, da CF/1988, sendo devida a indenização desde a dispensa até a data do término do período estável.(TST – OJ 399, SDI-1, DEJT 02, 03 e 04.08.2010).

Entendida, portanto, distinção de entendimentos dentro da mesma seara judiciária, fato penoso ensejador de insegurança jurídica. É remetida, pois, a falta de observância ao objeto a ser garantido pela estabilidade, e a não fixação de entendimento pacífico sobre a ocorrência ou não de abusividade da empregada gestante em esperar decorrer o prazo para que, a partir de então, possa ser requerida apenas as verbas de cunho indenizatório, nunca a reintegração ao posto de serviço.

3.4 Perda do objeto de proteção da súmula em decorrência do lapso temporal das demandas judiciais

Abertamente exposto no decorrer desta análise que a súmula 244 do TST (Brasília, 2012) e todos os outros documentos legislativos que versam sobre a proteção da gestante, concedendo-lhe estabilidade, salário maternidade, ou inadmitindo a sua dispensa sem justa causa, só o são com o objetivo principal de proteção ao nascituro.

Tal entendimento fica amplamente apreciado na fidedigna descrição de trecho dos acórdãos do TST que exibem-se como precedentes para a alteração do inciso III da súmula 244 do TST (Brasília, 2012), senão apreciemos leitura destacada:

1.2 – GESTANTE – ESTABILIDADE PROVISÓRIA - CONTRATO DE EXPERIÊNCIA – COMPATIBILIDADE

O único pressuposto para que a empregada tenha reconhecido seu direito à estabilidade provisória (ou à sua conversão em indenização) é a gravidez no momento da rescisão do contrato de trabalho, mesmo porque a garantia visa, em última análise, à tutela do nascituro.

A garantia constitucional em exame é significativa, sobretudo considerando-se a proteção à pessoa humana e às necessidades do nascituro. Tal direito visa à proteção mediata do nascituro, pessoa natural absolutamente incapaz, mas sujeito de direitos e obrigações, consoante dispõe o art. 2º, parte final, do Código Civil de 2002.

Além disso, deve ser levado em consideração o aspecto teleológico das normas que resguardam os **direitos sociais na busca da valorização do trabalho e da proteção da figura hipossuficiente do trabalhador, e no caso do nascituro**, com a realização efetiva de valores constitucionalmente insculpidos. (TST - RR – 6605-52.2010.5.12.0001, Relator ministro Vieira de Mello Filho, 4ª Turma, DJE 11.05.2012) (grifos nossos).

Pelo apontado, é nitidamente apresentado que o objetivo da concessão da estabilidade provisória à gestante não versa na proteção da empregada enquanto ente personalíssimo, mas ao nascituro que a pertence. Ante ao exposto, é trazida, nova discussão: sendo o nascituro objetivo principal da concessão de estabilidade às gestantes, como justificar demandas tão prolongadas sem que haja perda do objeto?

Ora, no decorrer desta peça científica foram apresentadas inúmeras decisões, julgamentos de tribunais que versaram sempre sobre a valorização da maternidade, a garantia da estabilidade à gestante e proteção ao nascituro. Notadamente, em nenhuma das demandas houve lapso temporal suficiente entre o início e término da demanda que ensejasse que a última decisão pudesse agir de forma eficaz ao nascituro. Ou seja, do cumprimento da decisão final do processo não há mais de se falar em nascituro.

O nascituro, nas transcrições do dicionário Houaiss significa “que ou aquele que vai nascer”. Portanto, constituindo este o objeto de proteção, é de se discutir a possibilidade de perecimento da demanda em decorrência do extenso lapso temporal para ser concluída, havendo consequente fim da gestação da empregada, ensejando, porquanto, o término da proteção ao nascituro, uma vez que este não mais perdura.

