

**UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE - UNESC**

**CURSO DE DIREITO**

**KARLA BATISTA DE SOUZA**

**A ESTABILIDADE DA GESTANTE NOS CONTRATOS DE TRABALHO POR  
PRAZO DETERMINADO: UMA ANÁLISE ACERCA DAS DECISÕES  
JURISPRUDENCIAIS DO TRT DE SANTA CATARINA APÓS A EDIÇÃO DA  
SÚMULA 244, INCISO III, DO TST.**

**CRICIÚMA**

**2014**

**KARLA BATISTA DE SOUZA**

**A ESTABILIDADE DA GESTANTE NOS CONTRATOS DE TRABALHO POR  
PRAZO DETERMINADO: UMA ANÁLISE ACERCA DAS DECISÕES  
JURISPRUDENCIAIS DO TRT DE SANTA CATARINA APÓS A EDIÇÃO DA  
SÚMULA 244, INCISO III, DO TST.**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado para obtenção do grau de bacharel no curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC.

Orientadora: Prof. (a) Raquel de Souza Felício.

**CRICIÚMA**

**2014**

**KARLA BATISTA DE SOUZA**

**A ESTABILIDADE DA GESTANTE NOS CONTRATOS DE TRABALHO POR  
PRAZO DETERMINADO: UMA ANÁLISE ACERCA DAS DECISÕES  
JURISPRUDENCIAIS DO TRT DE SANTA CATARINA APÓS A EDIÇÃO DA  
SÚMULA 244, INCISO III, DO TST.**

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado  
pela Banca Examinadora para obtenção do  
título de Bacharel, no Curso de Direito da  
Universidade do Extremo Sul Catarinense,  
UNESC.

Criciúma, 23 de novembro de 2014

**BANCA EXAMINADORA**

Prof. (a) Raquel de Souza Felício (Unesc) - Orientadora

Prof. (a) Márcia Andréia Schutz Lírio Pizza - (Unesc)

Prof. Evaldo Lourenço de Lima (Unesc)

## AGRADECIMENTOS

Inicio agradecendo aquele que me deu o sopro da vida, Deus. Este que com sua infinita grandeza e sabedoria, me abençoou desde o ventre da minha mãe, me guardando me protegendo e me conduzindo aos caminhos corretos para que eu chegasse até aqui.

Agradeço aos meus pais, que orientados e deixados guiar por Deus me ensinaram o verdadeiro valor da vida, me amaram e acreditaram em mim. A minha irmã, Eduarda, que desde o início da minha caminhada, mesmo com minhas infinitas falhas, me deu sábios conselhos, na qual muitos, senão todos serviram para que eu não desistisse.

À Jéssica Gastaldon que de maneira doce e sincera, me incentivou de maneira incondicional estando ao meu lado nos momentos mais difíceis que passei durante essa jornada, o meu eterno obrigada.

À Richelli Castro que antes mesmo de eu pensar em começar lá estava ao meu lado. Obrigada pela paciência, pelo incentivo, pelas palavras de força e principalmente pelo carinho.

Ao meu amigo Cleber, este que palavras me faltam para expressar tamanha gratidão, companheirismo e lealdade, amigo enviado por Deus, que sempre esteve ao meu lado, este que a todo o momento nas minhas mais puras fraquezas me impulsionava a continuar.

Aos meus amigos, verdadeiros amigos que conheci ao longo dos meus 23 anos, que me incentivaram, me apoiaram, me amaram e disponibilizaram grande parte do seu tempo a mim, aqueles que carinhosamente os chamo de família.

Aos meus amigos da Sociedade Recreativa Mampituba, Rodrigo, Carla, Beatriz, Lizy e Edivanio que a todo o tempo não economizaram palavras para que eu pudesse enxergar que eu poderia ir mais longe.

Ao Dr<sup>o</sup> Antonio Carlos Neves de Souza, ao Dr<sup>o</sup> Jefferson Monteiro e a Dr<sup>a</sup> Cristiane Haup, grandes pessoas e profissionais do Direito, que me espelho a cada dia, sempre de prontidão a me ensinar o melhor caminho que devo trilhar em minha vida pessoal e profissional, bem como todos os meus colegas do escritório que a cada dia contribuem para meu crescimento.

À minha orientadora, Raquel de Souza Felício, paciente orientadora, que com sua confiança, disponibilidade e vasto conhecimento, me ajudou a trilhar mais uma

etapa, dentre tantas, de uma jornada de meia década.

Aos meus amigos que tive o prazer de conhecer durante essa caminhada, na qual estiveram a todo tempo dispostos a ajudar, sem medir esforços, especialmente a Gabriela de Roche e Thaliny Rocha pessoas que tenho certeza que foram enviadas por Deus, pois Ele sabia que eu precisaria de uma base, e elas com toda a certeza foram a minha.

A toda minha família, especialmente a Juliane, Daniela, Vanete e Venceslau eles que sempre estiveram ao meu lado, acreditaram em mim de maneira sem igual e sempre me trataram como filha/irmã, o meu mais puro agradecimento, palavras me faltam quando tento expressar meu amor e carinho por vocês, por fim a todos aqueles que de certa maneira contribuíram para a realização desta caminhada, ora desgastante, mas vitoriosa.

1 Senhor, tu me sondas, e me conheces.  
2 Tu conheces o meu sentar e o meu levantar; de longe entendes o meu pensamento.  
3 Esquadrinhas o meu andar, e o meu deitar, e conheces todos os meus caminhos.  
4 Sem que haja uma palavra na minha língua, eis que, ó Senhor, tudo conheces.  
5 Tu me cercaste em volta, e puseste sobre mim a tua mão.  
6 Tal conhecimento é maravilhoso demais para mim; elevado é, não o posso atingir.  
7 Para onde me irei do teu Espírito, ou para onde fugirei da tua presença?  
8 Se subir ao céu, tu aí estás; se fizer no Seol a minha cama, eis que tu ali estás também.  
9 Se tomar as asas da alva, se habitar nas extremidades do mar,  
10 ainda ali a tua mão me guiará e a tua destra me susterá.  
11 Se eu disser: Ocultem-me as trevas; torne-se em noite a luz que me circunda;  
12 nem ainda as trevas são escuras para ti, mas a noite resplandece como o dia; as trevas e a luz são para ti a mesma coisa.  
13 Pois tu formaste os meus rins; entreteceste-me no ventre de minha mãe.  
14 Eu te louvarei, porque de um modo tão admirável e maravilhoso fui formado; maravilhosas são as tuas obras, e a minha alma o sabe muito bem.  
15 Os meus ossos não te foram encobertos, quando no oculto fui formado, e esmeradamente tecido nas profundezas da terra.  
16 Os teus olhos viram a minha substância ainda informe, e no teu livro foram escritos os dias, sim, todos os dias que foram ordenados para mim, quando ainda não havia nenhum deles.  
17 E quão preciosos me são, ó Deus, os teus pensamentos! Quão grande é a soma deles!  
18 Se eu os contasse, seriam mais numerosos do que a areia; quando acordo ainda estou contigo.  
19 Oxalá que matasses o perverso, ó Deus, e que os homens sanguinários se apartassem de mim,  
20 homens que se rebelam contra ti, e contra ti se levantam para o mal.  
21 Não odeio eu, ó Senhor, aqueles que te odeiam? e não me aflijo por causa dos que se levantam contra ti?  
22 Odeio-os com ódio completo; tenho-os por inimigos.  
23 Sonda-me, ó Deus, e conhece o meu coração; prova-me, e conhece os meus pensamentos;

24 vê se há em mim algum caminho perverso, e guia-me pelo caminho eterno.

Salmos 139:1-24

## RESUMO

O presente trabalho monográfico tem como fundamento um estudo doutrinário e jurisprudencial a cerca da estabilidade da gestante nos contratos trabalhistas por prazo determinado. Trata-se de trabalho monográfico, através de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, em que foi empregado o método teórico e qualitativo. No primeiro capítulo, o conceito de contrato individual do trabalho, distinguindo empregado de empregador, bem como a diferença entre os contratos por prazo determinado e indeterminado. No segundo momento, a estabilidade e a garantia de emprego, suas diferenças e classificações. O terceiro capítulo, através da pesquisa jurisprudencial, será demonstrada as decisões divergentes do TRT/SC (12) quanto à estabilidade e garantia do emprego da gestante nos contratos por prazo estabelecido, em virtude da proteção da gestante e do nascituro.

**Palavras-chave:** Gestante. Contrato por prazo Determinado. Nascituro. Estabilidade.

## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

CRFB/88 - Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

TRT - Tribunal Regional do Trabalho

TST - Tribunal Superior do Trabalho

CLT – Consolidação das Leis Trabalhistas

ADCT – Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

OJ – Orientações Jurisprudenciais

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO</b> .....	11
<b>2. HISTÓRICO DO TRABALHO HUMANO</b> .....	13
2.1 Princípio da Proteção.....	16
2.2 Conceito de contrato individual de trabalho.....	20
2.3 Conceitos de empregado e empregado.....	23
2.4 Contrato de trabalho por prazo indeterminado.....	28
2.5 Contrato de trabalho por prazo determinado.....	29
<b>3 ESTABILIDADE E GARANTIA DE EMPREGO</b> .....	32
3.1 Conceitos de estabilidade.....	32
3.2 Classificações de estabilidade.....	34
3.3 Garantia De Emprego X Estabilidade Da Gestante.....	36
<b>4 ESTABILIDADE DA GESTANTE NOS CONTRATOS POR PRAZO DETERMINADO</b> .....	37
4.1 Direitos da Gestante.....	37
4.2 Proteção do trabalho da gestante.....	41
4.3 Alteração da súmula 244, inciso III, do TST.....	42
4.4 Posicionamentos do TRT/SC.....	45
<b>5. CONCLUSÃO</b> .....	50
<b>6 REFERÊNCIAS</b> .....	52

## 1. INTRODUÇÃO

O estudo tem por objetivo analisar as decisões jurisprudenciais com base na alteração da súmula 244, inciso III do TST. Sendo que para chegar ao mérito deste trabalho necessário se faz um estudo da história do trabalho humano. Cumpre salientar que referido contexto nos remete a um estudo desde o trabalho escravo até a conquista de direitos da classe trabalhadora, especialmente a classe feminina.

Em contrapartida apesar da evolução e conquista de direitos das mulheres com a inserção no mercado de trabalho, muito ainda se luta por igualdade real. Apesar da Constituição Federativa da Republica Brasileira de 1988 garantir a igualdade e os direitos sociais e fundamentais, o trabalho feminino é ainda uma luta que parece sem fim. Ocorre que mesmo com a desigualdade muito se percebe e vive-se a evolução do trabalho feminino.

A vista disso, com a intenção de garantir a mulher trabalhadora os seus direitos, pensou-se nesta como gestante, e principalmente no direito do nascituro. Sendo assim, será possível visualizar o porquê da mudança da súmula 244, inciso III, do TST, bem como suas consequências e os benefícios que vem trazendo para as empregadas gestantes e conseqüentemente ao nascituro, afinal é dever do Estado garantir por excelência todos os direitos fundamentais, visto atribuição dada pela CRFB/88.

A presente monografia busca compreender as divergências das decisões do Tribunal Regional do Trabalho de Santa Catarina (TRT - SC), pois apesar de sumulado pelo TST ainda existem julgados distintos, inclusive contra a própria Constituição da Republica Federativa Brasileira de 1988.

É também de relevância social, visto decisões proferidas pelo Tribunal Regional do Trabalho de Santa Catarina, o grande número de ações que visam à garantia de emprego e a conseqüente estabilidade da empregada gestante com a máxima proteção ao nascituro, deixando claro que mesmo com a alteração da súmula 244, inciso III, do TST, parte dos Desembargadores do TRT/SC não vem observando os direitos fundamentais para o bem estar social.

