

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

Luiza Cruz Greiner

A ANÁLISE DA ALTERAÇÃO DO INCISO III DA SUMULA 244 DO
TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO E SUAS CONSEQUÊNCIAS
PRÁTICAS

São Paulo

Luiza Cruz Greiner

A ANÁLISE DA ALTERAÇÃO DO INCISO III DA SUMULA 244 DO TRIBUNAL
SUPERIOR DO TRABALHO E SUAS CONSEQUÊNCIAS PRÁTICAS

Trabalho de monografia jurídica, apresentado ao Curso de Pós Graduação, como parte dos requisitos para obtenção de título de Pós Graduada em Direito do Trabalho, sob orientação da Professora Doutora Célia Mara Peres.

São Paulo-SP

Março de 2014

DEDICATÓRIA

Dedico esta monografia à minha família, e principalmente ao meu marido, por todo apoio e carinho.

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, e fundamentalmente importante, gostaria de agradecer ao meu marido por toda a compreensão e carinho nestes anos de cumplicidade. Agradecê-lo-ei também pela paciência nos momentos difíceis e por estar sempre ao meu lado quando caí.

Gostaria de agradecer também a minha família, da qual tanto me orgulho. Sem eles eu não seria nem metade da pessoa que sou hoje. Minha amada mãe, minha melhor companheira, e meu pai amado, com quem tanto me pareço.

Não poderia deixar de agradecer aos colegas de trabalho também, que passam mais tempo comigo que a minha própria família, e que se tornaram muito mais que apenas colegas.

E por fim, porém não menos importante, agradeço aos meus professores, que tanto colaboraram para o meu crescimento profissional. Acredito que os grandes mestres se ligam à eternidade, pois nunca saberão onde cessará sua influência.

EPIGRAFE

"Sonhos determinam o que você quer. Ação determina o que você conquista. Conquiste um objetivo e se faça feliz".

RESUMO

O presente trabalho tem como finalidade a análise da alteração da Súmula 244, inciso III do Tribunal Superior do Trabalho, que alterou drasticamente o entendimento até então consolidado, para conferir a estabilidade gestante à empregada contratada a título de experiência.

Evidenciando o desenvolvimento histórico da mulher no mercado de trabalho, bem como os princípios basilares dos Direitos Humanos e do Direito do Trabalho, a questão será abordada por diversas óticas jurídicas.

Com este breve estudo, a questão será analisada profundamente no direito aplicado, bem como serão demonstradas as consequências práticas da repentina alteração do entendimento.

Em conclusão, o intuito da presente monografia é analisar o acerto ou desacerto da alteração do entendimento e seus reais motivos, bem como posicionar-se acerca da modulação dos efeitos da alteração sumular.

SUMÁRIO

Luíza, retire a expressão “pág.”. Deixe apenas o número da página.

DEDICATÓRIA

AGRADECIMENTOS

EPÍGRAFE

RESUMO

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO..... 9

CAPÍTULO 1 - DOS ASPECTOS HISTÓRICOS

- 1.1 A evolução do Direito do Trabalho e do trabalho da mulher ao redor do mundo..... 12
- 1.2 A evolução do Direito do Trabalho da mulher no Brasil..... 14

CAPÍTULO 2 – DA ANÁLISE DO ARTIGO 10, INCISO II ALÍNEA B DA ADCT

- 2.1 O artigo 7º da Constituição Federal.....17
- 2.2 Definição de dispensa arbitrária e sem justa causa..... 18
- 2.3 Definição de contrato por prazo determinado e contrato por prazo indeterminado.....19

CAPÍTULO 3 – A ESTABILIDADE GESTANTE SOB O ENFOQUE DOS DIREITOS HUMANOS

- 3.1 Dos Direitos Humanos e Fundamentais..... 22
- 3.2. Dignidade da pessoa humana..... 23
- 3.3. Direito à saúde..... 24

CAPÍTULO 4 – A ESTABILIDADE GESTANTE SOB O ENFOQUE DOS PRINCÍPIOS QUE NORTEIAM O DIREITO DO TRABALHO

- 4.1 Definição de princípios..... 26
- 4.2 Princípios do Direito do Trabalho..... 27

| | | |
|-------|-----------------------------------------------------------------|----|
| 4.2.1 | <i>Princípio da Proteção</i> | 28 |
| 4.2.2 | <i>Princípio da irrenunciabilidade de direitos</i> | 29 |
| 4.2.3 | <i>Princípio da continuidade da relação de emprego</i> | 30 |
| 4.2.4 | <i>Princípio da função social do contrato de trabalho</i> | 30 |
| 4.2.5 | <i>Princípio da norma mais favorável</i> | 31 |
| 4.3 | Da estabilidade gestante sob a análise dos princípios..... | 33 |

CAPÍTULO 5 – A ANÁLISE DA SÚMULA 244 INCISO III DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

| | | |
|-----|-----------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 5.1 | A inconstitucionalidade na edição da Súmula..... | 34 |
| 5.2 | Da redação do inciso III da Súmula 244 do Tribunal Superior do Trabalho até setembro de 2012..... | 37 |
| 5.3 | Da redação do inciso III da Súmula 244 do Tribunal Superior do Trabalho após setembro de 2012..... | 39 |
| 5.4 | Das consequências jurídicas surgidas com a alteração da súmula 244 do TST | |
| | 5.4.1. <i>Da insegurança jurídica e da necessidade de limites na aplicabilidade da Súmula</i> | 43 |
| | 5.4.2 <i>Do atual entendimento e da ótica do Tribunal Superior do Trabalho</i> | 45 |

CONSIDERAÇÕES FINAIS

BIBLIOGRAFIA

INTRODUÇÃO

O presente estudo visa analisar a alteração histórica do entendimento acerca do trabalho da mulher gestante e os passos conseguintes, bem como pontuar as dificuldades atualmente encontradas para sanar questões basilares quando o assunto é a mãe trabalhadora.

Através de uma análise inicial de questões históricas, restará demonstrada a evolução da conscientização da figura feminina no setor laboral e o desenvolvimento e amadurecimento acerca da questão. Em uma sociedade historicamente machista, na qual apenas o homem era o provedor da família, é possível verificar a alteração deste quadro, para a inserção feminina no mercado de trabalho.

Tal inovação será estudada inicialmente no cenário mundial, onde a revolução industrial possibilitou o início de uma ruptura com o passado e o abrir de olhos para a sociedade na qual a mão de obra não possui sexo.

Com essa inovação social aos poucos se aderindo à sociedade do início do século, novas questões começaram a surgir, tal como o trabalho da mulher gestante, futura mãe trabalhadora.

Ante o histórico fundamentalmente machista, a classe trabalhadora feminina enfrentou diversos percalços para atenuar a discriminação no que tange à essência familiar feminina.

Procurando abrandar a questão, a legislação amadureceu para então regulamentar a questão primordial da presente tese: a estabilidade gestante.

Com o objetivo de aclarar tal ideia, a questão será abordada pelo aspecto constitucional e o estudo detalhado sobre o intuito do legislador ao redigir o artigo 10, inciso II, alínea b da ADCT, que traz a previsão legal da estabilidade gestante nos dias atuais.

Ante a redação do referido artigo far-se-á uma análise da questão sobre os mais diversos enfoques, iniciando-se pela análise dos direitos humanos.

Serão colocados em pauta institutos presentes nesse ramo jurídico que possuam conexão direta com a questão abordada no presente trabalho, para que seja possível sopesar quais direitos fundamentais podem ser violados quando a estabilidade gestante é discutida.

O enfoque na questão dos Direitos Humanos versará sobre os principais direitos fundamentais intrínsecos ao homem e constitucionalmente previstos, a saber: a dignidade da pessoa humana e o direito a saúde.

A questão ainda será analisada sob a ótica de alguns dos princípios que regem o Direito do Trabalho, tais como o princípio da proteção, o princípio da irrenunciabilidade de direitos, o princípio da continuidade da relação de emprego, o princípio da função social do contrato de trabalho e o princípio da norma mais favorável.

Através da análise destes institutos, será possível abordar o desenvolvimento da questão sob a ótica da classe trabalhadora e seu protecionismo ímpar, que ao longo do tempo foi conferido pela legislação trabalhista.

Em continuidade, e chegando ao cerne da questão, o estudo se aprofundará na análise da interpretação conferida pelo Tribunal Superior do Trabalho e demais julgadores ao teor do artigo 10, inciso II, alínea b da ADCT.

Durante anos procurou-se – e ainda se procura – estabelecer uma coesão entre a relação laboral e os direitos da mulher gestante. Com esse furor de chegar-se a uma interpretação justa da lei, o entendimento sobre o assunto se alterou drasticamente nos últimos tempos.

Após mais de duas décadas defendendo a inexistência de estabilidade gestante para mulheres contratadas a título de experiência, o Tribunal alterou completamente seu entendimento para então consolidar uma nova inteligência acerca do tema: a existência de estabilidade gestante para mulheres contratadas à título de experiência.

Além dessa alteração, a presente monografia ainda cuidará de analisar se as regras formais necessárias para a edição da súmula foram observadas. Independentemente do acerto ou desacerto na mudança do teor da súmula, restará demonstrada a enorme insegurança jurídica causada pelos entendimentos antagônicos aplicados indistintamente. Isto porque, a estabilidade gestante em contrato de experiência vem sendo aplicada sem que seja observada a modulação dos efeitos, o que significa dizer que mesmo aqueles contratos que findaram antes da alteração da súmula, vêm sendo julgados com base na nova redação.

Ante o cenário posto, e já na finalização do trabalho, ainda teremos recentes discussões sobre a questão debatida, com base em jurisprudência recente e julgados monocráticos.