Vista, por conseguinte, não há adaptação do texto legal à realidade social, uma vez que este não consegue abranger o caso a que faz jus sem que seja notado atraso no que julgar, é reclamada, novamente, lei complementar de ampla abrangência a terminar, definitivamente, a

distorção de entendimentos entre as distintas instancias, de maneira tal a tornar possível o julgamento mais céleres dos procedimentos, abarcando suas realidade e que destes possam ser dados com segurança jurídica.

4 ANÁLISE SOBRE A INTRODUÇÃO FEMININA NO MERCADO DE TRABALHO

Ante todo o desenvolvimento deste trabalho científico, imensuráveis os avanços postados ao mercado de trabalho da mulher e à proteção da sua maternidade. Se por um lado estes visam corrigir distorções ocorridas ao longo da história, por outro, podem trazer consequências negativas à sua contratação.

4.1 Riscos suportados pelo empregador – Encargos fiscais e insegurança jurídica

Incontestáveis lacunas legislativas foram apontadas ao decorrer desta pesquisa, sendo estas ensejadoras de diversas discussões sobre o tema e insegurança jurídica às partes da relação trabalhista. Qual sendo, o não amparo de legislação complementar que abarque assuntos omissos traz, primordialmente, ao empregador a assunção de riscos no ato da contratação de obreira. É apresentada opinião de concomitante raciocínio sobre o que se discute:

A lacuna legislativa por mais de 25 anos levou os Tribunais a atuarem como verdadeiros legisladores nas lides envolvendo a matéria. Todavia, a ausência de lei complementar regulamentando a proteção da relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa prevista pelo art. 7º, I, da CF não autoriza os Tribunais a invadir a seara do legislador ordinário, criando normas que excedam os limites de sua competência jurisdicional e do próprio texto constitucional, desconsiderando o direito das partes - empregados e empregadores - contratarem por tempo certo. (TRT 21 – ED n. 114200-56.2013.5.21.0001, Relator Desembargador José Barbosa Filho, 1ª Turma, DJET 11.04.2014).

É expresse, pois, que a alteração da súmula n. 244, III do TST (Brasília, 2012) veio a abranger matéria específica e findar por pacificar entendimento para todas as instancias judiciárias. Imperioso, então, que mais lacunas legais sejam supridas na abordagem da

empregabilidade da mulher e da sua maternidade, assegurando, a partir de tal, tanto a obreira quanto o seu empregador ao contratá-la.

Ademais, seria restada por vaga a não citação sobre os encargos trabalhistas suportados pelo empregador em razão da concessão de estabilidade provisória nos contratos a termo. Mesmo estando a obreira percebendo o salário-maternidade pago pela previdência social – período de 120 dias -, é do empregador o encargo de recolher as verbas trabalhistas provenientes do contrato de trabalho daquela empregada, ou seja, mesmo não intencionado a assumi-la pelo período a que foi dilatado o contrato de trabalho, ainda é do empregador a obrigação de recolher valores tangentes a FGTS, 13º salário e férias, a exemplificar. Clara inobservância legal a também preservar o empregador. Nesse mesmo contexto:

[...] a "nova" Súmula, ao assegurar a estabilidade provisória à empregada contratada por prazo determinado que, após a rescisão antecipada do contrato, tomou ciência que estava gestante e, por conseguinte, **atribuir ao empregador a obrigação de pagar-lhe as verbas trabalhistas do período estável**, independentemente de estar ou não ciente do estado gravídico da trabalhadora (item I), viola o direito de as partes contratarem por prazo determinado (art. 443, c, CLT), além de tornar desnecessária a prestação de serviços pela empregada, subtraindo do empregador o direito de obter esse serviço, objeto do contrato, ou seja, criou a obrigação de o contratante indenizar sem ter direito à contrapartida, ignorando que a garantia é do emprego, sendo o salário contraprestação pelos serviços prestados. (TRT 21 – RO143400-43.2011.5.21.0013, Relatora Juíza Simone Medeiros Jalil, DJET 29.04.2013) (grifos nossos).