A presente monografia foi elaborada e dividida em três capítulos, sendo que o primeiro traz o conceito de contrato individual do trabalho, distinguindo empregado de empregador, bem como a diferença entre os

contratos por prazo determinado e indeterminado. No segundo, refere-se à estabilidade e a garantia de emprego, suas diferenças e classificações. O terceiro capítulo por sua vez faz uma análise da alteração do entendimento sumulado do TST, por meio da pesquisa jurisprudencial demonstra as decisões divergentes do TRT/SC quanto à estabilidade e garantia do emprego da gestante nos contratos por prazo determinado, em virtude da proteção da gestante e do nascituro.

## 2. HISTÓRICO DO TRABALHO HUMANO

É imprescindível para o estudo de uma ciência que se conheça o seu passado, pois dessa maneira poderá entender sua atualidade e como evoluirá no futuro.

Para poder compreender a atual concepção do trabalho humano é importante uma análise da história, a fim de saber que os direitos existentes hoje não são originários de dádivas, e sim de cansativas lutas dos trabalhadores.

Na servidão, o trabalho escravo nas palavras do doutrinador Olea representa:

Um trabalho por conta alheia, no sentido de que a titularidade dos resultados do trabalho pertencia imediatamente ao dono, nunca ao escravo. Sob este aspecto, a peculiaridade da escravidão consistia numa relação jurídica muito especial, por força da qual se operava a transferência da titularidade dos resultados do trabalho. Tal relação jurídica era pura e simplesmente a de domínio; o amo fazia seus resultados do trabalho, em face da sua condição de proprietário ou dono do escravo, por força da qual era o próprio dono quem executava o trabalho. Juridicamente, o escravo se encontrava relegado à condição de coisa ou de semovente, e no sentido mais radical do termo, privado do controle sobre sua própria pessoa, incapaz, por certo, de relações jurídicas de domínio sobre qualquer objeto, inclusive sobre os resultados de seu trabalho (2013, p. 07).

Para Jorge Neto e Calvacante é importante saber a distinção entre o escravo acima citado e o servil.

Á vista disso, para os doutrinadores “o trabalho servil era um trabalho produtivo, mas não poderia ser tido como um trabalho livre e sim forçado.” (JORGE NETO E CALVACANTE, 2013, p.07).

O servil não poderia trabalhar para quem quisesse, e sim era obrigado a fazer somente para o senhor feudal, pois não havia liberdade para o trabalhador servil.

Após a servidão, surgiram às corporações, essas que possuíam raízes históricas. Objetivamente a corporação medieval representava os produtores a fim de satisfazer os prazeres dos mestres (JORGE NETO E CALVACANTE, 2013, p.08).

Para melhor entender as corporações, vejamos nas palavras do doutrinador RUSSOMANO:

Os aprendizes estavam submetidos, muito estreitamente, a pessoa do mestre. Eram jovens trabalhadores que, como sua designação indica, aprendiam o ofício. A aprendizagem era um sistema duro de trabalho e os mestres impunham aos aprendizes um regime férreo de disciplina, usando, largamente, os poderes que lhes eram conferidos pelas normas estatutárias da corporação. Não existia, porém, servidão, naquele sentido dos primeiros quartéis da idade média. Terminada a aprendizagem, subiam eles a categoria de companheirismo, que era oficiais formados, mas sem condições de ascenderem à mestria, pela compressão exercida pelos mestres que desejavam, dessa forma, impedir a concorrência e por outro lado, assegurar a transmissão dos privilégios das mestrias aos seus filhos ou sucessores.” (RUSSOMANO, 1995, p.12)

Dessa forma entende-se que os companheiros eram trabalhadores qualificados para exercer o cargo imposto, pois possuíam liberdade, porém sabia que jamais poderiam exercer a condição de mestres. Com essa impossibilidade, fora feito com o passar dos anos, duas organizações quais sejam companheiros e mestres (RUSSOMANO, 1995, p.12).

A partir de então, a dificuldade entre essas relações gerou a transformação das corporações em associações de empresários. Dessa forma “O labor humano nas corporações indica a existência do trabalho humano” (JORGE NETO E CALVACANTE, 2013, p.09).

Após surge a revolução industrial com a exploração de atividades industriais.

Pra Jorge Neto e Calvacante, a revolução industrial compreende o conjunto das transformações técnicas, sociais e econômicas (2013, p.11)

A partir de então começa a surgir uma nova modalidade de relação de trabalho, chamado também de locação, ou seja, a locação de serviços e a locação de empreitada.

Entende-se pelo primeiro que é a relação que uma pessoa obriga-se a prestar serviços à outra mediante um determinado tempo recebendo como recompensa uma remuneração. No que diz respeito à locação de empreitada revela o contrato pelo qual determinada pessoa se obriga a executar uma determinada obra a outra pessoa, mediante remuneração. (NASCIMENTO, 2013, p. 44).

Por fim a “A locação de serviços, é apontada como precedente da relação de emprego moderna, objeto do direito do trabalho” (NASCIMENTO, 2013, p. 44).

Ao adentrar no mérito da questão do trabalho das mulheres na Revolução Francesa, a igualdade foi anunciada como um princípio geral, uma promessa de que todos os indivíduos seriam considerados iguais.

Ocorre que a cidadania foi dada somente para aqueles que possuíam certa quantia de propriedade, sendo negada aos pobres, aos escravos (até 1794), e para as mulheres porque esta era visto como uma trabalhadora doméstica sendo, portanto um impedimento para participação em clubes políticos (SCOTT, 2005).

Para SCOTT a igualdade é um princípio absoluto:

A igualdade é um princípio absoluto e uma prática historicamente contingente. Não é a ausência ou a eliminação da diferença, mas sim o reconhecimento da diferença e a decisão de ignorá-la ou de levá-la em consideração.

O marquês de Condorcet era contra tal posição e questionava as razões para a exclusão das mulheres da cidadania, pois para ele, elas tinham as mesmas capacidades morais e racionais dos homens.

Seria difícil provar que as mulheres são incapazes de exercer a cidadania. Por que indivíduos expostos à gravidez e outras indisposições passageiras não estariam aptos a exercitarem direitos que ninguém jamais cogitou negar a pessoas que sofrem de gota durante o inverno ou pegam resfriados facilmente? (CONDORCET, 1976, p. 98).

Conforme Gorczewski (2008, p.154), a declaração universal dos direitos do homem, a mesma é simples e direta, na qual levanta os princípios fundamentais da Revolução Francesa: Liberdade, Igualdade e Fraternidade. Ainda cita:

Os princípios da igualdade e da liberdade estão presentes na primeira parte da declaração, que vai do artigo 3º ao 21 onde constam os direitos civis e políticos: o direito à vida, à liberdade, à segurança pessoal, à proibição da escravidão e da servidão [...] proibição de interferência arbitrária na vida privada, na família, no lar na correspondência, a liberdade de locomoção (2008, p.154)

Corroborando com este entendimento, Tulio e Casagrande ensinam que:

A condição da mulher no mercado de trabalho vem obtendo maior atenção e respeito com o passar dos anos. Com a revolução industrial a mão de obra feminina tornou-se não apenas necessária, mas também indispensável, a ponto de ser preterida a mão de obra masculina, preferência esta certamente fundada nos salários inferiores que eram pagos às mulheres. (Tulio; Casagrande p. 69-70).

Á vista disso, e de toda essa revolução, defende-se o ponto de vista de que não se pode haver discriminação para o sexo feminino e tampouco negar ao nascituro objeto de estudo da presente monografia seus direitos fundamentais.

## 1. PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO

Mais do que uma fonte, os princípios são emanações das outras fontes do direito. Os princípios aparecem envoltos e expressos por outras fontes. Além disso, exercem uma função inspiradora e guiadora na interpretação do juiz que ultrapassa a função de fonte de direito e os situa em outro plano.

Para Jorge Neto e Calvacante, “princípio significa as formulações presentes na consciência de pessoas e grupos sociais, as quais são decorrentes da vida em sociedade a partir de uma dada realidade” (2013, p.92).

Delgado expõe que o princípio da proteção traz em sua estrutura, uma ampla proteção a parte hipossuficiente na relação empregatícia, ou seja, o empregado, visando proteger, atenuar o desequilíbrio ao plano fático do contrato de trabalho. (2014, p.196)

A maioria dos doutrinadores aponta esse princípio como essencial do Direito do Trabalho, por conter toda a estrutura e características próprias desse ramo jurídico.

Américo Plá Rodriguez compreende este princípio em três dimensões distintas: O princípio *in dubio pró operário*, o princípio da norma mais favorável e o princípio da condição mais benéfica.

Para este jurista este princípio da norte ao Direito do Trabalho, pois este ao invés de levar para um propósito de igualdade dirige para um amparo preferencial para o trabalhador. (2000, p.83).

Plá Rodriguez ainda conclui que no Direito do Trabalho, o ponto central é proteger o trabalhador, e com isso chegar a uma igualdade entre as partes.

O *In dubio pro operário* traz como objetivo a proteção ao trabalhador, ou seja, uma interpretação da norma mais favorável a ele.

No direito privado aceita-se o princípio do favor *pro reo*, na qual se existir dúvida deve-se levar em conta a parte mais fraca e necessitada da lide.

Ocorre que nas relações laborais acontece exatamente ao contrario, pois o trabalhador aparece como credor perante o seu empregador, devendo este provar os fatos alegados. Sendo assim, no Direito do Trabalho, o princípio da proteção busca igualar o princípio *in dubio pro reo*, similar do Direito Penal. (Plá Rodriguez, 2000, p.108.)

Entretanto, para que seja aplicado este princípio, deve haver as seguintes condições, ou seja, quando existir de fato duvida sobre o alcance da norma legal e quando não esteja em desacordo com a vontade do legislador. (Plá Rodriguez, 2000, p.110.)

Vale salientar que deve aplica-la somente quando de fato haja uma verdadeira duvida, pois o renomado jurista expõe:

[...] quando uma norma não existe, não é possível recorrer a este procedimento para substituir o legislador e muito menos é possível usar esta regra para afastar-se do significado claro da norma. Ou para atribuir-lhe um sentido que de modo nenhum se pode deduzir de seu texto ou de seu contexto. (Plá Rodriguez, 2000, p.111.)

No entanto, importante ressaltar as 3 (três) limitações que tem a aplicação dessa regra. A primeira segundo o jurista Plá Rodriguez se refere à aplicação em matéria de fato trazida pelo Benito Pérez, pois este sustenta que a regra se aplica para interpretar a norma jurídica, diferente se existisse uma prova, na qual deve-se levar em consideração para decidir a litis. (Plá Rodriguez, 2000, 114).

A segunda limitação foi exposta pelo autor mexicano Cavazos Flores, na qual segundo o jurista Plá Rodriguez, em suma traduz a ideia de que “quando uma dúvida recair sobre a forma de administrar ou dirigir uma empresa, a

solução deve ser a de inclinar-se em favor do patrão” (Plá Rodriguez, 2000, p.117). O jurista ainda expõe que não temos a honra de compartilhar dessa posição, pois para ele “as razões nas quais se fundamenta este princípio são validas para justificar sua aplicação em todo o Direito do Trabalho, sem zonas excluídas nem marginalizadas.” (Plá Rodriguez, 2000, p.118).

O princípio da norma mais favorável opera como um princípio fundamental do Direito do Trabalho.