Visando elucidar os pontos convergentes e divergentes desta questão, a presente monografia analisará pormenorizadamente diferentes definições e óticas, sopesando quais direitos preponderam sobre outros, e qual seria a resolução ideal para a alteração em tela. Com o intuito de demonstrar a ilegalidade da alteração do inciso III da Súmula 244 do Tribunal Superior do Trabalho, serão apresentados variados argumentos com o intuito de realizar um comparativo entre o atual teor de Súmula e a legislação pátria.

CAPÍTULO 1 - DOS ASPECTOS HISTÓRICOS

1.1 A evolução do Direito do Trabalho e do trabalho da mulher ao redor do mundo

Antes de iniciar a análise do tema proposto, é fundamental tecer um breve relato histórico sobre a evolução do Direito no Trabalho, especialmente no que tange ao trabalho da mulher.

Para Maurício Godinho Delgado, a origem histórica do Direito do Trabalho como conhecemos hoje tem como ponto de partida o trabalho juridicamente livre, ou seja, aquele Direito do Trabalho estruturado, especialmente após a Revolução Industrial do século XIX.¹

A partir deste ponto é que interessa cientificamente o estudo do Direito do Trabalho, especialmente em razão da predominância, desde então, da forma subordinada de prestação de serviços. Assim, temos que o Direito do Trabalho surgiu fundamentalmente de três fatores: econômico, social e político.

O fator econômico decorre da exploração da força de trabalho subordinada como elo principal da produção em escala, ante o desenvolvimento da grande indústria capitalista que veio para substituir os pequenos fabricantes de outrora.

Na ótica social, temos os grandes polos industriais, com a concentração de operários em uma área urbana e a identidade profissional entre as grandes massas operárias.

Já sob o enfoque da política, o capitalismo instaurado a época, combinado com o liberalismo político criou condições indignas de trabalho, com exploração excessiva de mão de obra, inclusive infantil, e jornadas que superavam 12 horas de trabalho ininterrupto.

Neste contexto de abusos praticados pelos grandes detentores do poder industrial é que surgiram os primeiros movimentos sociais, sindicatos e as primeiras leis de proteção ao trabalhador.

A Inglaterra fora pioneira com a Lei de Peel em 1802, que limitava a jornada de trabalho para menores, bem como a França, em 1804 que proibiu o trabalho de menores de oito anos nas fábricas.²

¹ DELGADO, Maurício Godinho, Curso de Direito do Trabalho, 6ª edição – São Paulo: LTr, 2007, p. 51.

² Ibid., p. 20.

A situação das mulheres e crianças trabalhadoras era tão degradante no século XIX que a Inglaterra em 1842 editou o *Coal Mining Act*, proibindo o trabalho das mulheres em subterrâneos e posteriormente, em 1844 o *Factory Aid* reduziu a jornada de trabalho para 12 horas e proibiu o trabalho noturno.³

Na França a conscientização foi posterior, sendo que em 1874 houve a vedação do trabalho feminino em subterrâneos e em 1892 houve a limitação da jornada da mulher para 11 horas e a vedação de trabalho noturno.⁴

Nesta mesma vertente, o México em 1917 editou uma importante norma sobre a proteção do trabalho da mulher gestante, na qual havia a previsão de que as mulheres, durante esse período, não deveriam realizar grandes esforços, a fim de proteger sua saúde e sua gestação, prevendo ainda o descanso de seis semanas antes do parto e mais seis semanas depois do parto, sendo que neste período seu salário e emprego seriam mantidos.⁵

Néstor de Buen, um importante jurista mexicano, ilustra em sua obra o momento político vivido quando da redação do indigitado artigo 123:

“El Nacimiento del 123, es una especie de milagro político. Carranza no tenía ninguna intención social. Unos meses antes, el 1º de agosto de 1916 había puesto en vigor El famoso Decreto que estableció la pena de muerte para los huelguistas, y tuvo procesado y condenado a muerte aunque después lo conmutó la pena por la más cómoda de cadena perpetua, a Ernesto Velasco, líder del entonces fundado Sindicato Nacional de Trabajadores Electricistas (SNTE) que había encabezado la huelga. En su discurso inaugural en el Constituyente el 1º de diciembre de 1916, Carranza puso de manifiesto que su intención reformadora tenía como objetivo principal colocar em situación de privilegio al Poder Ejecutivo por encima del Legislativo y el Judicial. Por supuesto que lo logró y a los jacobinos que encabezaba Francisco J. Mújica, antiguo miembro de su Estado Mayor, les permitió jugar con el proyecto y después, bajo el control

³ BARROS, Alice Monteiro de. *A Mulher e o Direito do Trabalho* – São Paulo: LTr; 1995, p.28-29.

⁴ BARROS, Alice Monteiro de. *Op. Cit.*, p. 30-31.

⁵ *ARTICULO 123. Toda persona tien derecho al trabajo digno e socialmente útil; al efecto, se promoveran La creacion de empleos y La organizacion social para El trabajo, conforme a la ley.*

El congreso de La union, sin contravenir a lās bases siguientes, debera expedir leyes sobre El trabajo, lās cuales regiran:

A – Entre lós obreros, jornaleros empleados, domésticos, artesanos y de una maneria general, todo contrato de trabajo:

(...)

V- Las mujeres durante el embarazo no realizaran trabajos que exijam um esfuerzo considerable y signifiquen um peligro para su salud em relacion com la gestacion; gozaram forzosamente de um descanso de seis semanas anteriores a la feha fijada aproximadamente para el parto e seis semanas posteriores al mismo, debiendo percibir su salario integro y conserva se empleo y lós derechos que hubieren adquirido por la relacion de trabajo em el período de lactancio tendran dos descansos extraordinarios por dia, de media hora cada um para alimentar SUS hijos” - <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/articulos/123.pdf> acesso em 13/03/2014

de José Natividad Macías, uno de sus representantes en el Congreso, redactar el 123.

Fue un acontecimiento mundial. Nunca antes se habían llevado a la Constitución los derechos de los trabajadores. Lo curioso es que Carranza, al promulgar la Constitución el 5 de febrero de 1917, regaló a los trabajadores el texto tutelar y formidable del 123 aunque en México no hubiera casi trabajadores. Pero a cambio de ello obtuvo el pleno apoyo de los jacobinos para sus intenciones de hegemonía ejecutiva. El 123 ha vivido desde entonces una vida intensa”.⁶

Tal reflexão demonstra o pioneirismo do direito mexicano ao tornar Constitucional o direito ao trabalhador, e o importante passo dado na proteção do trabalho da mulher.

1.2 A evolução do Direito do Trabalho da mulher no Brasil

Já no Brasil, a industrialização começou posteriormente, já no final do século XIX e início do século XX, e conseqüentemente, posterior foi sua legislação sobre a proteção ao trabalho.

Assim, em 1943 surgiu a Consolidação das Leis do Trabalho, que vinha inspirada na *Carta Del Lavoro*, e posteriormente houve a edição de outras pequenas Leis que foram aderindo ao sistema legislativo laboral.

Corroborando com o escopo protecionista do trabalhador que vinha se instaurando no último século, a Constituição Federal de 1988 trouxe uma ampliação e reconhecimento da importância da proteção ao trabalhador.

⁶ “O nascimento do artigo 123, é uma espécie de milagre político. Carranza não teve má conduta social. Poucos meses antes, em 01 de agosto de 1916 tinha promulgado o Decreto infame que estabeleceu a pena de morte para os grevistas , e foi julgado e condenado à morte , mas depois comutou a sentença para a prisão perpétua mais confortável , para Ernesto Velasco, líder da União , em seguida, fundou Nacional dos Trabalhadores elétricos (SNTE) que liderou a greve. Em seu discurso de posse na Assembléia Constituinte em 1 de Dezembro de 1916, Carranza revelou sua intenção de reforma teve como principal objetivo de colocar uma posição privilegiada para o poder executivo sobre o legislativo e judicial. É claro que já alcançados os jacobinos que lideraram Francisco J. Mujica , um ex-membro do seu pessoal, permitiu-lhes jogar com o projeto e , em seguida, sob o controle de José Natividad Macias , um dos seus representantes no Congresso , escrevendo 123.

Foi um evento mundial. Nunca antes tinha levado à Constituição os direitos dos trabalhadores. Curiosamente Carranza , na promulgação da Constituição 5 de fevereiro de 1917 , deu aos trabalhadores o texto e guardião formidável de 123 embora o México quase não tinha trabalhadores. Mas, em troca , recebeu o total apoio dos jacobinos às suas intenções a hegemonia executivo . O 123 , desde então, viveu uma vida intensa”

Fonte: <http://www.diputados.gob.mx/cedia/sia/spi/SPI-ISS-13-08.pdf>, acesso em 23/12/2013.

No que tange à proteção do trabalho da mulher, o Brasil já em 1923 seguiu o exemplo do México, regulamentando normas de proteção ao trabalho da mulher no plano infraconstitucional através do Decreto Lei nº 16.300 de 1932:

“CAPITULO VI - MULHERES

Art. 345. Nos estabelecimentos de indústria e comercio, em que trabalham mulheres, ser-lhes-á facultado o repouso de trinta dias antes e trinta dias depois do parto.

Art. 346. O médico de taes estabelecimentos ou o medico particular da operaria fornecerá aos administradores de officinas ou fabricas um attestado referente ao descanso, que se imponha segundo a época provavel do parto, e as administracções enviarão um memorandum, nesse sentido, á Inspectoria de Hygiene Infantil do Departamento Nacional de Saude Publica.

Art. 347. A Inspectoria de Hygiene Infantil communicará a recepção do memorandum e lançará em livro especial a notificação relativa ao descanso da gestante.

Art. 348. A's empregadas ou operarias, que amamentem os filhos, facultarão os ditos estabelecimentos o ensejo necessario ao cumprimento desse dever.

Art. 349. Taes estabelecimentos deverão organizar «caixas a favor das mães pobres; providenciarão de qualquer modo para que as operarias possam, sem prejuizo, dispensar cuidados aos filhos.