4.2 Carência de incentivos governamentais em políticas para a inserção da mulher no mercado de trabalho

Se por um lado introduzir a mulher no mercado de trabalho é a concretização da garantia à sua igualdade legal ante a figura masculina, seu contraposto é ser objeto de temor aos empregadores. Da nociva consequência, tem-se por solução a introdução de políticas estatais que venham a sanear as desigualdades fisiológica e psicológica apontadas entre as figuras de sexos distintos.

Alice Monteiro de Barros, em sua doutrina, opina e aconselha, astutamente, ao expor que:

“[...] a necessidade de berçários, creches e pré-escolas impõem-se, não só para assegurar às mulheres uma participação mais equitativa no mercado de trabalho, mas também para atender às necessidades vitais básicas da criança, como alimentação, saúde e desenvolvimento intelectual” (Barros, 2010, pág. 1126).

O que acima se apresenta é colocado como incentivo à trabalhadora postar-se no mercado de trabalho, uma vez que, a partir do momento que é feito o encaminhamento do bebê ou criança às creches ou escolas, estas estarão amparadas e seguras, permitindo, a partir deste momento, maior envolvimento feminino no desempenho de funções e maior introdução no mercado de trabalho.

Notadamente os investimentos não devem ser elaborados a único benefício do trabalhador, uma vez apontada ao longo dessa dissertação a insegurança para contratar como desmedido meio de obstáculo ao empregador. Propõe-se, portanto, políticas fiscais que atuem de forma direta nos conceitos dos empregadores e suas empresas, incentivando à contratação feminina e colocando-a em caráter de segurança ao empregador estabelecida ao contrato de trabalho masculino.

Sem o devido e justo incentivo estatal para a manutenção da relação de emprego da mulher e gestante, o excesso de normas que vigem em seus benefícios podem passar a representar dificuldades para a introdução e permanência feminina ao mercado de trabalho, mostrado que destas, o suporte de encargos traduz-se unicamente ao empregador.

Sugestiva, portanto, a inclusão, pelo Estado, de políticas fiscais e educacionais que atuem de maneira direta a interferir positivamente na inclusão feminil ao mercado de trabalho, sendo que as primeiras medidas devam ser diretamente ligadas ao incentivo à trabalhadora reintroduzir-se ao mercado de trabalho após o parto, versando a segunda sobre incentivos fiscais aos empregadores que os represente como dividendos os encargos da obreira nos períodos que não gera produção.

4.3 Da discriminação na contratação

Por todo o exposto, não resta senão concluso que o excesso de zelo e a carência de medidas legislativas complementares são trazidos à sociedade como inconstância e insegurança ao contrato de trabalho da mulher, principalmente quando citada a pretensa mudança no inciso III, da súmula 244 do TST (Brasília, 2012).

Sobre a ampla abordagem feminina sem adequação específica ao modo a que esta proteção deve ser dada, Nascimento apresenta em sua doutrina:

Essas são as normas pelas quais a legislação trabalhista dispensa proteção à maternidade, por alguns considerada prejudicial à mulher, na medida em que contra ela se volta por meio da discriminação; para outros, justificável, por ser absolutamente necessária sob o prisma social [...]. (NASCIMENTO, 2013, p. 939).

Ainda sobre a discussão acerca da introdução feminina no mercado e o protecionismo em torno da gestação Ives Gandra Martins escreve:

Se, por um lado, as medidas tendentes a impor ao empregador uma obrigação de não fazer em relação à mulher têm se mostrado eficazes na proteção de seu mercado de trabalho, por outro, a imposição de obrigações de fazer têm apresentado efeitos colaterais indesejáveis. Com efeito, os encargos sociais instituídos com a finalidade de proteger a mulher frente às exigências de caráter meramente produtivo do empregador, tais como a estabilidade provisória no emprego para a gestante e a licença-maternidade, têm gerado um efeito perverso de restringir, mais do que proteger, o mercado de trabalho da mulher. O próprio art. 7º, XXX, da Constituição Federal, ao estabelecer norma programática no sentido da proteção do mercado de trabalho da mulher, através de incentivos específicos a serem instituídos por lei, tem, na verdade, mais dificultado do que ajudado a mulher trabalhadora. (MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva, Revista Jurídica Virtual, Presidência da República, Casa Civil, Brasília, Junho 1999).