Para aplicação dessa regra Plá Rodrigues expõe que existem dois tipos, o critério e o da unidade de medida que se deve utilizar para uma decisão. Quanto aos critérios Plá Rodriguez entende que são cinco critérios, sendo que o primeiro é que a comparação deve ser efetuada considerando o conteúdo das normas, o segundo é que deve-se levar em consideração a situação da coletividade trabalhadora interessada, a terceira é de que a norma deve ser resolvida objetivamente em função dos motivos que tenham inspirado as normas, a quarta é que o confronto de duas normas deve ser feito de uma maneira concreta, ou seja, se a regra inferior é mais ou menos favorável ao trabalhador e o quinto e ultimo é de que não se pode admitir a eficácia de uma disposição inferior, mesmo em duvida de que seja efetivamente mais favorável ao trabalhador. (Plá Rodriguez, 2000, p. 128).

Quanto à unidade de medida para comparação, é de que muitas vezes há uma norma que contem algumas disposições favoráveis e outras prejudiciais. Plá Rodriguez indaga como se estabelece a comparação? Devem ser comparadas juntas ou separadamente?. Em resposta o mesmo expõe que há duas teorias, uma chamada incindibilidade, ou, *conglobamento*, e a outra chamada teoria da acumulação.

A primeira sustenta que “que as normas devem ser comparadas em seu conjunto” (Plá Rodriguez, 2000, p. 128). E a segunda, expõe que “podem ser extraídas de cada norma as disposições mais favoráveis” (Plá Rodriguez, 2000, p. 128).

Entre as dimensões citadas, por ultimo temos a regra da condição mais benéfica.

Para Plá Rodriguez esta regra pressupõe “[...] a existência de uma situação concreta, anteriormente reconhecida, e determina que ela deve ser

respeitada, na media em que seja mais favorável ao trabalhador que a nova norma aplicável.” (2000, p.131).

Segundo Plá Rodriguez a aplicação dessa regra consiste em duas consequências: a primeira é:

Quando se estabelecer uma regulamentação ou disposição de caráter geral, aplicável a todo o conjunto de situações trabalhistas, estas ficarão alteradas em suas condições anteriores desde que não sejam mais benéficas ao trabalhador do que as recentemente estabelecidas” (2000, p.137).

E a segunda ele define:

“Salvo disposição expressa em contrario”, à nova regulamentação deverá respeitar, como situações concretas reconhecidas em favor do trabalhador, ou trabalhadores interessados, as condições que lhes resultem mais benéficas do que as estabelecidas para matéria ou matérias tratadas – ou em seu conjunto – pela nova regulamentação. (2000, p. 137).

É possível identificar e diferenciar dois problemas, quais sejam, o da fixação de condições de trabalho o que se pode fazer através da lei, acordo das partes uso ou costume. O outro é o de respeito a essas condições mais vantajosas o qual só se pode obter através da normal legal, uso ou costume e convenção coletiva. (Plá Rodriguez, 2000, p. 138).

Plá Rodriguez ainda traz quais as condições mais benéficas que devem ser respeitadas, segundo o ensinamento do autor espanhol *De La Lama Rivera*.

O jurista uruguaio expõe que as condições mais benéficas devem ser respeitadas somente quando tiverem estabelecidas em caráter definitivo, portanto aquelas que tiverem sido outorgadas em caráter provisório, ou seja, com vida limitada não podem ser invocadas.

Dessa forma, entende-se que não se trata de um problema de vontade unilateral, mas de ajustes aos fatos, que deverá ser resolvido mediante a razoabilidade, esta que é fundamental na aplicação de todo o Direito do Trabalho.

Porém, se é um benefício que se prolongou além da circunstancia que lhe deu origem, então deve-se concluir que de fato constitui condição mais benéfica e que deve ser respeitada. (Plá Rodriguez, 2000, p. 139).

## 2.2 CONCEITO DE CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABALHO.

Para adentrar no contrato individual de trabalho, é importante ressaltar que na sociedade pré-industrial, conforme o entendimento do doutrinador Nascimento (2005, p.47) o trabalhador na escravidão era considerado coisa, puro objeto, longe de ser um sujeito de direito.

Para Almeida (1998, p. 8) o contrato individual do trabalho traz uma peculiaridade na formação de suas normas, sendo que a relação jurídica entre as partes é que ira constituir seu objeto.

Nas palavras do doutrinador Dower “trabalho é o ponto de toque entre a natureza e o capital. A participação do ser humano com sua energia física e mental faz surgir à produção de bens para satisfazer as suas próprias necessidades”. (DOWER,1998, p. 1).

Dessa forma sabendo-se da necessidade que o ser humano encontrou em satisfazer suas necessidades, começou a ideia de trabalho, ou seja, a produção em troca de recompensa.

Ocorre que com a desigualdade e a inexistência da pratica pelo valor social juntamente com as condições dignas do trabalhador, o Direito do Trabalho, juntamente com a carta magna veio para regularizar a dignidade do trabalhador que até então era visto apenas como uma mera ferramenta nas mãos de seus tomadores de serviços. Dessa forma o Direito do Trabalho é sempre encarado como um conjunto de leis reguladoras das relações entre empregados e empregadores. (DOWER, 1998, p.4).

Gomes e Gottschalk ensinam que:

Os contratos de trabalho eram individualmente concluídos entre o patrão e a coletividade dos operários, mas estes estavam vinculados – segundo a expressão de Carnelutti – “*filo per filo in tantimani quanti sono glioperari*”. De um lado, todos os fios se enfeixavam nas mãos dos patrões; de outro, eles se abriam em tantas mãos quantos eras os operários, que não se encontravam vinculados entre si. Num estado social deste tipo, as condições de trabalho eram ditadas pela vontade soberana e unilateral do patrão. (2008, p. 17).

O Direito do Trabalho segundo o renomado Mauricio Godinho Delgado “é o ramo especializado que regula certo tipo de relação laborativa na sociedade contemporânea” (DELGADO, 2013, p. 45).

Além dos conceitos citados acima, importante se faz a leitura do seguinte ensinamento. No conceito de Vólia Bomfim:

Direito do Trabalho é um sistema jurídico permeado por institutos, valores, regras e princípios dirigidos aos trabalhadores subordinados e assemelhados, aos empregadores, empresas coligadas, tomadores de serviço, para tutela do contrato mínimo de trabalho, das obrigações decorrentes das relações de trabalho, das medidas que visam à proteção da sociedade trabalhadora, sempre norteadas pelos princípios constitucionais, principalmente o da dignidade da pessoa humana. Também é recheado de normas destinadas aos sindicatos e associações representativas; à atenuação e forma de solução dos conflitos individuais, coletivos e difusos, existentes entre capital e trabalho; à estabilização da economia social e à melhoria da condição social de todos os relacionados. (2009, p. 41).

Há uma divisão interna neste ramo, quais sejam Direito Coletivo do Trabalho e Direito Individual do Trabalho.

Conforme exposto, para o doutrinador Mauricio Godinho Delgado define-se Direito Individual do Trabalho como:

Complexo de princípios, regras e institutos jurídicos que regulam, no tocante às pessoas e matérias envolvidas, a relação empregatícia de trabalho, além de outras relações laborais normativamente especificadas.(DELGADO, 2013, p. 47).

O conceito de contrato individual de trabalho está no artigo 442 da CLT “Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego.” (BRASIL, 2014 b). O Direito do Trabalho tem como ponto central o contrato de trabalho. Conforme já mencionado, o contrato de trabalho surgiu na revolução industrial, revelando a necessidade pelo contrato na qual determinada pessoa obriga-se a contratar determinado serviço e a outra executar mediante remuneração.

O contrato de trabalho é um ato jurídico bilateral, onde empregado e empregador, possuem livre manifestação de vontade para que celebrem um contrato válido surtindo todos os efeitos práticos garantidos pela ordem jurídica. (MORAES FILHO, p.42).

Á vista do que fora dito, temos duas teorias, qual seja a teoria contratualista e a anticontratualista.

Para a teoria contratualista, o surgimento do contrato depende das vontades das partes. O artigo 444 da CLT expõe que:

As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes.(BRASIL, 2013 b).

Nascimento esclarece com objetividade também a corrente contratualista:

Contratualismo é a teoria que como o nome indica, considera a relação entre empregado e empregador um contrato. O seu fundamento reside numa tese. A vontade das partes é a causa insubstituível e única que pode constituir o vínculo jurídico". (NASCIMENTO, 1994. p.136/137).

O contrato de trabalho, também pode ser chamado de pacto de atividade, pois não se contrata um resultado. Deve haver uma continuidade na prestação de serviço que deverão ser remunerado e feito por aquele que obtém a devida prestação. Portanto, nota-se a existência de um acordo de vontades, caracterizando a vontade privada das partes e conseqüentemente o contrato de trabalho com um ajuste de vontade entre as partes (MARTINS, 2014, p.49).

O doutrinador Arnaldo Sussekind ensina:

Contrato de trabalho é o negócio jurídico pelo qual uma pessoa física (empregado) se obriga, mediante o pagamento de uma contraprestação (salário), a prestar trabalho não eventual em proveito de outra pessoa, física ou jurídica (empregador), a quem fica juridicamente subordinada. (SUSSEKIND 2003, p. 237).

Ao dissertar sobre o contrato de trabalho Orlando Gomes afirma que:

É a convenção pela qual um ou vários empregados, mediante certa remuneração e em caráter não eventual, prestam trabalho pessoal em proveito e sob a direção do empregador. (GOMES, 2000, p. 108)

Em outras palavras pode-se dizer que o contrato individual do trabalho é o ajuste de vontade entre as partes onde o empregado compromete-se a prestar serviços ao empregador e o empregador a pagar salário.

Na maioria das vezes o contrato de trabalho é um pacto de adesão, em que o trabalhador adere às cláusulas pré-determinadas pelo empregador e não as discute. (MARTINS, 2014, p49).

No que diz respeito à teoria anticontratalista, também denominada de teoria institucionalista ou estatutária, nega a existência de contrato entre as partes, entendendo que ocorre uma simples inserção do trabalhador na empresa, sem caráter contratual, uma vez que as cláusulas e condições já vêm estabelecidas por lei.

Para elucidar a questão, observa-se nas palavras de Emanuel Teófilo Furtado:

Relação jurídica de trabalho é que resulta de um contrato de trabalho, denominando-se relação de emprego quando se trata de um contrato subordinado. Quando não haja contrato, temos uma simples relação de trabalho. (1994, p.46).

A teoria anticontratalista sustenta que quando o trabalhador incorpora-se na empresa, inexistente a autonomia de vontade das partes e conseguinte discussão das cláusulas, pois entende que a empresa é uma instituição que impõe as regras aos trabalhadores, igual como o ocorre com o Estado e o funcionário público. (MARTINS, 2014, p49).

Dessa forma, o legislador deixa a vontade tanto o empregador quanto o empregado para as decisões da relação contratual, desde que não contrarie as disposições e princípios da proteção ao trabalho.

Á vista disso, a luz dos entendimentos doutrinários, o contrato de trabalho surge de uma relação de emprego a qual uma pessoa física e outra pessoa física ou jurídica, pactuam normas entre si, sendo que a finalidade é a prestação de serviço pessoal, oneroso, não eventual e subordinado.

## **2.3 Conceitos de empregado e empregador**

### **Do empregado:**

Podemos extrair o conceito de empregado no artigo 3º, *caput*, da CLT, “Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário” (BRASIL, 2014b)”.

Sendo assim, o empregado deve ser uma pessoa física que presta serviços com pessoalidade, onerosidade na qual recebe pelos serviços prestados, subordinação e não eventualidade, conforme conceituado no artigo 2º *caput*, da CLT (GARCIA, 2013, p.229).

A pessoalidade é a característica de que somente a mesma pessoa de forma direta pode prestar serviços à pessoa física ou jurídica.