Art. 350. Para o fim de proteger as crianças haverá crèches, ou salas de amamentação, situadas proximo da séde dos trabalhos, nas quaes as mães, duas ou tres vezes, em intervallos regulares, amamentarem seus filhos.

Seguido deste, ainda temos o Decreto nº 21.417, de 17 de Maio de 1932 que trouxe outras importantes alterações, tais como a isonomia salarial, a vedação dos trabalhos em minas, em ambientes insalubres ou perigosos, entre outros.

Ainda, o mesmo decreto 21.417 vedava a dispensa discriminatória da empregada gestante, com a seguinte redação de seu artigo 13: “aos empregadores não é permitido despedir a mulher grávida pelo simples facto da gravidez e sem outro motivo que justifique a dispensa.”

Foi neste cenário que surgiu o primeiro esboço sobre a garantia de emprego, que, apesar da existência de previsão legal de estabilidade para a mulher gestante, não previa a estabilidade que hoje conhecemos, ou seja, que veda a dispensa da mulher até 5 (cinco) meses após o parto.

A legislação brasileira trouxe em seu Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, o ADCT, a inovação da estabilidade gestante em seu artigo 10. Entretanto, antes de analisarmos o artigo em si, é importante definir o próprio ADCT.

A finalidade do ADCT é estabelecer regras de transição entre o antigo ordenamento jurídico e o novo, instituído pela manifestação do poder constituinte originário, providenciando a acomodação e a transição do antigo e do novo direito edificado.

Destinam-se, as normas dessa natureza, a auxiliar na transição de uma ordem jurídica para outra, procurando neutralizar os efeitos nocivos desse confronto, no tempo, entre regras de igual hierarquia — Constituição nova *versus* Constituição velha — e de hierarquia diversa — Constituição nova *versus* ordem ordinária preexistente, interligando-se, portanto, nesse sentido, com o instituto da recepção.

Assim, é nítida a suma importância da defesa dos direitos da empregada gestante, ao se abordar o tema na ADCT:

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

(...)

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

(...)

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

(...)”

Assim, para que possamos entender melhor a redação do artigo acima, iremos analisá-lo detalhadamente.

CAPÍTULO 2 – DA ANÁLISE DO ARTIGO 10, INCISO II ALÍNEA B DA ADCT

2.1 O artigo 7º da Constituição Federal

O caput do artigo 10 do ADCT define que enquanto não for promulgada lei complementar a que se refere o artigo 7º da Constituição Federal, deve-se observar as disposições contidas em seu teor.

Neste sentido, temos que o artigo 7º da Constituição Federal trouxe em linhas gerais um caráter protecionista ao trabalhador, com definições amplas sobre direito dos trabalhadores e sua condição social.

Muita dessa preocupação se deve ao histórico vivido pelos trabalhadores ao redor do mundo, que apresentamos há algumas linhas.

Ao contrário do que ocorre no Direito Comum, onde se busca a todo custo a igualdade das partes, o legislador trabalhista teve grande preocupação em estabelecer maior amparo a uma das partes, ou seja, objetivou a proteção do trabalhador. Entretanto, essa aparente desigualdade tem por finalidade igualar as partes no âmbito do Direito do Trabalho.

Justamente, com a finalidade de igualar os desiguais, foi que surgiu o princípio da proteção no âmbito do Direito do Trabalho. Essa referida igualdade substancial tem a finalidade de equiparar as partes desiguais, já que dar tratamento isonômico às partes, significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades.

Da leitura atenta do artigo 7º da Constituição Federal podemos extrair estas nuances protecionistas, como por exemplo, seus incisos I, XXX ao XXXIV⁷, entre outros.

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

I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos;

XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;

XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência;

Ampliando o texto do referido artigo 7º, surgiu, também, o artigo 10 da ADCT, para inserir, dentre outras, normas de estabilidade gestante a fim de proteger a mulher gestante da dispensa discriminatória ou sem justa causa.

2.2 Definição de dispensa arbitrária e sem justa causa

A Convenção 158 da OIT, apesar de aprovada em 1982, e introduzida no ordenamento jurídico brasileiro em 1992, deixou de vigorar em 20 de novembro de 1997, através do Decreto 2.100/1996, por denúncia feita pelo governo brasileiro à OIT.

Todavia, suas definições ajudam a analisar a questão ora proposta, como veremos adiante.

A mencionada Convenção traz em seu texto normas que procuram promover a manutenção da relação de emprego já estabelecida, criando vedações à despedida arbitrária ou sem justa causa, conforme exposto em seu artigo 4, *in verbis*:

“Não se dará término à relação de trabalho de um trabalhador a menos que exista para isso uma causa justificada relacionada com sua capacidade ou seu comportamento ou baseada nas necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço.”

Em tese, a dispensa sem justa causa se pauta nesta definição para que ocorra, ou seja, será aquela que não se funda em uma causa justificada relacionada com a capacidade do empregado ou seu comportamento (sendo, pois, o contrário da dispensa com justa causa, disposta no art. 482 da CLT), bem assim, aquela que não seja baseada nas necessidades de funcionamento da empresa, serviço ou estabelecimento. Via de regra, as dispensas sem justa causa visam um melhor funcionamento da empresa, seja atendendo suas necessidades atuais de remodelação estrutural, seja visando uma melhoria na prestação de serviços, desta forma, objetivando alcançar um melhor custo-benefício.

Por outro lado, a dispensa arbitrária é a que não se funda em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro. É aquela dispensa discriminatória, como ocorre com o

XXXII - proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos;
XXXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos;
XXXIV - igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso

exemplo da dispensa de uma empregada apenas porque a mesma esta grávida, sem que haja uma justificativa racional para tanto.

Neste contexto, a dispensa arbitrária ou sem justa causa só é possível quando está em vigor um contrato de trabalho revestido do princípio da continuidade da relação de emprego, ou seja, um contrato de trabalho por prazo indeterminado.

Ainda que no contrato a termo seja possível a dispensa discriminatória ou sem justa causa, esta se daria antes da data do termo final, sendo certo que a data prevista para sua rescisão não pode ser considerada uma dispensa.

2.3 Definição de contrato por prazo determinado e contrato por prazo indeterminado

Neste momento, para melhor análise do artigo 10 da ADCT, se faz necessário distinguir o contrato por prazo determinado do contrato por prazo indeterminado.

Ante o princípio da continuidade da relação de emprego, os contratos que não possuem um termo final são considerados como contratos por prazo indeterminado. Entretanto, há algumas exceções para esta regra, que constituem o contrato por prazo determinado.

O contrato por prazo determinado é o ajuste cuja vigência depende de termo prefixado quanto à unidade de tempo, ou quanto ao serviço a ser executado, ou quanto à ocorrência de certo acontecimento suscetível de previsão aproximada.

A Consolidação das Leis do Trabalho, em seu artigo 443, parágrafo 2º, admite a contratação de empregado através de contrato por prazo determinado apenas nas seguintes hipóteses: a) serviço cuja natureza ou transitoriedade justifique a predeterminação do prazo; b) atividades empresariais de caráter transitório e; c) contrato de experiência.

No presente trabalho iremos apenas analisar a questão sob o enfoque do contrato de experiência, pois esta é a discussão proposta em torno da Súmula 244, inciso III do Tribunal Superior do Trabalho.

O contrato de experiência é por definição um contrato a termo. Estes contratos são firmados no início de uma relação empregatícia para que as partes possam avaliar o

desempenho, adaptação e mesmo o interesse na manutenção do contrato de trabalho. Em regra, o contrato de experiência tem limite de prazo de noventa dias.

Ainda, segundo leciona Luciano Martinez, a estabilidade no emprego é entendida como a fórmula de proteção caracterizada pela vedação à rescisão por iniciativa patronal. Por meio dela o empregador fica impedido de desligar o empregado, sob pena de ver-se compelido a reintegrá-lo”.⁸

Alice Monteiro de Barros vai ainda mais longe na análise da questão:

“Contrato de experiência e estabilidade provisória.

Se o empregado foi admitido mediante contrato de experiência, pressupõe-se que ele se encontra em regime de prova durante esse período.

Além disso, ao firmarem o contrato, as partes, antecipadamente, já sabem a data de sua extinção.

Fato superveniente alusivo à gravidez da empregada, a acidente do trabalho ou à circunstância de ter o obreiro obtido o registro e sido eleito para o cargo de dirigente sindical, de dirigente da CIPA ou de membro do conselho curador do FGTS não tem o condão de se sobrepor ao limite do contrato e assegurar a manutenção do emprego a trabalhador considerado sem habilitação durante a vigência do contrato de prova, por ferir os princípios da razoabilidade e da boa-fé.

Logo, se, de um lado, a proteção à garantia de emprego se impõe, de outro, não se pode olvidar a boa-fé do empregador, que ajustou contrato experimental, por prazo certo, e se viu surpreendido por um fato superveniente a que não deu causa, o que assegura a continuidade do contrato.

Observe-se que foi cancelada a Súmula n.260 do TST. Atualmente não há direito da empregada gestante à estabilidade provisória caso tenha sido admitida mediante contrato de experiência, uma vez que a relação de emprego, em face do término do prazo, não constitui dispensa arbitrária ou sem justa causa (Súmula n.244 III do TST). Sustentamos que nos contratos determinados não se obstará a aquisição da licença, pois a empregada já sabia de antemão a data em que o terminaria.⁹”

Ora, se há um contrato por prazo determinado e o seu término se dá pelo alcance do prazo estabelecido entre as partes, não há iniciativa patronal para a rescisão contratual, mas

⁸ MARTINEZ, Luciano. Curso de Direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

⁹ De BARROS, Alice Monteiro. Curso de Direito do Trabalho. 8ª Edição. São Paulo: LTR, 2012. p.391.

apenas o termo final do contrato. Frise-se novamente que é possível também a dispensa arbitrária em contrato por experiência, mas esta só pode ocorrer quando o empregador rescinde o contrato antes de seu prazo final.