É tomado por convicto o entendimento de que o decorrer dos anos trouxe diversos documentos legais à proteção feminina, introduzindo-a sorrateiramente no mercado de trabalho e garantindo-a proteção do seu posto e espaço na sociedade. Foram abarcados sistemas que não se excluía à assistência unicamente da mulher, mas da sua gestação e nascituro.

Conforme se apontou pelo estudo, o passo inicial não deve se dado pela pausa em favores à inclusão feminina ao mercado de trabalho, mas à criação de novos documentos vinculantes, tal qual a súmula 244 do TST (Brasília, 2012), ainda mais após a sua alteração ocorrida no segundo semestre de 2012 que veio a pacificar matéria antes conflituosa.

Notadamente a alteração de inciso contido na súmula trouxe benefícios ao mercado feminino e maternal, porém, tal qual os restantes sobre o tema, necessitam de forte atuação do estado no intuito de ajuda à superação da discriminação já implantada e anterior ao que recente se dispôs.

5 CONCLUSÃO

Por fim, é restado o acabamento de que a alteração do inciso III da Súmula 244 do TST (Brasília, 2012) trouxe à tona maiores problemáticas trabalhistas para a contratação da mulher, dificultando, a partir de tal, a sua introdução no mercado de trabalho.

A longa análise desenvolvida remeteu-nos à conquista do espaço feminino no âmbito trabalhista. Porém, é bem verdade que as recentes alterações não podem ser tomadas como vitórias. O triunfo da garantia de estabilidade no contrato a termo só poderia ser posto positivamente ao ramo jurídico e à sociedade se deste pudessem ser retiradas consequências unicamente fortalecedoras à presença feminina no mercado de trabalho.

Contrária à sua intenção, a mudança legislativa veio a aumentar a insegurança presente nas lacunas normativas acerca da contratação da mulher empregada e da sua gestação, não trazendo, com isso, qualquer proteção ao empregador que as busque concomitante ao cumprimento íntegro da lei. Não há lei completa que abarque o tema.

Apresentaram-se frisadas as importâncias de novos complementos à legislação já vigente, de forma a fazê-la específica e atinente a único entendimento, ensejando, por razão de tal, maior eficiência no julgamento das demandas que fazem jus ao tema aqui abordado, maior proteção ao empregador para a contratação de mulher ao posto de trabalho e menor discriminação no que tange aos empregos femininos.

Urge o malefício da súmula analisada primeiramente ao empregador, à obreira, e, por fim, ao Estado. A reação em cadeia é disposta pelo não amparo legal do patrão, que resta-se protegido pelo único fato de não contratar e gera encargos antes divididos unicamente ao Estado.

Ora, não se pode suprir as desigualdades fisiológicas e psicológicas existentes suportando-as em um único alicerce – empregador -, faz-se imperiosa a presença e atuação do Estado de forma direta à buscar a introdução da mulher no mercado de trabalho, restado que, fundado em única encargo do patrão não haverá outra, senão a discriminação.

Por toda a análise, finda-se danosa à inserção da mulher no mercado de trabalho a alteração disposta pelo Tribunal Superior do Trabalho em 2012, haja vista que, não sanadas problemáticas anteriores, novas disposições que versem sobre o protecionismo feminino e gestacional no mercado de trabalho ensejarão, preliminarmente, a repulsão aos seus contratos.

REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 6. Ed. rev e ampl. São Paulo: Ltr, 2010.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 5. ed. Niterói: Impetus, 2011.

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

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Miniaurélio Século XXI Escolar: O minidicionário da língua portuguesa**. 4. ed. Versão ampliada. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2000.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

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

SARAIVA, Renato. **Direito do Trabalho**. 12. ed. São Paulo: Método, 2010.

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

A Constituição e o Supremo: ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS

TRANSITÓRIAS. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp?item=2134>>. Acesso em: 10 abr. 2014.