Para Godinho a pessoalidade é:

A relação jurídica pactuada, ou efetivamente cumprida – deve ser desse modo, *intuitu personae* com respeito ao prestador de serviços, que não poderá, assim, fazer-se substituir intermitentemente por outro trabalhador ao longo da concretização dos serviços pactuados. (2013, p. 283)

Garcia complementa que pessoalidade é a não substituição por terceiros, senão vejamos:

A pessoalidade significa a prestação dos serviços pelo próprio trabalhador, sem que seja substituído constantemente por terceiro, aspecto este relevante ao empregador, que o contratou tendo em vista a sua pessoa. (2013, p. 143).

Dessa forma, deve-se ressaltar, conforme previamente alegado, que o trabalho pessoal só pode ser realizado pelo mesmo empregado sem a substituição de terceiros. Para Dower, a pessoalidade é “Quando se pretende os serviços de determinada pessoa, normalmente visa-se aos seus predicados pessoais.” (DOWER, 1998, p. 8).

Á vista disso se porventura houver uma prática da substituição permanente, logo torna-se impessoal descaracterizando a relação de emprego.

Sobre o conceito da onerosidade trata-se daquele que recebe pelos serviços prestados, ou seja, um valor pago ao trabalhador pela força do trabalho colocado a disposição do empregador.

Quando se fala da onerosidade pode-se dizer que é uma relação primordial com o fundo econômico do mundo, pois através dessa relação é que o moderno sistema econômico atinge o objetivo, ou seja, uma infinita conexão do trabalhador ao processo produtivo, fazendo nascer o largo universo de bens, este característico do mercado atual. (GODINHO, 2013, p 289).

Mesmo entendimento possui o doutrinador Dower:

Assim como o empregado tem o dever de trabalhar segundo sua habilitação e conforme o pactuado, o empregador tem a obrigação de retribuir ao trabalhador de acordo com o valor ajustado. (1998, p.10).

Destarte, para Garcia, a onerosidade é a contraprestação devida pelo empregador ao empregado por seus trabalhos, *in verbis*:

A onerosidade significa que os serviços prestados tem como contraprestação o recebimento da remuneração, não se tratando, assim, de trabalho gratuito. O empregado trabalha com o fim de receber salário, sendo este seu objetivo ao formar o pacto laboral. (2013, p. 146).

Sendo assim, percebe-se que o contrato de trabalho é um contrato bilateral, onde ambas as partes pactuam um conjunto de obrigações e deveres.

Em relação à subordinação Godinho refere-se como o poder que tem o empregador sob o empregado direcionando-o sobre a atividade que desempenhará:

A subordinação corresponde ao polo antitético e combinado do poder de direção existente no contexto da relação de emprego. Consiste, assim, na situação jurídica derivada do contrato de trabalho, pela qual o empregado compromete-se a acolher o poder de direção empresarial no modo de realização de sua prestação de serviços. (2013, p. 293).

Seguindo a mesma linha, Garcia conceitua a subordinação como “o requisito de maior relevância na caracterização de emprego”(Garcia, 2013, p.144).

É incontestável que subordinação, ou seja, a obediência, as regras são originadas do contrato de trabalho, pois se refere ao modo que o empregado prestará serviços a seu empregador. Trata-se de uma subordinação jurídica,

dentro dos limites das leis trabalhistas e das condições humanas, pois esta modalidade é essencial para que se caracterize uma relação de emprego entre o empregado e o empregador por este ser o proprietário do empreendimento. (GARCIA, 2013, p.144).

Por fim, a subordinação segundo Godinho (2013, p.296) é a inserção do trabalhador no ambiente de trabalho, que independente de receber ou não as ordens diretas, acolhe estruturalmente a dinâmica de organização e funcionamento da empresa.

No que diz respeito a não eventualidade, Godinho conceitua como:

[...] A relação empregatícia na qual é necessário que o trabalho prestado tenha caráter de permanência (ainda que por um curto período determinado), não se qualificando como trabalho esporádico. A continuidade da prestação (Antítese a eventualidade) é, inclusive, expressão acolhida pela lei nº 5.859/72 (Lei do trabalho domestico), que se refere a serviços de natureza contínua. (2013, p. 285).

Dower afirma que “[...] Para caracterizar a relação de emprego, a prestação de serviço deverá ser continua ou permanente, não importando se com prazo certo ou não” (Dower, 1998, p. 9).

Ainda na mesma linha, Garcia menciona que em um primeiro momento, o trabalho não eventual é aquele continuo, vejamos:

[...] A não eventualidade significa a prestação de serviços ligados às atividades normais do empregador, ou seja, realizando serviços permanentes necessários á atividade do empregador ou ao seu empreendimento. A não eventualidade também pode significar a fixação do empregado em certa fonte de trabalho, que toma os seus serviços. (Garcia, 2013, p.144)

Corroborando com estes entendimentos, o doutrinador Augusto Antônio Fagundes, esclarece o conceito de empregado:

Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário, pois nela, há a necessidade da existência de um contrato de trabalho e a existência de subordinação, que é o pressuposto essencial para caracterizar o vínculo empregatício. Assim é através deste vínculo que a jurisdição trabalhista atua. (FAGUNDES, 2002, p. 34).

Nota-se, portanto que empregado pode ser qualquer pessoa física, sem distinção de sexo, cor, estado civil, graduação, desde que respeitados os limites de capacidade.

### **Do empregador:**

No que diz respeito ao empregador, o artigo 2º, *caput*, da CLT dispõe que “Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço ” (BRASIL, 2014 b).

Quando nos deparamos com o empregador, GOMES assevera que:

Devedor da contraprestação salarial e outros acessórios; credor da prestação de trabalho e de sua utilidade é ele a figura central da empresa, no seu dinamismo econômico, social e disciplinar. (GOMES, 2008, pg.101).

Buscando completar a definição, o §1ª da mesma lei, dispõe que:

Equiparam-se ao empregador, para os efeitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados. (BRASIL, 2014 b).

Mauricio Godinho Delgado define empregador como uma pessoa física, jurídica ou um ente despersonalizado que mediante seus poderes garantidos por lei, contrata uma pessoa física para que possa prestar serviços, desde que efetuados com personalidade, onerosidade, não eventualidade e sob a sua subordinação (2013, p.400)

Ocorre que o enunciado do *caput* celetista é tecnicamente falho, pois empregador não é empresa (DELGADO, 2013, p.400). Empresa é uma atividade econômica organizada, com coordenação e organização destinada à produção e conseqüente circulação de bens ou de serviços no mercado (GARCIA, 2013, p.300).

O empresário por sua vez é quem exerce profissionalmente essa atividade conforme expõe o artigo 966 do código Civil de 2002.

Acerca da falha da lei, Carrion (2006, p. 27-28) completa dizendo que “empresa é o conjunto de bens materiais, imateriais e pessoais à obtenção de certo fim”.

No âmbito da Consolidação das Leis Trabalhistas, o empregado é considerado como a própria empresa, essa previsão conforme já demonstrado é objeto de crítica por parte da doutrina, justamente porque a empresa em termos técnicos seria o desempenho da atividade econômica organizada, não obtendo personalidade jurídica para configurar um dos polos da relação jurídica. (GARCIA, 2013, p. 300).

No entanto, o vocábulo empresa é usado como pessoa física ou jurídica que contrata o empregado. Sendo assim, toda pessoa física ou jurídica que assumir os riscos das atividades econômica, contratando empregados é considerado empregador. Empregador é aquele que tem empregados, ou seja, aquele que mediante pagamento de remuneração obtém serviço, produção de outro (DELGADO, 2013).

#### **2.4 Contrato de trabalho por prazo indeterminado**

Há dois tipos de contratos de trabalhos vigentes no Brasil, podendo ser indeterminado ou determinado, conforme a contratação e o lapso temporal.

Os contratos por prazo indeterminado são os mais comuns no ordenamento jurídico brasileiro. Para esclarecer o conceito de contrato de trabalho por prazo indeterminado, vejamos as palavras do doutrinador Francisco Alberto da Motta Peixoto Giordani:

É certo que o ordenamento jurídico brasileiro presume-se que o contrato individual de trabalho tenha sido pactuado sem limite de tempo, salvo em contrário, devido às inúmeras vantagens que tal avença proporciona ao empregado, se comparado ao contrato a prazo. Mesmo porque, o contrato de trabalho é de trato sucessivo. Portanto, em regra, ele se realiza sem determinação de prazo e caracteriza-se, em princípio, pelo sentido da continuidade. Dessa continuidade específica dos contratos sucessivos deriva a consequência de que a indeterminação do prazo se presume. A parte interessada cabe fazer a prova, contra essa presunção de que determinado contrato de trabalho foi celebrado a termo. (2000, p.380).

Caracteriza-se contrato de trabalho por tempo indeterminado como aquele que em princípio é de continuidade, pois é juridicamente válido enquanto não se verifica nenhuma circunstância que a lei atribua o efeito de fazer cessar a relação que dele se origina (SUSSEKIND, p. 265).

Martins dispõe que:

Presume-se que o contrato de trabalho terá validade por tempo indeterminado, ou seja, haverá a continuidade da relação de emprego. A exceção à regra são os contratos por prazo determinado, inclusive o contrato de trabalho temporário. A ideia geral é a de que se deve preservar o contrato de trabalho do trabalhador com a empresa, proibindo-se, por exemplo, uma sucessão de contratos de trabalho por prazo determinado. (Martins, p. 65).

Para GOMES, “contrato de trabalho por tempo indeterminado é aquele em que as partes, ao celebrá-lo, não estipulam a sua duração, não prefixam o seu termo extintivo. (GOMES, 2008, p. 178), ou seja, como regra geral o contrato por prazo indeterminado é o mais adotado.

O artigo 443 da CLT autoriza que o contrato de trabalho seja feito nessa modalidade: “O contrato individual de trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito e por prazo determinado ou indeterminado.”(BRASIL, 2014 b).

Dower destaca que o contrato por prazo indeterminado “é regra, vigorando enquanto o empregado não ficar definitivamente impossibilitado de trabalhar, por invalidez ou morte, ou se aposentar”. (DOWER, 1998, p.15).

Sendo assim, o contrato de trabalho por prazo indeterminado é aquele realizado sem a fixação de um tempo para o seu término.

## **2.5 Contratos de trabalho por prazo determinado**

O contrato de trabalho por prazo determinado é uma espécie de contrato de trabalho ao qual tanto o empregado quanto empregador sabe de sua extinção.

Nas palavras do doutrinador, entende-se por contrato por prazo determinado:

O contrato por tempo determinado deve ser entendido aquele contrato em que as partes preveem um limite a sua duração, limite este que pode ser um dia determinado, a execução de certos

trabalhos ou um fato futuro, pode-se antevê-lo com aproximação. (GIORDANI, 2000, p.370).

Portanto, contrato de trabalho por prazo determinado, depende do ajuste entre as partes, ou seja, o empregador contrata temporariamente o empregado que melhor adequa as suas necessidades.

Ensina GOMES que:

Sempre que as partes manifestam a vontade de se não ligarem indefinitivamente e saibam de antemão que se desligarão automaticamente, o contrato é por tempo determinado. (2008, p. 180).

Sendo assim a CLT considera como trabalho por prazo determinado o contrato cuja vigência dependa de termo prefixado, da execução de serviços também especificados e da realização de certo acontecimento na qual ambos tenham uma previsão já determinada para alcançar o objetivo e automaticamente chegar ao seu fim. (GOMES, 2008, p.180).