Por essas e outras razões, passamos adiante a analisar a Súmula 244, inciso III, editada pelo Colendo Tribunal Superior do Trabalho.

CAPÍTULO 3 – A ESTABILIDADE GESTANTE SOB O ENFOQUE DOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS

3.1 Os Direitos Humanos e Fundamentais

Após a análise realizada no capítulo anterior, ou seja, da limitação da proteção do emprego à dispensa arbitrária e sem justa causa, temos a análise dos Direitos Humanos e Fundamentais.

Consoante se depreende do breve resumo histórico contido no primeiro capítulo desta monografia, a ordem mundial vem evoluindo para um cenário de extremo protecionismo à dignidade da pessoa humana, através de políticas de conscientização social, a fim de reverter toda a desigualdade inerente ao período da Revolução Industrial.

Os direitos e garantias do ser humano têm por finalidade básica o respeito à sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana, e esses são os alicerces dos direitos humanos.

Com o advento da vigente Carta Magna, O Estado brasileiro passou a recepcionar os principais tratados de proteção dos direitos humanos, se adequando ao cenário de proteção internacional dos direitos humanos. À Título de exemplo, citam-se o artigo 1^a, inciso III, o artigo 5^o, inciso III, artigo 6^o, entre outros.

Destarte, a partir da Carta de 1988 foram ratificados pelo Brasil: a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura; a Convenção sobre os Direitos da Criança; o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos; a Convenção Americana de Direitos Humanos; a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; o Protocolo à Convenção Americana referente à Abolição da Pena de Morte; entre outros.

Assim sendo, nota-se que recentemente o Brasil se alinhou à sistemática internacional de proteção dos direitos humanos. À título exemplificativo, no Art. 7^o a Constituição Federal ainda traz em seu escopo a importância da melhoria da condição social do trabalhador.

Com a consagração dos Direitos Humanos na atual Constituição Federal, referidos direitos ganharam força de Direitos Fundamentais, ou seja, direitos essenciais da pessoa humana reconhecidos na legislação pátria.

Dentre os direitos fundamentais, dois deles estão ligados intimamente ao tema da presente monografia, conforme será estudado nas próximas linhas.

3.2. Dignidade da pessoa humana

Um dos direitos humanos fundamentalmente ligados a estabilidade gestante é a dignidade da pessoa humana, porquanto a garantia no emprego não só abarca a dignidade da mulher trabalhadora, mas também do nascituro.

Há filósofos que acreditam que a *dignitas humana* é uma qualidade peculiar que permite ao homem construir sua vida de forma livre e independente, sendo este dotado de capacidade de autodeterminação inerente à natureza humana. Alguns defendem também que cada indivíduo é detentor de um espaço de não-interferência intransponível, sendo este disposto pelos indivíduos como um direito natural e transferido ao Estado.

Para Sartre e Hegel, o homem primeiro existe, para depois ter sua essência, sustentando que a dignidade consiste em uma qualidade a ser conquistada, através de seu futuro, que está inteiramente por construir e sob sua responsabilidade.¹⁰

Assim, a dignidade da pessoa humana não é inata, de tal sorte que o homem não nasce digno, mas torna-se digno a partir do momento que assume sua condição de cidadão. A dignidade reside justamente no fato de sua existência estar toda por construir.

Ainda nesta ótica, Sarlet defende que a dignidade da pessoa humana é um complexo de direitos e deveres fundamentais que garantem à pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.¹¹

No que tange ao momento da origem e da supressão do titular da dignidade da pessoa humana, existem sérias controvérsias. Contudo, partindo do pressuposto que a racionalidade e

¹⁰ PIOVESAN, Flávia, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2007.

¹¹ *Ibid.*

a consciência de si mesmo, bem como a capacidade de agir conforme fins determinados e atribuir valores são características definidoras da humanidade, é possível conceber que a pessoa humana surge com o nascimento e desaparece com a morte.

Assim, a estabilidade gestante está intrinsecamente ligada à proteção dos direitos humanos e à dignidade da pessoa humana, uma vez que possibilita a trabalhadora gestante ter condições para uma vida digna, oferecendo o mesmo ao nascituro.

3.3. Direito à saúde

Não só a dignidade humana é importante para a trabalhadora gestante, mas também a saúde dela e do nascituro.

O conceito de saúde foi delineado pela Organização Mundial de Saúde (OMS) em 1946, como sendo o completo bem-estar físico, mental e social e não somente a ausência de doenças ou agravos, bem como, reconhecida como um dos direitos fundamentais de todo ser humano, seja qual for sua condição social ou econômica e sua crença religiosa ou política.

De tal importância a saúde apresentou-se ao poder constituinte, que a vigente Constituição da República Federativa do Brasil, além de incluí-la entre os direitos sociais, dedicou seção exclusiva ao tema (arts. 196 ao 200 da Constituição Federal).

A Carta Magna de 1988 consagra como fundamento da República, em seu art. 1º, inciso III, a dignidade da pessoa humana. O direito à saúde, além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas, representa consequência constitucional indissociável do direito à vida, e a uma vida digna.

Partindo deste pressuposto, o direito à saúde passa a ser um direito que exige, do Estado, prestações positivas no sentido de garantia e efetividade da saúde. A previsão expressa do direito à saúde na Carta de 1988 é a comprovação que tal direito sofreu uma elevação no âmbito mundial, chegando ao *status* de direito fundamental. E se o direito à saúde está sob a égide das garantias constitucionais dos direitos e garantias fundamentais, é óbvio que os direitos sociais (como a saúde) são direitos fundamentais do ser humano.

Conforme abrilhantou o constitucionalista Bonavides:

“A nova Hermenêutica constitucional se desataria de seus vínculos com os fundamentos e princípios do Estado Democrático de Direito

se os relegasse ao território das chamadas normas programáticas, recusando-lhes concretude negativa sem a qual, ilusória a dignidade da pessoa humana não passaria também de mera abstração”.

De tal modo que o direito à saúde perante os dispositivos de nossa Carta Magna deve ser entendido como um direito social fundamental, que na sua essência deve ser buscado na maior otimização possível, almejando sempre a defesa da dignidade humana.

Impossível não fazer um paralelo desta nova ordem mundial com o tema deste trabalho, uma vez que a estabilidade da trabalhadora gestante também deve ser analisada sob a ótica dos direitos humanos e fundamentais.

Ante a leitura do acima exposto, temos que a proteção à trabalhadora grávida tem um escopo muito mais social, relacionado à própria saúde da mulher e da criança e a dignidade humana, do que um escopo meramente econômico.

E é neste cenário que os juristas brasileiros encontram um patamar social para reavaliar antigos entendimentos.

CAPÍTULO 4 – A ESTABILIDADE GESTANTE SOB O ENFOQUE DOS PRINCÍPIOS QUE NORTEIAM O DIREITO DO TRABALHO

4.1 Definição de princípios

Para definirmos o que entendemos por princípios, destacamos os ensinamentos de Sérgio Pinto Martins, segundo o qual “princípios são proposições básicas que fundamentam as ciências. Para o Direito, o princípio é seu fundamento, a base que irá informar e inspirar normas jurídicas”¹².

Os princípios orientam legisladores na elaboração de novas regras, sendo fonte materiais de direito. Ainda, para o Poder Judiciário, os princípios assumem diferentes funções, tais como: interpretação, integração, informação e norma.

Segundo estas funções, os princípios podem ser classificados em (i) descritivos ou informativos; (ii) normativos subsidiários e (iii) normativos concorrentes.

São princípios descritivos ou informativos aqueles que propiciam uma direção na interpretação de regras e institutos jurídicos, balizando-os com o conjunto do sistema de normas. Não atuam como fonte formal de direito, mas como instrumento de interpretação jurídica.¹³

Os princípios normativos subsidiários¹⁴ cumprem o papel de fontes formais supletivas do direito, ou seja, fontes normativas subsidiárias diante da ausência de outras regras jurídicas para o intérprete diante do caso concreto.

Esta função apesar de menos comum do que a interpretativa é recorrentemente citada expressamente em textos legais, como por exemplo, aquelas que autorizam o juiz à integração jurídica (art. 8º, CLT; art. 4º da LICC; art. 126, CPC).

Quanto aos princípios normativos concorrentes, são assim denominados aqueles que têm função normativa própria dos princípios.

¹² MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ *Ibid.*

Tal função seria resultante da dimensão fundamentadora de toda a ordem jurídica, que passa necessariamente pelo reconhecimento doutrinário de sua natureza de norma jurídica efetiva, não simplesmente de enunciado programático.¹⁵

Mas também cabe consignar que a função clássica interpretativa age em concurso com a função normativa, de modo a ajustar as regras do direito ao sentido do ordenamento jurídico a que pertencem.

No presente estudo, entendemos que os princípios foram incorporados de uma forma descritiva, ou seja, foram utilizados como instrumento de interpretação da norma legal, e trouxeram outra base e fundamentos para a alteração sumular estudada.

A par disso, faz necessário analisar o tema sob o enfoque dos princípios que norteiam o Direito do Trabalho e sua legislação.

4.2 Princípios do Direito do Trabalho

Especificamente no Direito do Trabalho, há uma vasta relação de princípios na doutrina, mas para o escopo deste trabalho, é necessário que se mencione apenas aqueles considerados nucleares para compreensão do sistema de normas do Direito do Trabalho.

A utilização de princípios como base para a justiça, a Consolidação das Leis do Trabalho traz em seu art. 8º a previsão da possibilidade da utilização dos princípios por parte da Justiça do Trabalho:

Art. 8º - As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do Direito do Trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

Conforme dito em linhas alhures, os princípios orientam legisladores na elaboração de novas regras, sendo fonte materiais de direito e ainda, assumem diferentes funções para o Poder Judiciário, tal como a interpretação.