A Constituição e o Supremo: CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL TÍTULO II - Dos Direitos e Garantias Fundamentais CAPÍTULO II - DOS DIREITOS SOCIAIS - Art. 7º. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBD.asp?item=167>>. Acesso em: 10 abr. 2014.

BARRETTO, Luciana Lucena Baptista. **Estabilidade provisória da gestante, análise da súmula 244 do TST**. 2013. Disponível em:

<[http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI190314,11049-](http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI190314,11049-Estabilidade+provisoria+da+gestante+analise+da+sumula+244+do+TST)

[Estabilidade+provisoria+da+gestante+analise+da+sumula+244+do+TST](http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI190314,11049-Estabilidade+provisoria+da+gestante+analise+da+sumula+244+do+TST)>. Acesso em: 10 abr. 2014.

BICEGLIA, Tânia Regina. **A MULHER E A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DE SUAS CONQUISTAS NA LEGISLAÇÃO CIVIL E CONSTITUCIONAL BRASILEIRA**. 2002. Disponível em:

<<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/47/55>>. Acesso em: 09 abr. 2014.

BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brasil**. Rio de Janeiro, Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 08 abr. 2014.

BRASIL. Constituição (1923). Decreto nº 4.682, de 28 de janeiro 1923. **Lei Eloy de Chaves**. Rio de Janeiro, Disponível em: <<http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/23/1923/4682.htm>>. Acesso em: 08 abr. 2014.

BRASIL. Constituição (1946). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, RJ, 18 set. 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 08 abr. 2014.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Edição do Senado Federal, jul. 2012.

BRASIL. Constituição (1995). Lei nº 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..** Brasília, 13 abr. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19029.htm>. Acesso em: 09 abr. 2014.

BRASIL. Decreto nº 24.615, de 1934. **Cria O Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Bancários**. Rio de Janeiro, Disponível em: <<http://www3.dataprev.gov.br/sislex/paginas/23/1934/24615.htm>>. Acesso em: 08 abr. 2014.

BRASIL. Decreto nº 5.452, de 1943. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 09 abr. 2014.