O artigo 443, §2º da CLT só permite o contrato por prazo determinado em situações de caráter transitório, vejamos:

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

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

- a) de serviço cuja natureza ou transitoriedade justifique a predeterminação do prazo;
- b) de atividades empresariais de caráter transitório;
- c) de contrato de experiência. (BRASIL, 2013 b).

Segundo Dower a alínea 'a' de serviço cuja natureza ou transitoriedade justifique a predeterminação do prazo, refere-se ao " a uma atividade na qual justifica a predeterminação, de tal modo que, findo o serviço, o pacto estará automaticamente desfeito (DOWER, 1998, p. 16).

Para Garcia, tratando-se da alínea 'a' o mesmo expõe que ocorre quando "o empregado é contratado para prestar serviço transitório, como em razão de aumento de produção em épocas festivas, é válido o contrato por prazo determinado" (GARCIA, 2013, p.199).

Para melhor explicar a alínea 'b', ou seja, as atividades empresariais de caráter transitório, Dower esclarece que esta atividade é aquele que tem um

prazo estipulado, ou seja, uma feira de empreendimento, por exemplo, ou seja, “ finda a atividade empresarial, o contrato estará automaticamente desfeito”(DOWER, 1998, p.16).

Corroborando com o entendimento de Dower, Garcia diz que esta é uma hipótese mais rara, vejamos:

Esta situação diferencia-se da anterior, pois aqui a própria atividade da empresa reveste-se de transitoriedade [...] Nessas circunstâncias, admite-se a contratação do empregado por tempo determinado, ou seja, com duração do vínculo empregatício somente enquanto durar a própria empresa entendida como atividade organizada. (GARCIA, 2013, p. 199).

Por fim, a alínea ‘c’ nos remete ao contrato de experiência. Para o renomado doutrinador Dower “o contrato de experiência serve para a verificação das aptidões do empregado, durante o prazo combinado” (Dower, 1998, p.17).

A propósito, a lei 9.601/98 que trata do contrato de trabalho por prazo determinado expõe em seu artigo 1º que:

As convenções e os acordos coletivos de trabalho poderão instituir contrato de trabalho por prazo determinado, de que trata o art. 443 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, independentemente das condições estabelecidas em seu § 2º, em qualquer atividade desenvolvida pela empresa ou estabelecimento, para admissões que representem acréscimo no número de empregados.

Apesar de haver exceções conforme mencionadas, o princípio da continuidade da relação de emprego, que este presente no Direito do Trabalho permanece, ou seja, a presunção é de que o contrato celebrado entre as partes seja por prazo indeterminado.

Para GARCIA, o empregador deve anotar na carteira de trabalho do empregado toda e qualquer condição especial quanto ao seu contrato de trabalho, pois como já exposto à regra é ser a prazo indeterminado. (2013, p 198).

O ilustre doutrinador também expõe que:

O prazo para o término do contrato é justamente uma condição a prazo certo, se devidamente pactuado, o qual pode ser provado por outros meios, podendo a omissão, no entanto, acarretar a aplicação de penalidade administrativa. (GARCIA, 2013, p198).

Os contratos por prazos determinados são considerados exceções dos contratos de trabalho empregatícios, para Carrion, presume-se que o contrato foi fixado sem limite de tempo, sem um período pré-firmado, salvo quando este se tratar de trabalho por tempo determinado, na qual as partes preveem seu início e seu término, na qual tanto pode ser por dias de trabalhos, ou a execução de certos trabalhos ou até mesmo um fato futuro, na qual se tem a certeza de seu acontecimento, porém não se sabe o dia exato, e não o sabendo pode-se antevê-lo com aproximação (CARRION, p. 287).

Martins ressalta a brevidade desta modalidade:

O serviço de natureza transitório é o que é breve, efêmero, temporário. Aqui está-se falando de serviço transitório e não de atividade empresarial de caráter transitório. Seria o caso de contratar um empregado temporariamente para atender a um breve aumento de produção de um certo período do ano. A transitoriedade deverá ser observada em relação as atividades do empregador e não do empregado, de acordo com as suas necessidades de seu empreendimento. Serviços cuja natureza justifique a predeterminação de prazo são, a rigor, os serviços transitórios. (MARTINS, P. 106).

Nascimento segue o mesmo entendimento do doutrinador:

A transitoriedade não diz a respeito á atividade do trabalhador, mas é aferida em vista das próprias atividades da empresa. A atividade da empresa é que é passageira, fugaz, justificando assim, que ela pactue contratos a prazos preestabelecidos. (Nascimento, p. 148).

Dessa forma, o legislador deixa a vontade tanto o empregador quando o empregado para as decisões da relação contratual, desde que não contrarie as disposições e princípios de proteção ao trabalho.

### **3 ESTABILIDADE E GARANTIA DE EMPREGO**

#### **3.1 Conceitos de estabilidade**

O principal fundamento da garantia de emprego e, por conseguinte da estabilidade é o princípio da continuidade da relação empregatícia.

Amauri Mascaro Nascimento (1991, p.238) expõe que: “O empregado pode sempre rescindir o contrato pedindo demissão de acordo com seus interesses. O empregador pode despedi-lo, salvo diante de proteções legais (Estabilidade)”.

A estabilidade é uma proteção criada pelo legislador na ânsia de proteger os direitos dos trabalhadores, sem que estes sejam prejudicados por serem meros subordinados.

Dessa forma, o empregado estável não pode ser dispensado sem justa causa ou de forma arbitrária, durante o período de estabilidade.

Gustavo Filipe Barbosa Garcia conceitua estabilidade como:

[...] o direito do empregado de permanecer no emprego, restringindo o direito do empregador de dispensá-lo sem justa causa ou de forma arbitrária, só se autorizando a cessão em caso de falta grave, força maior, força maior que determine a extinção da empresa, ou cessão das atividades da empresa. (2007, p. 439.).

Certificando o entendimento sobre o conceito de estabilidade, segue o entendimento de Mauricio Godinho Delgado:

Estabilidade é a vantagem jurídica de caráter permanente deferida o empregado em virtude de uma circunstância tipificada de caráter geral, de modo a assegurar a manutenção indefinida no tempo do vínculo empregatício, independentemente da vontade do empregador. (DELGADO, 2013, p. 1159).

A estabilidade assim como a indenização e o aviso prévio é uma das limitações do poder do empregador despedir seu empregado. Porém não se pode dizer que estamos diante de uma estabilidade absoluta, pois se houver justa causa ou um motivo de força maior logo podem determinar o fim do contrato de trabalho. (MARTINS, 2014, p.146.)

Por fim, o doutrinador traz a definição da estabilidade:

“Consiste a estabilidade no direito do empregado de continuar no emprego, mesmo a revelia do empregador, desde que inexistam uma causa objetiva a determinar a sua despedida. Tem assim o empregado o direito ao emprego, de não ser despedido, salvo determinação de lei em sentido contrário”. (Martins, 2014, pág. 146/147).

Diante dos ensinamentos mencionados, conclui-se que os autores apenas diferenciam a forma de expressarem seus pensamentos, predominando, portanto, que a estabilidade é um direito do empregado permanecer no emprego independente da vontade do empregador, não podendo o mesmo ser dispensado, salvo se houver falta grave ou força maior.

### **3.2 Classificações da estabilidade**

As estabilidades podem ser classificadas em absoluta, relativa, definitiva ou provisória. (Garcia, 2013, p.100)

A estabilidade absoluta é elencada ao empregado decenal (não recepcionado pela CRFB/88) e empregado público, sendo que essa dispensa está condicionada única e exclusivamente ao cometimento de falta grave pelo empregado. As hipóteses de justa causa estão previstas no artigo 482 da CLT.

Diante disso, o artigo 493 da CLT “constitui falta grave a prática de qualquer dos fatos a que se refere o art. 482, quando por sua repetição ou natureza representem séria violação dos deveres e obrigações do empregado”(BRASIL, 2014 b).

O artigo 492 da CLT trata da estabilidade por tempo de serviço, também conhecida como a decenal:

O empregado que contar mais de 10 (dez) anos de serviço na mesma empresa não poderá ser despedido senão por motivo de falta grave ou circunstância de força maior, devidamente comprovadas.  
Parágrafo único - Considera-se como de serviço todo o tempo em que o empregado esteja à disposição do empregador. (BRASIL, 2014 b).

Entretanto, segundo o doutrinador Garcia, essa estabilidade não tem como ser adquirida a partir da Constituição da Republica Federativa de 1988, pois essa garantia fora substituída pelo sistema do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS). Ademais, terá direito a estabilidade decenal apenas os trabalhadores que adquiriram essa estabilidade, ou seja, até a promulgação 05 de outubro de 1988. (GARCIA, 2013, p.728).

No que tange a estabilidade provisória conferida ao membro da CIPA (Comissão Interna de Prevenção de Acidentes) é relativa, uma vez que o cipeiro pode ser dispensado por motivo técnico, disciplinar ou econômico,

conforme prevê o artigo 165 da CLT: “Os titulares da representação dos empregados nas CIPA (s) não poderão sofrer despedida arbitrária, entendendo-se como tal a que não se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro. ” (BRASIL, 2014 b).

Para o doutrinador Martins, a Constituição de 1988, ainda prevê a garantia de emprego para empregado eleito para o cargo de direção da CIPA. (2014, p.149).

A estabilidade temporária esta ligada ao dirigente sindical, representante dos trabalhadores no CNPS e dirigente de associação profissional.

O artigo 543, §3º da CLT dispõe:

O empregado eleito para carga de administração sindical ou representação profissional não poderá, por motivo de serviço, ser impedido do exercício das suas funções, nem transferido sem causa justificada, a juízo do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, para lugar ou mister que lhe dificulte ou torne impossível o desempenho da comissão ou do mandato.

[...]

§ 3º O empregador que despedir suspender ou rebaixar de categoria o empregado, ou lhe reduzir o salário, para impedir que o mesmo se associe a sindicato, organize associação sindical ou exerça os direitos inerentes à condição de sindicalizado fica sujeito à penalidade prevista na alínea a, do artigo 553, sem prejuízo da reparação a que tiver direito o empregado. (BRASIL, 2013b).

Denota-se que o inciso VIII, do artigo 8º da CRFB de 1988, veio apenas para assegurar em nível constitucional, vejamos:

É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:

[...]

VIII - é vedada a dispensa do empregado sindicalizado a partir do registro da candidatura a cargo de direção ou representação sindical e, se eleito, ainda que suplente, até um ano após o final do mandato, salvo se cometer falta grave nos termos da lei. (BRASIL, 2013a).

A garantia de emprego nos remete a gestante objeto do presente estudo.

Entretanto, temos também as garantias especiais, ou seja, do acidentado, do menor aprendiz, do empregado alistando, do empregado aposentando, do empregado transferido e das garantias de emprego provenientes de sentenças normativas, acordos coletivos e convenções coletivas.

### 3.3 Garantia de emprego x Estabilidade da Gestante.

A garantia de emprego é gênero que possui entre suas espécies a estabilidade e a garantia de emprego em sentido estrito. Por sua vez a estabilidade pode ser definida como um impedimento, temporário ou definitivo, do empregador dispensar sem justo motivo o seu empregado.

O doutrinador Martins, ainda expõe que “há de se distinguir estabilidade da garantia de emprego. A garantia de emprego é o gênero que compreende medidas tendentes ao trabalhador obter o primeiro emprego [...]. Está, portanto a garantia de emprego ligada a política de emprego. “Uma forma de garantia de emprego é o artigo 429 da CLT, ao assegurar o emprego a menores aprendizes na indústria”. (Martins, p.146).

Nesta, a estabilidade remete-se em seu contexto jurídico, o que impede a dispensa do empregado, pois decorre de norma coletiva, de regulamento de empresa ou do próprio contrato de trabalho, ou ainda, da própria lei. Esta, representa a garantia no emprego e visa proteger o trabalhador em determinadas situações especiais ou no exercício de alguns cargos.