¹⁵ DELGADO, Maurício Godinho. ob. cit. p. 189

Para Maurício Godinho Delgado, o Direito do Trabalho é regido por nove princípios: (i) da proteção; (ii) da indisponibilidade ou irrenunciabilidade dos direitos; (iii) da continuidade da relação de emprego; (iv) da primazia da realidade sobre a forma; (v) da norma mais favorável; (vi) da condição mais benéfica; (vii) da inalterabilidade contratual lesiva; (viii) da intangibilidade salarial ou irredutibilidade salarial; (ix) da imperatividade das normas trabalhistas.

Entretanto, para a finalidade desse estudo, vale destacar aqueles que guardam estreita relação com o tema proposto nesta monografia, que serão (i) da proteção; (ii) da irrenunciabilidade dos direitos; (iii) da continuidade da relação de emprego; (iv) da função social do contrato de trabalho; (v) da norma mais favorável.

4.2.1 Princípio da Proteção

Este princípio tem como objetivo a proteção do empregado, parte mais frágil da relação de emprego. Consoante se depreende do primeiro capítulo do presente estudo, este princípio surgiu como uma necessidade de proteger a classe trabalhadora dos excessos de seus empregadores, que expunham os trabalhadores a condições desumanas e extrema exploração da força braçal, inclusive de mulheres e crianças.

Se tornou essencial no Direito do Trabalho a proteção do trabalhador por meio de normas adequadas a sua situação de hipossuficiência, na medida que as demais normas pressupunham condições contratuais de igualdade, o que evidentemente não existe na relação empregado e empregador, pela subordinação daquele a este.

Assim, cabe ao legislador no momento da criação das normas, objetivar, sempre, a melhoria da condição social do trabalhador.

Nas palavras de Maurício Godinho Delgado, visa-se retificar no plano jurídico o desequilíbrio inerente ao plano fático do contrato de trabalho. Em suma, se busca gerar condições favoráveis ao trabalhador, tentando igualar a situação entre os contratantes, protegendo a parte mais fraca de possíveis abusos do empregador.¹⁶

¹⁶ DELGADO, Maurício godinho, Curso de Direito do Trabalho, 6ª edição – São Paulo: LTr, 2007.

A partir desse princípio, surgem outros três princípios, o da aplicação da (i) norma mais benéfica ao trabalhador, (ii) condição mais benéfica ao trabalhador e (iii) in dubio pro operário, que serão estudados adiante, quando do trato do princípio da norma mais favorável.

4.2.2 Princípio da irrenunciabilidade de direitos

Tal princípio prega a impossibilidade do empregado renunciar, voluntariamente, vantagens que lhe são garantidas pela lei trabalhista, não podendo dispor de direitos ou proteções que lhe asseguram a ordem jurídica e o contrato.

O princípio da irrenunciabilidade está consubstanciadamente ligado a idéia de indisponibilidade de direitos. De acordo com os apontamentos de Alice Monteiro de Barros: “Seu objetivo é limitar a autonomia da vontade das partes, pois não seria viável que o ordenamento jurídico, impregnado de normas de tutela do trabalhador, permitisse que o empregado se despojasse desses direitos, presumivelmente pressionado pelo temor reverencial de não obter o emprego ou de perdê-lo, caso não formalizasse a renúncia.”¹⁷

Ainda, o princípio da irrenunciabilidade está ligado ao vício presumido do consentimento do trabalhador a renunciar aos seus direitos, uma vez que o mesmo não teria total liberdade para emitir a sua vontade em razão da subordinação a que está sujeito. O trabalhador sempre estaria, portanto, sob coação psicológica ou econômica, ou, ainda, em determinados casos estaria na condição de quem desconhece seus reais direitos.

Desta forma, há uma restrição da autonomia da vontade em favor da proteção do trabalhador, de modo que se promova a igualdade na relação contratual, evitando possíveis pressões que os empregadores possam vir a exercer, através das ameaças, como a rescisão do contrato, por exemplo.

¹⁷ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2011, p.174.

4.2.3 Princípio da continuidade da relação de emprego

Embora a Constituição Federal de 1988 não tenha assegurado a estabilidade absoluta do trabalhador, a interpretação das normas referentes às indenizações devidas, quando da dispensa do empregado sem justa causa, sugere a presunção da duração do contrato de trabalho por tempo indeterminado - sem retirar a possibilidade excepcional de dispensa sem justa causa no contrato por prazo determinado.

A continuidade na relação de emprego é uma das bases do contrato de trabalho, conferindo ao mesmo a idéia de continuidade,¹⁸ da integração do trabalhador a estrutura empresarial e social. Esta continuidade é essencial para o planejamento, não apenas profissional, mas para todo o desenvolvimento na vida do trabalhador, no plano pessoal, familiar, social, financeiro, educacional.

Sob a luz desse princípio, apesar de previsto em lei, o trabalho provisório não permite ao trabalhador uma programação financeira estável a longo prazo, sendo indesejável do ponto de vista social e econômico.

4.2.4 Princípio da função social do contrato de trabalho

O princípio da função social do contrato surgiu para renascer o equilíbrio social diante das injustiças sociais, do pensamento individualista, dos interesses particulares que sobressaíam nas relações de trabalho desde a Revolução Industrial.

Entende-se por função a obrigação de cumprir o papel a ser desempenhado por um indivíduo ou por uma instituição em dada coletividade, ao passo em que social relaciona-se à comunidade, ao conjunto de cidadãos de um país, ao bem-estar das massas e aos menos favorecidos que vivem em grupos, em sociedade.

Em decorrência de toda a evolução do Direito, das relações contratuais e do ser humano em si, como pessoa, o ponto principal a ser analisado por todos os juristas, em

¹⁸ Súmula 212 do C. TST – “O ônus de provar o término do contrato de trabalho, quando negados a prestação de serviço e o despedimento, é do empregador, pois o princípio da continuidade da relação de emprego constitui presunção favorável ao empregado.”

especial aos que lidam com o Direito Laboral, deve estar focado na consecução dos interesses da pessoa humana e não apenas à proteção do seu patrimônio – material e moral –, além do foco na concretização de situações econômicas e sociais que lhe permitam a realização plena de seus anseios, sonhos e objetivos, devidamente fomentados e assegurados pelo Estado, como por exemplo, na equalização das oportunidades de trabalho e de educação.

Sendo assim, a função social do contrato está intimamente ligada ao papel que cada ser individual – o cidadão, ou coletivo – pessoa jurídica personificada ou não, desempenha em determinada coletividade, no sentido axiológico, em relação ao grupo como um todo. O escopo principal da função social do trabalho é o coletivo, o conjunto das pessoas consideradas numa coletividade de forma holística e não de forma individualizada, exatamente como prescreve o artigo 8º, caput, da Consolidação das Leis do Trabalho.

4.2.5 Princípio da norma mais favorável

O princípio da norma mais favorável reza que em caso de conflito de normas, deverá ser aplicada a norma que for mais benéfica ao trabalhador. Como consequência desse princípio temos também a superioridade hierárquica das normas mais benéficas ao trabalhador em relação às que lhes são mais prejudiciais.

Como critério de hierarquia, permite que se eleja a regra que prevalecerá no conflito de normas, ou seja, aquela que for mais favorável ao trabalhador. Para orientar a interpretação, permite que se conduza a interpretação mais favorável ao trabalhador, caso se esteja diante de duas ou mais possíveis.

Vale ressaltar que poderá o operador jurídico levar ao extremo tal princípio ao ponto de desvirtuar o sistema de normas, não podendo, por exemplo, fazer interpretação mediante a seleção tópica e casuística de regras, de forma a acumular preceitos favoráveis ao empregado criando-se uma ordem jurídica própria, enfoque da teoria da acumulação.

Ao contrário, não se pode esquecer que a busca da norma mais favorável deve ser realizada globalmente no conjunto de regras do sistema, de modo que não se perca o caráter sistemático e os sentidos lógicos que informam o direito (teoria do conglobamento).¹⁹

Semelhante a este princípio e coligado a ele, temos o princípio da condição mais benéfica, com a diferença que o presente princípio é aplicado às cláusulas contratuais, enquanto o anterior dirige-se às leis.

As cláusulas contratuais têm como objetivo a proteção do trabalhador e são entendidas como direito adquirido, conforme se depreende da Súmula 51 do Tribunal Superior do Trabalho.²⁰

Súmula nº 51 do TST

I - As cláusulas regulamentares, que revoguem ou alterem vantagens deferidas anteriormente, só atingirão os trabalhadores admitidos após a revogação ou alteração do regulamento.

(...)

E por fim, o princípio do “in dubio pro operario” tem seu nascimento no princípio de nome similar no Direito Penal, qual seja, o “in dubio pro reo”.

Tal princípio tem como sua definição que, havendo dúvida na interpretação, a lei deverá ser aplicada da maneira mais benéfica ao trabalhador.

¹⁹ DELGADO, Maurício Godinho. ob. cit. p. 200.

²⁰ Com as exceções previstas na própria Súmula 51 e na Súmula 288 do Tribunal Superior do Trabalho: Súmula nº 51 do TST - NORMA REGULAMENTAR. VANTAGENS E OPÇÃO PELO NOVO REGULAMENTO. ART. 468 DA CLT

I - As cláusulas regulamentares, que revoguem ou alterem vantagens deferidas anteriormente, só atingirão os trabalhadores admitidos após a revogação ou alteração do regulamento. (ex-Súmula nº 51 - RA 41/1973, DJ 14.06.1973)

II - Havendo a coexistência de dois regulamentos da empresa, a opção do empregado por um deles tem efeito jurídico de renúncia às regras do sistema do outro.

Súmula nº 288 do TST - COMPLEMENTAÇÃO DOS PROVENTOS DA APOSENTADORIA

I - A complementação dos proventos da aposentadoria é regida pelas normas em vigor na data da admissão do empregado, observando-se as alterações posteriores desde que mais favoráveis ao beneficiário do direito.