BRASIL. Lei nº 2.924, de 05 de janeiro de 1915. **Fixa A Despesa Geral da Republica dos Estados Unidos do Brazil Para O Exercício de 1915**. Rio de Janeiro, Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1910-1919/lei-2924-5-janeiro-1915-574326-publicacaooriginal-97490-pl.html>>. Acesso em: 08 abr. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Re nº 287.905-3, Segunda Turma. Relator: p/ o ac. Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, 28 de junho de 2005. **Constitucional. Licença-maternidade. Contrato Temporário de Trabalho. Sucessivas Contratações. Estabilidade Provisória. Art.7º, XVIII da Constituição e do art. 10, II,b do ADCT. Recurso Desprovido**. Brasília: Dj, 30 jun. 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=260080>>. Acesso em: 10 abr. 2014.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 21ª Região. Acórdão nº 133.859, 1ª Turma. Relator: Desembargador José Barbosa Filho. Natal, RN, 08 de abril de 2014. **Embargos de Declaração Nº 114200-56.2013.5.21.0001**. Disponível em: <<http://www.trt21.jus.br/asp/jurisprudencia/mostradoc.asp?codigodoc=133859&TipoFonte=Acordaos&MimeType;>>. Acesso em: 14 abr. 2014.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 21ª Região. Acórdão nº 124.693, 1ª Turma. Relator: Juíza Simone Medeiros Jalil. Natal, RN, 23 de abril de 2013. **RO Nº. 143400-43.2011.5.21.0013**. Natal: Dejt, 29 abr. 2013. Disponível em: <<http://www.trt21.jus.br/asp/jurisprudencia/mostradoc.asp?codigodoc=124693&TipoFonte=Acordaos&MimeType;>>. Acesso em: 14 abr. 2014.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Acórdão nº 981-87.2010.5.01.053. JULIANA FERREIRA GASPAR. UNIÃO DE LOJAS LEADER S.A. Relator: Ministra Delaíde Miranda Arantes, 7ª Turma. Brasília, DF, 19 de março de 2014. **TST-RR-981-87.2010.5.01.0531**. Brasília: DJE, 21 mar. 2014. Disponível em: <<https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?jsessionid=1DB70D225B656489DB209EDE61A07D2A.tst33?conscsjt=&numeroTst=981&digitoTst=87&anoTst=2010&orgaoTst=5&tribunalTst=01&varaTst=0531&consulta=Consultar>>. Acesso em: 15 abr. 2014.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Acórdão no processo nº 6605-52.2010.5.12.0001, 4ª Turma. Relator: Ministro Vieira de Mello Filho. **Processo Nº Tst-rr-6605-52.2010.5.12.0001**. Brasília: Djet, 11 maio 2012. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&highlight=true&numeroFormatado=RR-6605-52.2010.5.12.0001&base=acordao&numProcInt=98751&anoProcInt=2011&dataPublicacao=11/05/2012%2007:00:00&query;>>. Acesso em: 15 abr. 2014.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. ROAR nº 400356-75.1997.5.02.5555, SDI - 2. Relator: Ministro Francisco Fausto Paula de Medeiros. Recurso Ordinário. Ação Rescisória. Violação do art. 10, II, “b” do ADCT/CF/88. **Estabilidade Provisória. Gestante. Desconhecimento da gravidez pelo empregador**. Brasília: Dj, 12 maio 2000. Disponível em: <<http://brs02.tst.jus.br/cgi-bin/nph-brs?s1=164867.nia.&u=/Brs/it01.html&p=1&l=1&d=blnk&f=g&r=1>>. Acesso em: 10 abr. 2014.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR nº 10700-20.2006.5.04.0024, 1ª Turma. Relator: Ministro Lelio Bentes Corrêa. **Processo Nº Tst-rr-10700-20.2006.5.04.0024**. Brasília: Djet, 28 mar. 2014. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%2010700-20.2006.5.04.0024&base=acordao&rowid=AAANGhAA+AAANPiAAR&dataPublicacao=28/03/2014&localPublicacao=DEJT&query=estabilidade%20and%20provis%F3ria%20and%20gestante%20and%20demora%20and%20na%20and%20pretens%E3o>>. Acesso em: 15 abr. 2014.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 244. Gestante. Estabilidade Provisória**. Brasília: DEJT, 25, 26 e 27 set. 2012. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_201_250.html#SUM-244>. Acesso em: 10 abr. 2014.

LUZ, Alex Faverzani da; FUCHINA, Rosimeri. **A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS DA MULHER SOB A ÓTICA DO DIREITO DO TRABALHO**. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/nucleomulher/arquivos/artigoalex.pdf>>. Acesso em: 09 abr. 2014. MAFRA, Francisco. **O funcionário público e a Carta Magna de 1934**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=840>. Acesso em: 08 abr. 2014.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. Salário-Maternidade e Não Discriminação da Mulher. **Revista Jurídica Virtual**, Brasília, v. 1, n. 2, p.1-2, jun. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_02/salmatern2.htm>. Acesso em: 13 abr. 2014.

MATEUS, Vinicius São. **Estabilidade Gestante e a nova Súmula 244 do TST**. Disponível em: <<http://viniciusgsm.jusbrasil.com.br/artigos/111686861/estabilidade-gestante-e-a-nova-sumula-244-do-tst>>. Acesso em: 09 abr. 2014.

PEREIRA, Leonellea; LIMA, Magna Simone Albuquerque de. **Da proteção à promoção do trabalho da mulher**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2311>. Acesso em: 09 abr. 2014.

RESENDE, Ricardo. **Gestante - estabilidade - contrato de experiência - TST vs. STF**. 2012. Disponível em: <<http://direitodotrabalhoaprova.blogspot.com.br/2012/02/gestante-estabilidade-contrato-de.html>>. Acesso em: 10 abr. 2014.