Nascimento define estabilidade como:

Estabilidade é o direito do trabalhador de permanecer no emprego, mesmo contra a vontade do empregador, enquanto existir uma causa relevante e expressa em lei que permita sua dispensa. (Nascimento, 2005, p. 110).

Dentre as estabilidades previstas, temos a estabilidade da empregada gestante.

A garantia da empregada gestante está preconizada no art. 7º, inc. XVIII da Constituição Federal de 1988 veja-se:

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

[...]

XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias; (BRASIL, 2013a).

Com base na lei acima mencionada, a empregada gestante possui amparo constitucional, sem que sofra qualquer prejuízo em face de seu emprego e salário, considerando, portanto um direito indispensável assegurado às mulheres.

Além da garantia prevista na constituição, a Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), no artigo 392, também trata da proteção à maternidade “A empregada gestante tem direito à licença-maternidade de 120 (cento e vinte) dias, sem prejuízo do emprego e do salário” (BRASIL, 2013b).

Nesse sentido, oportuno mencionar Jorge Luiz Souto Maior:

Embora o artigo 201 da Constituição tenha integrado a proteção à maternidade nos objetivos da Previdência Social (inciso II), isso não elimina outras formas jurídicas de proteção à maternidade no âmbito da Assistência Social (art.203), tendo ademais, consagrado-a como direito social (art.6º). (MAIOR, p. 384).

A garantia prevista no art. 10, II, “b”, da CRFB/88 constitui, a um só tempo, o direito fundamental individual e o direito social, bastando a confirmação da gravidez, independentemente de prévia comunicação à empregadora. A tutela legal incidente sobre a maternidade que tem sua origem na relação de emprego, perpassando o interesse do nascituro e dando ênfase aos valores supremos de uma sociedade comprometida com a maternidade, a infância, a vida e a dignidade humana.

A garantia da gestante como supracitada é um direito constitucional a fim de melhorar a condição social, bem como, não haver desigualdade entre homens e mulheres, pois se assim fosse, certamente haveria uma queda considerável de empregos para o sexo feminino, esquecendo, portanto, os direitos sociais.

#### **4. ESTABILIDADE DA GESTANTE NOS CONTRATOS POR PRAZO DETERMINADO.**

##### **4.1 Direitos da Gestante**

A Constituição Federal de 1988 e a Consolidação das Leis do Trabalho garantem às mulheres gestantes diversos benefícios no trabalho.

Há diversas normas de proteção à maternidade, como o direito de mudar de função, rescindir o contrato caso o trabalho, sua função seja prejudicial à gravidez, dois intervalos especiais de trinta minutos para que a mãe possa amamentar o seu filho até que este complete seis meses, de contar com creche nos estabelecimentos desde que tenha mais 30 empregados com idade superior a dezesseis anos e por último em caso de aborto não criminoso, o direito de licença maternidade por um período de duas semanas. (NASCIMENTO, p. 413).

A proteção à maternidade está elencada no artigo 6º da CRFB/88 na qual expõe os direitos sociais, vejamos:

São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição (BRASIL, 2014a).

O artigo 392 da CLT confirma o direito da licença maternidade:

A empregada gestante tem direito à licença-maternidade de 120 (cento e vinte) dias, sem prejuízo do emprego e do salário (BRASIL, 2013b).

O artigo 10, II, "b" do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal/88 confere à gestante a estabilidade provisória, desde a confirmação da gravidez até 5 (cinco) meses após o parto conforme já exposto, da mesma forma prevê o artigo 391-A da CLT:

A confirmação do estado de gravidez advindo no curso do contrato de trabalho, ainda que durante o prazo do aviso prévio trabalhado ou indenizado, garante à empregada gestante a estabilidade provisória prevista na alínea b do inciso II do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.(BRASIL, 2013,b).

A licença à maternidade é o período em que a mulher, após o parto, fica temporariamente afastada do seu trabalho.

Trata-se de uma interrupção do contrato de trabalho, eis que essa licença-maternidade, concedida nos termos do art. 392, garante o afastamento em questão sem prejuízo do emprego e do salário, também configurando hipótese de interrupção do contrato de trabalho". (BACHUR; MANSO, 2011, p. 111).

No que tange a proteção ao nascituro, à empregada gestante que estiver trabalhando em um local no qual não exista possibilidade de troca e que no exercer sua função seja prejudicial à gestação, esta poderá rescindir o contrato, é o que expõe o artigo 394 da CLT:

Mediante atestado médico, à mulher grávida é facultado romper o compromisso resultante de qualquer contrato de trabalho, desde que este seja prejudicial à gestação. (BRASIL, 2013b).

Além do mais havendo interrupção da gestação de forma involuntária, é garantido à mulher gestante o direito a interrupção do contrato de trabalho por duas semanas, conforme prevê o artigo 395 da CLT:

Em caso de aborto não criminoso, comprovado por atestado médico oficial, a mulher terá um repouso remunerado de 2 (duas) semanas, ficando-lhe assegurado o direito de retornar à função que ocupava antes de seu afastamento (BRASIL, 2013b).

O artigo 396 da CLT prevê duas pausas especiais diárias de trinta minutos cada, que deverão integrar a jornada de trabalho da mulher, para amamentação da criança até seis meses de vida, podendo tal período de amamentação ser prorrogado a critério médico. As duas pausas diárias de trinta minutos cada são devidas em qualquer caso, independentemente da duração da jornada de trabalho da mulher:

Para amamentar o próprio filho, até que este complete 6 (seis) meses de idade, a mulher terá direito, durante a jornada de trabalho, a 2 (dois) descansos especiais, de meia hora cada um.

Parágrafo único - Quando o exigir a saúde do filho, o período de 6 (seis) meses poderá ser dilatado, a critério da autoridade competente. (BRASIL, 2013b).

Dando continuidade aos direitos da gestante o artigo 392, parágrafo 4º expõe dois direitos, vejamos:

É garantido à empregada, durante a gravidez, sem prejuízo do salário e demais direitos:

I - transferência de função, quando as condições de saúde o exigirem, assegurada a retomada da função anteriormente exercida, logo após o retorno ao trabalho;

II - dispensa do horário de trabalho pelo tempo necessário para a realização de, no mínimo, seis consultas médicas e demais exames complementares. (BRASIL, 2013b).

Registre-se que a referida alteração ocorre em benefício da própria gestante, revelando o zelo do empregador para com a saúde da empregada, liberando-a de exercer atividade penosa e desgastante em pleno estado gravídico, quando os cuidados com as funções orgânicas, físico e mental da mulher devem ser mais intensos.

Quanto às faltas, essas devem ser abonadas permitindo a gestante que utilize o tempo necessário para a realização do exame médico.

Adamovich 2009, ao comentar o referido dispositivo legal também reforça o entendimento de que aqueles que forem convocados a comparecer a Juízo “terão direito ao abono de tempo gasto em juízo propriamente e em se deslocamento de ida e volta à sede daquele” (p. 227).

Dessa forma entendeu-se que pelo fato de o inciso II não mencionar com exatidão o “tempo necessário”, logo entende-se que se a gestante apresentar comprovante do horário de chegada ao consultório ou laboratório e do horário de saída, caberá ao empregador abonar não só as horas de permanência no consultório ou laboratório, mas também as de deslocamento da empregada tanto de ida quanto de volta.

A empresa que tiver funcionárias do sexo feminino com mais de 16 anos será obrigada a ter local apropriado para que as empregadas possam contar com creche no estabelecimento. O artigo 398, §1º da CLT expõe:

Toda empresa é obrigada

§ 1º - Os estabelecimentos em que trabalharem pelo menos 30 (trinta) mulheres com mais de 16 (dezesseis) anos de idade terão local apropriado onde seja permitido às empregadas guardar sob vigilância e assistência os seus filhos no período da amamentação. (BRASIL, 2013b).

Em caso de aborto expõe o artigo 395 da CLT:

Em caso de aborto não criminoso, comprovado por atestado médico oficial, a mulher terá um repouso remunerado de 2 (duas) semanas,

ficando-lhe assegurado o direito de retornar à função que ocupava antes de seu afastamento. (BRASIL, 2013b).

Sendo assim, a empregada gestante que sofrer aborto não criminoso terá o direito de gozar de licença pelo período de duas semanas.

Logo, a licença à maternidade visa, além da recuperação da mulher após o parto, a recuperação física e a adaptação da mãe com seu filho, para que a esta possa acompanhar o desenvolvimento do mesmo, criando laços afetivos entre ambos.

Pois, sendo o leite materno o alimento mais saudável que o recém-nascido pode ter, a licença à maternidade proporciona essa oportunidade a criança, para que ela possa ser amamentada adequadamente nos seus primeiros meses de vida, o que é fundamental para que esse bebê tenha uma vida saudável.

#### **4.2 Proteção do trabalho da gestante**

A proteção do trabalho da gestante traz como objetivo resguardar a saúde da mãe e de seu filho ou filha, bem como proteger a trabalhadora de qualquer discriminação baseada na sua condição de mãe.

O artigo 7º, inc. XVIII da Constituição Federal de 1988 menciona que a empresa gestante terá direito a licença maternidade sem que sofra prejuízo do emprego e do salário com a duração de cento e vinte dias:

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

[...]

XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias; (BRASIL, 2013a).

O artigo 391 da CLT expõe que “não constitui justo motivo para a rescisão do contrato de trabalho da mulher o fato de haver contraído matrimônio ou de encontrar-se em estado de gravidez. (BRASIL, 2013b).

O afastamento do emprego devido à licença maternidade não será computado como falta, sendo computado como tempo de serviço para fins de férias e para efeito de aposentadoria, conforme art. 131, II da CLT, que dispõe:

Não será considerada falta ao serviço para os efeitos do artigo anterior, a ausência do empregado: (...) II – durante o licenciamento compulsório da empregada por motivo de maternidade ou aborto, observados os requisitos para percepção do salário-maternidade custeado pela Previdência Social. (BRASIL, 2013b).

O renomado doutrinador Martins trata do assunto quanto à garantia de emprego da gestante:

Quanto à garantia de emprego, justifica-se essa discriminação no período em que a empregada esteja grávida, ou no período pós-parto, pois com certeza não irá encontrar outro serviço no referido lapso de tempo. (ano 2014, p. 221).

Dessa forma fica comprovado que a licença maternidade é um direito constitucional da empregada gestante, uma vez que esta está amparada pela legislação trabalhista e pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

#### **4.3 Alteração da súmula 244, inciso III, do TST.**

De acordo com a estabilidade da gestante nos contratos por prazo determinado, a alteração da súmula 244, inciso III, do TST relata: “ 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. ” (BRASIL, 2013).

A garantia da estabilidade da gestante é constitucional e já está sumulado, mas com essa alteração muito estão sendo as divergências nos TRT/SC e entendimentos doutrinários.

Para Bruno Klippel, os contratos por prazos determinados não garante a gestante da estabilidade:

Apesar de o entendimento do TST versar apenas sobre o contrato de experiência, espécie de contrato a prazo determinado, descrito no artigo 443 da CLT, a ideia deve ser aplicada a qualquer espécie desses contratos, pois a predeterminação do prazo já torna a dispensa totalmente lícita, pois quando da contratação a empregada já sabia da data de seu término. Assim, sabia que, independentemente da superveniência de gravidez, o vínculo trabalhista terminaria em uma data certa”. (2011, p. 307-308).

Porém, no dia 14 de setembro de 2012, com a alteração da súmula, vários estão sendo os entendimentos jurisprudenciais e doutrinários.