II - Na hipótese de coexistência de dois regulamentos de planos de previdência complementar, instituídos pelo empregador ou por entidade de previdência privada, a opção do beneficiário por um deles tem efeito jurídico de renúncia às regras do outro.

4.3 Da estabilidade gestante sob a análise dos princípios

Ante a exposição supra dos basilares princípios que regem o Direito do Trabalho, não é difícil relacioná-los à alteração recente da Súmula 244 do Tribunal Superior do Trabalho.

O contrato de trabalho é revestido de uma proteção exacerbada no que tange aos direitos sociais do trabalhador, a fim de evitar qualquer arbitrariedade que possa ser perpetrada pelo empregador.

Neste sentido, a função social do contrato de trabalho e o princípio da continuidade da relação de emprego iam de encontro ao entendimento anterior do inciso III da indigitada Súmula.

Com a movimentação histórica acerca dos direitos humanos e sua relação direta com os princípios do Direito do Trabalho, não fugiu aos olhos dos magistrados a discrepância entre o entendimento consolidado e o movimento social instaurado.

Entretanto, alterar a Súmula ainda iria de encontro com outra disposição legal, ou seja, aquela que prevê a eficácia dos contratos por prazo determinado, dentre eles o de experiência.

É neste momento da análise que se coloca o princípio da norma/condição mais benéfica, uma vez que, a fim de proteger a empregada gestante e seu filho, a jurisprudência fechou os olhos ao contrato de experiência e seu prazo de término legal e conferiu à trabalhadora a estabilidade no emprego.

Assim sendo, é nítido que os princípios do Direito do Trabalho tiveram vasta influência sobre a alteração do entendimento consolidado e a conseqüente alteração sumular.

CAPÍTULO 5 – A ANÁLISE DA SÚMULA 244 INCISO III DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

5.1 A inconstitucionalidade na edição da Súmula

Antes de adentrarmos na análise do texto sumulado, esbarramos em uma questão ainda mais primordial, qual seja a inconstitucionalidade na edição da Súmula.

O artigo 7º da Constituição Federal traz uma clara brecha legislativa em seu inciso I, quando confere à futura legislação complementar a proteção contra despedida arbitrária ou sem justa causa. O artigo 10 do ADCT, por sua vez também abriu uma brecha legislativa quando em seu caput traz a frase “até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição”.

Ou seja, o que era para ser uma “disposição transitória” à espera de uma lei complementar, desde 1988 vem ditando as regras sobre a vedação de dispensa arbitrária e sem justa causa em caso de trabalhadoras gestantes.

No afã de dirimir esta e tantas outras questões, o Tribunal Superior do Trabalho vem editando Súmulas, para adaptar ao mundo moderno e às novas relações de trabalho, a Consolidação das Leis do Trabalho de 1943.

Neste ímpeto de conceder solução prática aos impasses trabalhistas que lhe são impostos diariamente, muitas vezes o Poder Judiciário, e nele se inclui o Tribunal Superior do Trabalho, acaba por “legislar”.

O Poder Legislativo tem a função típica de legislar, ou seja, de traduzir, por meio de leis, o sentimento social. O Poder Judiciário tem a função típica de aplicar o direito no caso concreto, exercendo uma jurisdição complementar em relação ao Poder Legislativo, visto que, enquanto este elabora a lei em sentido abstrato, aquele aplica a lei no caso concreto.

Assim, a Súmula afronta os princípios da separação dos Poderes e da legalidade previstos nos artigos 2º e 5º, II da Constituição Federal, já que o Tribunal legisla positivamente, interferindo diretamente nas situações contratuais correspondentes, igualando suas súmulas às leis.

Cumpra esclarecer que as Súmulas têm inquestionável força jurídica, uma vez que, no Direito do Trabalho, a própria legislação já cuidou de enfatizar a jurisprudência como fonte normativa, conforme previsto no artigo 8º da Consolidação das Leis do Trabalho.

Entendemos que se há dúvida sobre a extensão e alcance do art. 10, inciso II, alínea *b* do ADCT, caberia a parte interessada ajuizar o remédio constitucional cabível para casos de omissão legislativa, qual seja um mandado de injunção.

Não cabe ao Poder Judiciário legislar (sob argumento de que faz interpretação da norma), pois o Colendo Tribunal Superior do Trabalho evidentemente, *data maxima venia*, violou a regra do artigo 48 da Constituição Federal ao extrapolar o poder jurisdicional e editar norma jurídica geral e abstrata ao publicar a redação do item III da sua Súmula 244.

Além disso, ao editar a Resolução nº 185/2012 que alterou a redação da Súmula 244, o Tribunal Superior do Trabalho não observou as elementares regras do Regimento Interno do próprio Tribunal (Resolução Administrativa nº 1295/2008). Vejamos.

A edição da Súmula 244, no molde que fora realizado em 14 de setembro de 2012, por intermédio da Resolução 185/2012, pois, contraria os artigos do seu próprio Regimento Interno²¹, a uma por não dar publicidade sobre os arestos que fundamentaram a mudança de

Art. 159. Nos processos que tratem de matéria objeto de incidente de uniformização de jurisprudência, haverá o sobrestamento do feito até decisão do incidente.

Art. 160. Para efeito do disposto nos arts. 894, II, e 896, “a” e “b”, e §§ 3.º, 4.º, 5.º e 6.º, da Consolidação das Leis do Trabalho, será consubstanciada em Súmula a jurisprudência predominante do Tribunal Superior do Trabalho.

Art. 161. Quando se tratar de exame de constitucionalidade de lei ou de ato normativo do Poder Público, a edição de Súmula independe da observância dos dispositivos regimentais que regem a matéria, salvo quanto à exigência relativa à tomada de decisão por maioria absoluta.

Art. 162. Da proposta de edição de Súmula formulada pela Comissão de Jurisprudência e Precedentes Normativos resultará um projeto, devidamente instruído, que será encaminhado ao Presidente do Tribunal para ser submetido à apreciação do Tribunal Pleno.

Art. 163. A proposta de edição de Súmula, firmada por pelo menos dez Ministros da Corte, ou de iniciativa de qualquer Ministro do Tribunal, no exercício da atividade jurisdicional, deverá ser encaminhada à Comissão de Jurisprudência e Precedentes Normativos.

§ 1.º A proposta firmada por pelo menos dez Ministros da Corte será encaminhada ao Presidente do Tribunal, que a enviará à Comissão de Jurisprudência e Precedentes Normativos para, no prazo de trinta dias, emitir parecer fundamentado e conclusivo, que será submetido à apreciação do Tribunal Pleno.

§ 2.º A proposta de iniciativa de Ministro, se acolhida pela maioria absoluta dos membros efetivos da Seção Especializada que apreciou o recurso respectivo, será examinada pela Comissão que, no prazo de trinta dias, emitirá parecer dirigido ao Presidente do Tribunal para ser submetido à apreciação do Tribunal Pleno.

Art. 164. O parecer da Comissão de Jurisprudência e Precedentes Normativos deverá conter opinião fundamentada acerca da proposta de edição da Súmula. Na hipótese de acolhimento da proposta, deverá sugerir o texto a ser editado, instruído com as cópias dos precedentes e da legislação pertinente.

Art. 165. O projeto de edição de Súmula deverá atender a um dos seguintes pressupostos:

I – três acórdãos da Subseção Especializada em Dissídios Individuais, reveladores de unanimidade sobre a tese, desde que presentes aos julgamentos pelo menos 2/3 (dois terços) dos membros efetivos do órgão;

Súmula, a duas porque não especifica quais os arestos foram extraídos de julgados das Seções Especializadas.

E por fim, mas não menos importante, a edição da Resolução 185/2012 ainda contraria frontalmente o artigo 37, caput da Constituição Federal, no tocante aos princípios da legalidade e da publicidade, tornando amplamente inconstitucional a Súmula 244, inciso III do Tribunal Superior do Trabalho.

O princípio da legalidade é fundamental ao Estado democrático de direito, uma vez que evita a atuação arbitrária do poder público, sendo contemplado no artigo 5º inciso II da Constituição Federal, onde se lê que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

Este princípio pode ser avaliado, simultaneamente, como um limite e como uma garantia, pois ao mesmo tempo que limita a atuação do Poder Público, também garante aos cidadãos que só devem cumprir as exigências do Estado se estiverem previstas na lei.

Assim, a Administração Pública, ao impor unilateralmente obrigações, por meio de atos infralegais, como é o caso da Súmula 244 do Tribunal Superior do Trabalho, deverá fazê-lo dentro dos limites estabelecidos por aquela lei à qual pretendem dar execução, neste caso, o artigo 10º da ADCT.

Já o princípio da publicidade, dita que o Poder Público deve agir com a maior transparência possível, a fim de que os administrados tenham conhecimento do que os administradores estão fazendo.

II – cinco acórdãos da Subseção Especializada em Dissídios Individuais, prolatados por maioria simples, desde que presentes aos julgamentos pelo menos 2/3 (dois terços) dos membros efetivos do órgão;

III – quinze acórdãos de cinco Turmas do Tribunal, sendo três de cada, prolatados por unanimidade; ou

IV – dois acórdãos de cada uma das Turmas do Tribunal, prolatados por maioria simples.

§ 1.º Os acórdãos catalogados para fim de edição de Súmula deverão ser de relatores diversos, proferidos em sessões distintas.

§ 2.º Na hipótese de matéria revestida de relevante interesse público e já decidida por Colegiado do Tribunal, poderá qualquer dos órgãos judicantes, a Comissão de Jurisprudência e Precedentes Normativos, a Procuradoria-Geral do Trabalho, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ou Confederação Sindical, de âmbito nacional, suscitar ou requerer ao Presidente do Tribunal apreciação, pelo Tribunal Pleno, de proposta de edição de Súmula. Nesse caso, serão dispensados os pressupostos dos incisos I a IV deste artigo, e deliberada, preliminarmente, por dois terços dos votos, a existência de relevante interesse público.

Art. 166. A edição, revisão ou cancelamento de Súmula serão objeto de apreciação pelo Tribunal Pleno, considerando-se aprovado o projeto quando a ele anuir a maioria absoluta de seus membros.

A publicidade abrange toda a atuação estatal, não só sob o aspecto da divulgação oficial de seus atos, como também de propiciação de conhecimento da conduta interna de seus agentes.

É por este fundamento que a publicidade não foi respeitada na reedição da Súmula 244 do Tribunal Superior do Trabalho, uma vez que não demonstrou aos jurisdicionados os arestos e decisões que basearam a alteração sumular.

Assim, ante a breve explanação supra, temos que a alteração do inciso III da Súmula 244 do Tribunal Superior do Trabalho se deu de maneira inconstitucional.

5.2 Da redação do inciso III da Súmula 244 do Tribunal Superior do Trabalho até setembro de 2012

A Súmula 244, inciso III do Tribunal Superior do Trabalho teve sua origem através da Orientação Jurisprudencial nº 196 da Seção de Dissídios Individuais, inserida em 08.11.2000.

Sua redação, à época, tinha o seguinte teor:

244 - Gestante. Estabilidade provisória. (Res. 15/1985, DJ 09.12.1985. Redação alterada - Res 121/2003, DJ 19.11.2003. Nova redação em decorrência da incorporação das Orientações Jurisprudenciais nºs 88 e 196 da SDI-1 - Res. 129/2005, DJ. 20.04.2005)

I - O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade. (art. 10, II, "b" do ADCT). (ex-OJ nº 88 – DJ 16.04.2004)

II - A garantia de emprego à gestante só autoriza a reintegração se esta se der durante o período de estabilidade. Do contrário, a garantia restringe-se aos salários e demais direitos correspondentes ao período de estabilidade. (ex-Súmula nº 244 – Res 121/2003, DJ 19.11.2003)

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

Pelos últimos doze anos vinha se aplicando de forma ampla e irrestrita o entendimento consolidado pelo Tribunal Superior do Trabalho, que havia interpretado o artigo 10 da ADCT de forma a não conferir à empregada gestante contratada em caráter de experiência a mesma estabilidade conferida às empregadas contratadas por prazo determinado.

Ou seja, o contrato de experiência não assegurava a estabilidade provisória à gestante, na medida em que havia ciência inequívoca da interinidade do mesmo.

Neste sentido era a jurisprudência, consoante podemos observar nos exemplos abaixo:

RECURSO DE REVISTA. ESTABILIDADE PROVISÓRIA.

GESTANTE. INCOMPATIBILIDADE COM O CONTRATO POR PRAZO DETERMINADO DE EXPERIÊNCIA. Esta Corte firmou jurisprudência no sentido de que não há direito da empregada gestante à estabilidade provisória na hipótese de admissão mediante contrato de experiência, porque a garantia de emprego pressupõe a proteção da continuidade do vínculo de emprego nos contratos por prazo indeterminado. Entendimento da Súmula 244, III, do TST. Recurso de revista conhecido e provido.- (TST RR - 3914800-23.2009.5.09.0015 Data de Julgamento: 08/06/2011, Relator Ministro: Emmanoel Pereira, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 17/06/2011)

ESTABILIDADE DA GESTANTE – CONTRATO DE EXPERIÊNCIA. A jurisprudência desta Corte pacificou o entendimento de que o contrato de experiência afasta a estabilidade da gestante, nos termos da Súmula 244, 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". Recurso de revista conhecido e provido.

(TST – TST-RR-45900-87.2007.5.12.0038 – 2ª TURMA – Relator: RENATO DE LACERDA PAIVA, Publicado via DOE em 16.12.2011)

Ainda, ainda neste sentido está o entendimento do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região: *a norma constitucional que garante estabilidade provisória à gestante refere-se à "dispensa" arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante. Quando se tem contrato de experiência não ocorre dispensa, mas sim a extinção do contrato por término do prazo. Assim, é ilógico falar em estabilidade quando o contrato é a prazo certo.*²²

²² ACÓRDÃO Nº: 20111502653, processo Nº 00008120720105020068, Relator: CARLOS ROBERTO HUSEK

Era nítido o entendimento pacífico de outrora, que observava os estritos ditames do texto legal no que concerne à estabilidade gestante, que repudia a dispensa discriminatória ou sem justa causa de empregadas contratadas por prazo indeterminado.

Por existir expressa inteligência jurisprudencial, inclusive consolidada em Súmula, esse entendimento era observado pelas empresas ao redor de todo o país, de forma que as empregadas que se encontravam em estado gestacional em contrato de experiência, e não eram consideradas aptas a preencher a vaga disponível, tinham seus contratos rescindidos em seu termo legal, sem que essa prática gerasse um passivo trabalhista aos seus empregadores.

Entretanto, em setembro de 2012 haveria uma brusca alteração neste entendimento pacificado há mais de década, conforme veremos adiante.

5.3 Da redação do inciso III da Súmula 244 do Tribunal Superior do Trabalho após setembro de 2012

Consoante explanado, havia entendimento pacificado da inexistência de estabilidade gestante para contratos de experiência. Entretanto, recentemente se vê uma nova ordem de proteção aos direitos humanos e fundamentais, com valorização da pessoa humana e sua dignidade, o que também afeta todo o sistema Judiciário.

Como já estudado linhas acima, temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos.²³

Entendendo que o Estado tem não apenas o dever de se abster de praticar atos que atentem contra a dignidade humana, como também o de promover esta dignidade através de condutas ativas, garantindo o mínimo existencial para cada ser humano em seu território, o

Turma: 15; Data da publicação: 07-12-2011, TRT 2 Região.

²³ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 60.

Poder Judiciário passou a trazer uma nova interpretação à norma jurídica e o texto do artigo 10 do ADCT.

Aos poucos, houve o entendimento sobre o caráter privilegiado que a maternidade recebeu na Constituição Federal de 1988. É o que resultou da leitura combinada de diversos dispositivos, como o art. 7º, XVIII da Constituição Federal e das inúmeras normas que buscam assegurar um padrão moral e educacional minimamente razoável à criança e ao adolescente (contidos no art. 227 da Constituição Federal, por exemplo).

A par disso, qualquer situação que envolva efetivas considerações e medidas de saúde pública, permite tratamento normativo diferenciado, à luz de critério jurídico valorizado pela própria Constituição da República.

Ilustrativamente, o artigo 196 da Constituição Federal afirma ser a saúde "direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos..."; e o artigo 197 do mesmo texto, que qualifica como de "relevância pública as ações e serviços de saúde...", além de outros dispositivos, como artigos 194, 200, I, e 7º, XXII, todos da Constituição Federal.

Assim, passou-se a entender que a estabilidade provisória advinda da licença maternidade decorre da proteção constitucional às trabalhadoras em geral e, em particular, às gestantes e aos nascituros. A proteção à maternidade e à criança advém do respeito à dignidade da pessoa humana e à própria vida. E, por se tratar de direito constitucional fundamental, deve ser interpretado de forma a conferir-se, na prática, sua efetividade.²⁴

Seguida dessa nova ordem, o Tribunal Superior do Trabalho passou a se posicionar no sentido de que as empregadas gestantes, independentemente do regime jurídico de trabalho, tem direito à licença-maternidade de cento e vinte dias e à estabilidade provisória desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, conforme o art. 7º, XVIII, da Constituição e o art. 10, II, "b", do ADCT.²⁵

²⁴ RR 21700-25.2009.5.01.0079, 6ªT - Min. Maurício Godinho Delgado, DJE 13.04.2012/J-08.02.2012 - Decisão unânime

²⁵ Neste sentido temos os precedentes:

"CONSTITUCIONAL. LICENÇA-MATERNIDADE. CONTRATO TEMPORÁRIO DE TRABALHO. SUCESSIVAS CONTRATAÇÕES. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. ART. 7º, XVIII, DA CONSTITUIÇÃO. ART. 10, II, b, DO ADCT. RECURSO DESPROVIDO. A empregada sob regime de contratação temporária tem direito à licença-maternidade, nos termos do art. 7º, XVIII, da Constituição e do art. 10, II, b, do ADCT, especialmente quando celebra sucessivos contratos temporários com o mesmo empregador. Recurso a que se

Assim, a jurisprudência pátria iniciou uma verdadeira reconsideração do entendimento anterior acerca da estabilidade gestante, e baseando-se no acima discorrido, iniciou uma lenta alteração nos julgados, consoante vemos a seguir:

RECURSO DE REVISTA. PROCEDIMENTO SUMARÍSSIMO. CONTRATO DE EXPERIÊNCIA. ESTABILIDADE DE GESTANTE. DIREITO CONSTITUCIONAL ASSEGURADO INDEPENDENTEMENTE DO REGIME JURÍDICO. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1. Estabelece o art. 10, II, "b", do ADCT/88 que é vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, não impondo qualquer restrição quanto à modalidade de contrato de trabalho, mesmo porque a garantia visa, em última análise, à tutela do nascituro. 2. O entendimento vertido na Súmula nº 244, III, do TST encontra-se superado pela atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que as empregadas gestantes, inclusive as contratadas a título precário, independentemente do regime de trabalho, têm direito à licença maternidade de 120 dias e à estabilidade provisória desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. 3. Dessa orientação dissentiu o acórdão recorrido, em afronta ao art. 10, II, -b-, do ADCT/88. Recurso de revista parcialmente conhecido e provido. (RR-107-20.2011.5.18.0006, 1ª Turma, Rel. Min. Waldir Oliveira da Costa, DJ de 16/12/2011)