Mas porque houve a alteração da súmula? Encontra-se a resposta no art. 10, inciso II, alínea "b", dos ADCT, na qual assegura estabilidade à empregada gestante contra dispensa arbitrária ou sem justa causa, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

Denota-se que a Constituição da República Federativa Brasileira de 1988 (CRFB/1988) não se reporta ao tipo de contrato, a termo ou não, sendo certo que basta a empregada estar gestante para garantir obtenha estabilidade.

Essa exceção não era reconhecida pela jurisprudência trabalhista. Mesmo obtendo uma súmula contra si, a Corte Superior Trabalhista no ano de 2012 acabou reconhecendo os direitos da gestante e do nascituro, que também já era reconhecida pelo artigo 10, inciso II, alínea "b", dos ADCT, alterando a súmula 244, inciso III do Tribunal Superior do Trabalho (TST), consagrando tal garantia de emprego também nos contratos a termo, justamente em conformidade com a nova redação da súmula, que passou a vigorar no dia 14 de setembro de 2012 (GODINHO, 2014, p.602).

Mauricio Godinho Delgado leciona que:

Havendo, desse modo, evidente interesse público com vistas às proteções à mãe trabalhadora, sua gestação e o parto, além do período inicial da maternidade, interesse público que se pretende também à criança nascituro, ganha destaque a garantia constitucional, afastando o óbice criado pela Consolidação das Leis do Trabalho com respeito aos contratos a termo (art. 472, §2º, CLT)." (2013, p. 547).

Vejamos a recentíssima decisão do TRT-12 a favor:

CONTRATO DE EXPERIÊNCIA. GARANTIA DE EMPREGO À GESTANTE.

Comprovado o início da gestação no curso da contratualidade, está a. Empregada ao amparo das normas protetivas à maternidade, ainda que na hipótese de admissão por meio de contrato por tempo determinado (aplicação da Súmula n. 244, III, do TST). (BRASIL, 2013 c).

E mais,

GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. CONTRATO POR PRAZO DETERMINADO. COMPATIBILIDADE. Nos termos da Súmula nº 244 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. Portanto, conforme entendimento consolidado pela mais alta corte trabalhista, amparado no posicionamento do e. STF, o preceito constitucional que confere o direito à estabilidade provisória da gestante não impõe nenhuma restrição quanto à modalidade do contrato de trabalho, se por prazo determinado ou indeterminado. (BRASIL, 2014m).

Porém, conforme elucidado, muito estão sendo as divergências, vejamos:

GESTANTE. ESTABILIDADE. CONTRATO DE EXPERIÊNCIA. Em razão da nova redação dada ao item III da Súmula 244 do TST, a empregada gestante que for dispensada arbitrariamente ou sem justa causa fará jus à estabilidade, mesmo que contratada por prazo determinado. Contudo, havendo a terminação da avença empregatícia pelo mero esgotamento do prazo contratado, inexistindo, desta forma, a figura da dispensa, inexistente o direito à estabilidade prevista no art. 10, II, "b", do ADCT. (BRASIL, 2013 d).

Maranhão menciona que a constituição não distingue o contrato por prazo determinado ou indeterminado:

A licença compulsória, nos termos da lei e da constituição, visando proteger a maternidade, independe de modalidade do contrato de trabalho. Tratando-se, por conseguinte, de contrato a prazo, desde que o termo final não se de antes do início do período de licença, a esta terá direito a empregada. (1993, p 159)

Dessa forma, se o período de gestação ocorrer antes do término do contrato de trabalho, a gestante terá direito a estabilidade.

A doutrina diverge sobre este assunto, vejamos o entendimento do doutrinador Saad:

Pode acontecer de a empregada, no curso do contrato por prazo determinado, ficar grávida. Chegando o termo desse prazo, é a empregada desligada da empresa. Uns entendem que, na hipótese, tem a empregada direito ao salário maternidade e outros não. Somos favoráveis a última tese. Sabia a empregada, de antemão, que seu contrato de trabalho teria duração prefixada. Celebrou-o e não se pode aceitar que fato posterior se invoque para dar ao ajuste outra duração. (2008, p. 365).

Para alguns órgãos julgadores, com a alteração da súmula 244, inciso III, do TST, a gestante independente do contrato pré-fixado, tem direito a estabilidade gestacional. Entretanto, como exposto, outros entendem que havendo a terminação do que fora pré-pactuado, por mero esgotamento de prazo, inexistente o direito da estabilidade.

#### **4.4 Posicionamentos do TRT/SC.**

Com o objetivo de proteger o nascituro, as diversas decisões de nossos Tribunais, fez com que o item III da súmula 244 do TST fosse alterado, passando a vigorar em 14/9/12.

Para melhor elucidarmos, anteriormente o inciso III da referida súmula dizia que:

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. (BRASIL, 2014k).

Porém, visando proteger o nascituro, a súmula 244 do TST, inciso III, foi alterada em 14 de setembro de 2012, passando a entender da seguinte maneira:

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. (BRASIL, 2014l)

Destaca-se também a seguinte OJ- sdc-30:

OJ-SDC-30 ESTABILIDADE DA GESTANTE. RENÚNCIA OU TRANSAÇÃO DE DIREITOS CONSTITUCIONAIS. IMPOSSIBILIDADE (república em decorrência de erro material) – DEJT divulgado em 19, 20 e 21.09.2011.

Nos termos do art. 10, II, "b", do ADCT, a proteção à maternidade foi erigida à hierarquia constitucional, pois retirou do âmbito do direito potestativo do empregador a possibilidade de despedir arbitrariamente a empregada em estado gravídico. Portanto, a teor do artigo 9º da CLT, torna-se nula de pleno direito a cláusula que estabelece a possibilidade de renúncia ou transação, pela gestante, das garantias referentes à manutenção do emprego e salário.

Ocorre que mesmo com a alteração da súmula 244, inciso III do TST muito vem sendo as divergências jurisprudenciais nos Tribunais Regionais do Trabalho (TRT). Dessa forma, passa-se, portanto para uma análise dos entendimentos que o Tribunal tem decidido a respeito do tema.

Para melhor entender, é necessário dividir em dois tópicos, o primeiro, abrange os entendimentos de que mesmo com a alteração da súmula a empregada gestante não tem direito á estabilidade, uma vez que já sabia do prazo do contrato do trabalho, já o segundo, reflete nas decisões majoritárias de que com a alteração da súmula 244, inciso III do TST a empregada gestante tem direito á estabilidade.

Veja-se que a primeira decisão colacionada, entende que a empregada gestante não possui estabilidade uma vez contratada por contrato a termo.

EMPREGADA GESTANTE. CONTRATO DE EXPERIÊNCIA. Não tem direito à estabilidade provisória a empregada admitida mediante contrato de experiência, já que essa modalidade de contrato tem prazo determinado e o seu término não representa dispensa arbitrária ou sem justa causa. Juíza Mari Eleda Migliorini - Publicado no TRTSC/DOE em 17-06-2014 (BRASIL, 2014 e).

Os membros da 4ª Câmara do Tribunal Regional do Trabalho (TRT) mantém posicionamento de que a nova redação da Súmula 244, do TST, em seu item III, padece de inconstitucionalidade, não sendo compatível a garantia de emprego, ainda que provisória, com o contrato de trabalho por prazo determinado.

Outra recentíssima decisão expõe que:

ESTABILIDADE GESTANTE. ART.10, 11, "B" DO ADCT. CONTRATO A TERMO. INTERPRETAÇÃO COMPATÍVEL COM O FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL. Diante da nova redação do item III da Súmula 244 do TST, que confere a estabilidade provisória preceituada no art. 10, inciso II, alínea "b" do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias em face à pactuação a prazo, a interpretação compatível ao novel regramento é de que, o direito aludido, persiste em face ao suporte da dispensa arbitrária ou sem justa causa e não pelo mero escoamento do prazo, condição resolutive que não se confunde com o ato de dispensa, fundamento do comando constitucional. (BRASIL, 2014f).

A emenda supramencionada traz o entendimento de que apesar de haver a alteração da Súmula 244 do TST, no inciso III, há a garantia ao emprego para a gestante somente contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, para que se possa dar dignidade ao nascituro ainda no ventre materno. Ocorre que quando se trata de contrato a termo, ou seja, a prazo determinado, este torna-se incompatível com o instituto da estabilidade ou garantia no emprego.

Veja-se outras decisões com os mesmos entendimentos acima mencionados:

EMPREGADA GESTANTE. CONTRATO DE EXPERIÊNCIA. Não tem direito à estabilidade provisória a empregada admitida mediante contrato de experiência, já que essa modalidade de contrato tem prazo determinado e o seu término não representa dispensa arbitrária ou sem justa causa. (BRASIL, 2014g)

E mais,

GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. 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 (item III da Súmula nº 244 do TST). (BRASIL, 2014h)

Nessa situação, entende-se que mesmo com a alteração da súmula 244, inciso III, do TST, diversos estão sendo as percepções jurisprudenciais, maneira pela qual se compreende que o entendimento de que a empregada gestante não tem direito a estabilidade, se dá pela razão de que a extinção da relação de emprego em face do término não constitui estabilidade, salvo a dispensa arbitrária ou sem justa causa.

No segundo tópico, observa-se os julgados, as decisões do Tribunal Regional do Trabalho (TRT 12) a favor da gestante, ou seja, com o entendimento de que mesmo que a gestante seja contratada por contrato de experiência (por prazo determinado) terá direito à estabilidade.

A recentíssima jurisprudência abaixo transcrita relata que:

EMPREGADA GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. CONTRATO POR PRAZO DETERMINADO. A empregada gestante faz jus à estabilidade provisória prevista no art. 10, inc. II, alínea "b", do ADCT, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado. Entendimento consubstanciado no item III da Súmula nº 244 do TST. (BRASIL, 2014i)

O entendimento fixado por parte dos juízos deste Tribunal é de que a gestante mesmo admitida por prazo determinado, faz jus a estabilidade provisória. A concepção destes é de que a proteção à maternidade é direito fundamental como já dito anteriormente, sendo que justifica-se a garantia de emprego por até 05 (cinco) meses após o parto, uma vez que, na condição de mãe, a empregada fica intensamente envolvida com o filho em seus primeiros meses de vida, motivo pelo qual exige uma redução em seu trabalho.

Sabe-se que é extremamente necessário o emprego para a subsistência de ambos, pois trata-se de um período de extrema fragilidade e uma nova chance de oportunidade de emprego estando a empregada nessas condições é extremamente difícil. Ademais, o art. 10, inc. II, alínea b, do ADCT da Constituição Federal, ao assegurar a estabilidade da gestante, não restringiu tal direito às espécies contratuais por prazo indeterminado.

SUM-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 III - A empregada gestante tem direito à estabilidade provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea "b", do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado". Entendimento conforme Súmula n. 244, item III, do TST. (BRASIL, 2014j)

Conforme prevê o entendimento acima, a partir da nova redação da súmula alterada no dia 14 de setembro de 2012, o entendimento foi de que mesmo em contratos por prazos determinado a empregada gestante tem direito a estabilidade provisória.

Entende-se também que a proteção da gestante visa evitar a sua discriminação pelo mercado de trabalho, uma vez que como já exposto seria difícil conseguir inserir-se em outra atividade nessas condições, não podendo também ocultar das mulheres o próprio desejo de maternidade e, depois, a própria sobrevivência do nascituro, que não pode ser negada nem pela

insensibilidade do empregador, nem por eventual falta de cuidado, negligência de mãe, sendo que o direito, portanto, é do nascituro.

## 5. CONCLUSÃO

As empregadas gestantes e principalmente o nascituro possuem os direitos sociais fundamentais perante as ações afirmativas que devem ser garantidas pelo Estado.

O Estado é o maior legitimado para a consagração dos direitos sociais fundamentais, e para fazer valer a garantia de salário e emprego para a empregada gestante junto às empresas públicas e privadas, estes descritos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Conforme decisões elencadas durante o trabalho, ainda há julgados distintos, sendo que a omissão desse direito para a empregada gestante e para o nascituro deixa-se de aplicar a eficácia dos direitos fundamentais.

É notório que trabalho humano vem se transformando constantemente, pois, desde a revolução industrial houve um conjunto de avanços técnicos, sociais e econômicos que de fato contribuíram para modificar as relações de trabalho que se vive atualmente. De fato, as classes trabalhadoras sejam os pobres, os escravos e as mulheres ganharam seu espaço, pois embora fossem obrigados a trabalharem em condições desumanas, pleitearam seus direitos por melhores condições de trabalho e têm transformado as relações de trabalho, garantindo novos direitos.

No que diz respeito à mulher, essa que por sua vez busca constantemente garantir seu espaço no mercado de trabalho, ainda sofre com algumas desigualdades, seja de salário ou de espaço para atuação na área.

A empregada gestante, foco deste estudo, vem ganhando seus direitos no mercado de trabalho. Como exposto, houve a alteração da súmula 244, inciso III, do TST, objetivando a proteção do trabalho e emprego da gestante e do nascituro, ampliando o direito a toda a gestante independentemente do vínculo ou tipo de contrato de trabalho mantido.

Fica cristalino verificar que mesmo com a alteração da referida súmula ainda existe alguns julgados que contrariam o entendimento pacificado do TST e da própria Constituição da República Federativa Brasileira de 1988. Entretanto, mesmo havendo alguns entendimentos ao contrário do objetivo da súmula, muito revolucionou os direitos da empregada gestante, como mãe e do nascituro. Preconizado no artigo 7º, inciso XVIII da CRFB/1988 a licença da

gestante sem o prejuízo de emprego e do salário já é garantido desde referida Constituição.

O objetivo é garantir a empregada gestante e ao nascituro seus direitos fundamentais garantidos pelo próprio Estado devido à necessidade de a empregada ficar intensamente envolvida com o filho em seus primeiros meses de vida, exigindo, portanto uma redução significativa do período de trabalho.

Nesse sentido, a proteção da gestante visa evitar a discriminação da mulher no mercado de trabalho, sendo que se essa proteção não fosse protegida, haveria uma ocultação no desejo da maternidade, inibindo a mulher de viver o mínimo de seus direitos, direitos esses que não podem ser negados pela insensibilidade do empregador nem mesmo por vontade da mãe, uma vez que este direito pertence ao nascituro na busca de uma vida digna.

## 6. REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

1- BRASIL. Presidência da República. **Constituição da Republica Federativa Brasileira**:. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) >. Acesso em: 13 abr 2013 a.

2- FURTADO, Emanuel Teófilo, **Alteração do Contrato de Trabalho**, São Paulo: LTr 1994.

3- DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 12ª Edição, São Paulo: LTR, 2013.

\_\_\_\_\_ **Curso de Direito do Trabalho**. 13ª. ed. São Paulo: LTr, 2014.

4 - NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação do direito do trabalho**. 31ª Edição, São Paulo, LTr, 2005.

\_\_\_\_\_ Iniciação ao Direito do Trabalho - 21ª ed.rev. e atual. - São Paulo:LTr.1994.

\_\_\_\_\_ Iniciação ao Direito do Trabalho, 38º ed. São Paulo, LTR. 2013

\_\_\_\_\_ Iniciação ao Direito do Trabalho, 28º ed, LTr São Paulo, 2002.

5 - GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho** 18.ed Rio de Janeiro: Forense, 2008.

\_\_\_\_\_ **Curso de Direito do Trabalho**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

6 - SÜSSEKIND, Arnaldo. **Instituições de direito do trabalho**. 21. ed. São Paulo: Ltr, 2003. v. 1.

7- BRASIL. Presidência da República. **Consolidação das Leis do Trabalho**:. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm)>. Acesso em: 13 abr 2014 b

8 - GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Método, 2007.

9- FAGUNDES, Augusto Antônio. **Direito do trabalho**. 3. ed. São Paulo: Edipro, 2002.

10 – CARRION, Valentin. **Comentários a consolidação das leis do trabalho**. 31. ED. São Paulo: Saraiva, 2006.

11 - GIORDANI, Francisco Alberto da Motta Peixoto, et.al. **Fundamentos do direito do trabalho**. São Paulo: LTR, 2000.

12 - CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 3ª ed. Niterói. Impetus. 2009.

13- DOWER, Nelson Godoy Bassil, **Direito do Trabalho Simplificado**, 1ª, Editora Nelpa, 1998.

14- ALMEIDA, Isis de, **Manual de Direito individual do trabalho**, Editora LTDA, 1998.

15- OLEA, Manuel Alonso. Introdução ao direito do trabalho, 4ª ed. São Paulo, LTr, 1984.

16- JORGE NETO, Francisco Ferreira, CALVACANTE, Jouberto de Quadros Pessoa, **Direito do Trabalho**, 7ªed. São Paulo, Atlas, 2013.

17- RUSSOMANO, Mozart Victor. **Curso do direito do trabalho**, 6ª ed, Curitiba, Juruá, 1997.

\_\_\_\_\_ Curso de Direito do Trabalho, 9º ed, Curitiba, Juruá, 2002.

18 – PLÁ RODRIGUEZ, Américo, **Princípios do direito do trabalho**, 3ª ed, atual, São Paulo, LTr, 2000.

19 – MARTINS, Sergio Pinto, **Curso de Direito do Trabalho**, 6ª ed, São Paulo, Atlas, 2014.

20 - Adamovich , Eduardo Henrique Raymundo. Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho. Editora Forense. 2009.

21- BACHUR, Tiago Faggionni; MANSO, Tânia Faggioni Bachur da Costa. **Licença Maternidade e Salário Maternidade. Na Teoria e na Prática**. Editora Lemos e Cruz, 2011.

22- SAAD, Eduardo Gabriel, **Consolidação das leis do trabalho**: comentada. 41. Ed atual, São Paulo , 2008

23- MORAES FILHO, Evaristo de;MORAES, Antonio Carlos Flores de . **Introdução ao Direito do Trabalho**. p. 242

24- MARANHÃO, Délio, **Direito do Trabalho**, 17 ed São Paulo: Fundação Getulio Vargas, 1993.

25- BRASIL, **Tribunal Regional do Trabalho de Santa Catarina**, RO 0003069-78.2011.5.12.0007, Relator Juiz Amarildo Carlos De Lima, Publicado no TRTSC/DOE em 07-04-2014 Disponível em <<http://consultas.trt12.jus.br/doe/visualizarDocumento.do?acao=doc&acordao=true&id=247918>> Acesso em: 20 out. 2013c.

26- BRASIL, **Tribunal Regional do Trabalho de Santa Catarina**, RO 0000163-66.2013.5.12.0033 Relatora Viviane Colucci - Publicado no TRTSC/DOE em 30-10-2013, Disponível em <<http://consultas.trt12.gov.br/SAP2/DocumentoListar.do?pidDoc=250754&plocaIconexao=sap2&ptipo=PDF>> Acesso em: 12 set. 2013d

27- BRASIL, **Tribunal Regional do Trabalho de Santa Catarina**, RO 0001053-77.2013.5.12.0009, Relatora Mari Eleda Migliorini, Publicado no TRTSC/DOE em 17-06-2014, Disponível em <<http://consultas.trt12.jus.br/doe/visualizarDocumento.do?acao=doc&acordao=true&id=279620>> Acesso em: 07 out. 2014e

28- BRASIL, **Tribunal Regional do Trabalho de Santa Catarina**, RO 0001614-29.2013.5.12.0033, Relatora Lília Leonor Abreu, Publicado no TRTSC/DOE em 03-06-2014, Disponível em <<http://consultas.trt12.jus.br/doe/visualizarDocumento.do?acao=doc&acordao=true&id=281688>> Acesso em: 07 out. 2014f

29-BRASIL, **Tribunal Regional do Trabalho de Santa Catarina**, RO 0008942-32.2012.5.12.0037, Relator Marcos Vinicio Zanchetta, Publicado no TRTSC/DOE em 14-03-2014, Disponível em <<http://consultas.trt12.jus.br/doe/visualizarDocumento.do?acao=doc&acordao=true&id=271810>> Acesso em: 07 out. 2014g

30- BRASIL, **Tribunal Regional do Trabalho de Santa Catarina**, RO 0000929-85.2013.5.12.0012, Relator Gracio Ricardo Barboza Petrone, Publicado no TRTSC/DOE em 27-02-2014, Disponível em <

<http://consultas.trt12.jus.br/doe/visualizarDocumento.do?acao=doc&acordao=true&id=270422> > Acesso em: 07 out. 2014h

31-BRASIL, **Tribunal Regional do Trabalho de Santa Catarina**, RO 0001533-59.2013.5.12.0040, Relatora Águeda Maria L. Pereira, Publicado no TRTSC/DOE em 22-07-2014, Disponível em <  
<http://consultas.trt12.jus.br/doe/visualizarDocumento.do?acao=doc&acordao=true&id=282341>> Acesso em: 07 out. 2014i

32- BRASIL, **Tribunal Regional do Trabalho de Santa Catarina**, RO 0004146-31.2013.5.12.0047, Relator Gilmar Cavalieri, Publicado no TRTSC/DOE em 27-05-2014, Disponível em <  
<http://consultas.trt12.jus.br/doe/visualizarDocumento.do?acao=doc&acordao=true&id=277773>> Acesso em: 07 out. 2014j

32- BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 244 Súmula alterada - (incorporadas as Orientações Jurisprudenciais nºs 88 e 196 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005 Item III - Não há direito da empregada gestante à estabilidade provisória na hipótese de admissão mediante contrato de experiência, visto que a extinção da relação de emprego, em face do término do prazo, não constitui dispensa arbitrária ou sem justa causa. (ex-OJ nº 196 da SBDI-1 - inserida em 08.11.2000) (BRASIL, 2014k)

33- BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 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- III - A empregada gestante tem direito à estabilidade provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea “b”, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado.) (BRASIL, 2014l)

34- SCOTT, Joan W. O enigma da igualdade. Rev. Estud. Fem. [online]. 2005, vol.13, n.1 p. 11-30. Disponível em:

[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-026X2005000100002&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2005000100002&lng=pt&nrm=iso), acesso em 22 out. 2014.

35- CONDORCET, Marquis de. "On the Admission of Women to the Rights of Citizenship" [1790]. BAKER, Keith (ed.). Selected Writings. Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1976.

36- GORCZEVSKI, Clovis. Direitos humanos, educação e cidadania: conhecer, educar, praticar. 1ª.ed. – Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2009. p. 307 .

37- BRASIL, **Tribunal Regional do Trabalho de Santa Catarina**, 0002343-50.2012.5.12.0046, Relatora Gisele P. Alexandrino - Publicado no TRTSC/DOE em 18-09-2014, Disponível em <  
<http://consultas.trt12.jus.br/doe/visualizarDocumento.do?acao=doc&acordao=true&id=286646>> Acesso em: 28 out. 2014m

38 - TÚLIO, Rosemeri e CASAGRANDE, Shauã Martins. Estabilidade e Garantia de Emprego da Gestante. ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET. Curitiba PR - Brasil. Ano IV, nº 9, jan/jun 2013. ISSN 2175-7119.

39 - MAIOR, Jorge Luiz Souto. **Curso do Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2008, p. 384.