RECURSO DE REVISTA - GESTANTE - ESTABILIDADE PROVISÓRIA - CONTRATO DE EXPERIÊNCIA. Estabelece o art. 10, II, "b", do ADCT/88 que é vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, não impondo nenhuma restrição quanto à modalidade de contrato de trabalho, mesmo porque a garantia visa, em última análise, à tutela do nascituro. O entendimento vertido na Súmula nº 244, III, do TST encontra-se superado pela atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que as empregadas gestantes, inclusive as contratadas a título precário, independentemente do regime de trabalho, têm direito à licença maternidade de 120 dias e à estabilidade provisória desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. Dessa orientação dissentiu o acórdão recorrido, em afronta ao art. 10, II, -b-, do ADCT/88. Recurso de revista conhecido e provido. (RR-1601-11.2010.5.09.0068, 1ª Turma, Rel. Min. Vieira de Mello Filho, DJ de 9/3/2012)

"RECURSO DE REVISTA. COMPATIBILIDADE DO CONTRATO POR PRAZO DETERMINADO E O DIREITO À ESTABILIDADE DA

nega provimento". (RE 287.905/SC, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Órgão Julgador: Segunda Turma, Publicação DJ 30-06-2006)

"DIREITO CONSTITUCIONAL E DO TRABALHO. LICENÇA-MATERNIDADE. CONTRATO TEMPORÁRIO DE TRABALHO. ART. 7º, XVIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ART. 10, II, b, DO ADCT. 1. A empregada gestante, independentemente do regime jurídico de trabalho, tem direito à licença-maternidade, nos termos do art. 7º, XVIII, da CF e do art. 10, II, b, do ADCT. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. 2. Agravo regimental improvido." (RE 568.985-Agr/SC, Rel. Min. Ellen Gracie, Órgão Julgador: Segunda Turma, DJE 28/11/2008)

GESTANTE. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, bem como da SBDI-1, vem evoluindo no sentido de admitir, em casos especialíssimos, a compatibilidade do instituto da estabilidade nos contratos por prazo determinado. Com efeito, nos autos do Processo TST-E-ED-RR-249100-26.2007.5.12.0004, a SBDI-1 decidiu pelo direito à estabilidade provisória da gestante no curso do aviso-prévio; e nos autos do Processo TST-E-RR-9700-45.2004.5.02.0465, a SBDI-1 também assegurou o direito à estabilidade ao empregado que sofrera acidente de trabalho no curso do contrato por prazo determinado. No mesmo sentido, verifica-se que não se pode restringir a estabilidade provisória decorrente de gestação ao contrato por tempo indeterminado. Isso porque a lei garantidora da estabilidade da gestante, artigo 10, II, 'b' do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias não faz distinção entre contrato por prazo determinado ou indeterminado. Nesse contexto, a decisão do TRT que reconheceu a estabilidade à reclamante deve ser mantida. Precedentes do STF. Recurso de revista não conhecido." (RR- 57041-60.2009.5.09.0671 Ac. 3ª Turma, Redator Min Horácio Raymundo de Senna Pires, 3ª Turma, in DEJT 27.4.2012).

Sucessivas decisões do Tribunal Superior do Trabalho ensejaram a modificação do item III da Súmula nº 244 para o texto atual, que traz a seguinte redação:

Súmula nº 244 do TST

GESTANTE. ESTABILIDADE

I - O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade (art. 10, II, "b" do ADCT).

II - A garantia de emprego à gestante só autoriza a reintegração se esta se der durante o período de estabilidade. Do contrário, a garantia restringe-se aos salários e demais direitos correspondentes ao período de estabilidade.

III - A empregada gestante tem direito à estabilidade provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea "b", do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado.

Impossível fazer vistas grossas à brusca mudança no entendimento, que outrora determinava exatamente o oposto da nova redação, que hoje concede à empregada gestante, contratada a título de experiência, a estabilidade prevista no art. 10, inciso II, alínea b do ADCT.

Por conseguinte, a nova ordem aos empregadores no cenário nacional é a garantia de emprego daquela empregada gestante, mesmo após o fim de seu contrato de experiência, que passou a valer a partir de setembro de 2012, ao menos em tese, como veremos.

5.4 Das conseqüências jurídicas surgidas com a alteração da súmula 244 do TST

5.4.1. Da insegurança jurídica e da necessidade de limites na aplicabilidade da Súmula

Após a edição da nova redação da Súmula 244, tem-se observado sua aplicação indistintamente, inclusive para contratos que vigeram anteriormente à sua alteração, causando uma insegurança jurídica sem precedentes, conforme estudaremos abaixo.

Em outras palavras, os Tribunais vêm aplicando a redação da nova Súmula para os contratos que findaram antes mesmo de sua alteração, em setembro de 2012.

Se à época da dispensa a lei e o entendimento consolidado era que empregada gestante não detinha estabilidade provisória na hipótese de admissão mediante contrato de experiência, é inadmissível que se aplique entendimento totalmente diverso ao contrato após o término do mesmo.

Neste particular, Amauri Mascaro do Nascimento, em sua obra publicada em 2011, entendia 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 constituiu dispensa arbitrária ou sem justa causa.”²⁶

Isto porque, neste caso o empregador não praticou qualquer dispensa discriminatória, mas tão somente observou o entendimento consolidado pelo Tribunal Superior do Trabalho à época dos fatos.

Ou seja, no momento do fim do contrato de experiência, houve a realização do mesmo, e de acordo com a lei e o entendimento pacificado à época, concedendo ao termo do contrato efeito de ato jurídico perfeito.

Neste contexto, ato jurídico perfeito é aquele já realizado, acabado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou, pois já satisfaz todos os requisitos formais para gerar a plenitude dos seus efeitos, tornando-se portanto completo ou aperfeiçoado. Sua importância

²⁶ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito do Trabalho. 26ª Edição. São Paulo: SARAIVA, 2011. p.919.

para o direito é a proteção dada à pessoa da imutabilidade da situação jurídica que de boa-fé foi realizada dentro dos parâmetros legais quando sobrevém nova lei.

Assim, a aplicação de novo entendimento jurisprudencial com efeito retroativo feriria a Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XXXVI :“a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

A aplicação do novo entendimento jurisprudencial aos contratos que vigoram antes da alteração seria no mínimo uma surpresa injusta àqueles que seguiram as normas e os entendimentos jurisdicionais majoritários à época da realização do contrato de trabalho.

É necessária a modulação temporal dos efeitos da Súmula para que se evite uma insegurança jurídica dantes jamais vista.

Neste sentido, atualmente temos uma jurisprudência ainda minoritária, conforme observamos a seguir:

ESTABILIDADE GESTANTE. CONTRATO DE EXPERIÊNCIA. MODULAÇÃO TEMPORAL DOS EFEITOS DA NOVA REDAÇÃO DA SÚMULA Nº 244, III, DO TST. SEGURANÇA JURÍDICA. IMPROCEDENTE.

Por razões de segurança jurídica e em atenção ao decorrente princípio da confiança do jurisdicionado à legítima atuação do Poder Judiciário, prevalece antiga disposição do inciso III da Súmula n.º 244 do TST, vigente à época da dispensa da empregada, dispondo não haver direito à estabilidade gestante na hipótese de admissão mediante contrato de experiência. Trata-se de atribuir efeitos prospectivos à mutação jurisprudencial, sob pena de resultar em surpresa injusta àqueles que pautaram suas ações segundo os precedentes jurisdicionais então vigentes. (TRT15 – RT 0000210-14.2012.5.15.0026 - Acórdão nº 4671/2013 -4 TURMA – Relator: LUÍS CARLOS CÂNDIDO MARTINS SOTERO DA SILVA, Publicado via DOE em 31.01.2013)

Ainda, segundo o entendimento do Desembargador Luís Carlos Cândido Martins Sotero da Silva, relator do Acórdão supra citado, tem-se:

“...Com efeito, a autoridade dos precedentes jurisprudenciais dos tribunais superiores é fundamental para a coerência da ordem jurídica, assim como para a tutela da previsibilidade e da confiança nos atos do Poder Judiciário.

A revogação da jurisprudência consolidada pode resultar em surpresa injusta àqueles que pautaram suas ações segundo os entendimentos jurisdicionais majoritários então vigentes. Dessa forma, imperiosa a modulação dos efeitos temporais da revogação dos precedentes emanados dos tribunais superiores.

Nesta esteira, considerando a segurança jurídica que deve nortear as relações jurídicas praticadas sob a égide dos precedentes da época, é que se deve atribuir efeitos prospectivos às mutações jurisprudenciais. Ao revés, se

conferido caráter retroativo, haveria de se falar, segundo interpretação analógica, perfeitamente aplicável à situação, diga-se de passagem, em violação ao art. 5º, XXXVI (“a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”).

Vale observar os ensinamentos do jurista Luiz Guilherme Marinoni, no artigo intitulado “Eficácia temporal da revogação da jurisprudência consolidada dos tribunais superiores”, publicado na Revista TST, Brasília, vol 77, n.º 3, julho/setembro 2011, in verbis:

“Porém, a técnica do prospective overruling tem a ver com a revogação de precedentes e não com a declaração de inconstitucionalidade. Quando nada indica provável revogação de um precedente, e, assim, os jurisdicionados nele depositam confiança justificada para pautar suas condutas, entende-se que, em nome da proteção da confiança, é possível revogar o precedente com efeitos puramente prospectivos (a partir do trânsito em julgado) ou mesmo com efeitos prospectivos a partir de certa data ou evento. Isso ocorre para que as situações que se formaram com base no precedente não sejam atingidas pela nova regra...” colocar como anexo o caso completo

A fundamentação colocada traduz a coerência da aplicação da Súmula, o que não vêm sendo observado no Tribunal Superior do Trabalho, consoante restará demonstrado.

5.4.2 Do atual entendimento e da ótica do Tribunal Superior do Trabalho

Remando contra o acima exposto, o atual entendimento do Tribunal Superior do Trabalho não acompanha o entendimento de prevalência da segurança jurídica, e em recente julgado rebateu alguns argumentos suscitados na presente tese.

A Ministra Dora Maria da Costa, em sede Acórdão de Embargos Declaratórios de prequestionamento de um caso prático²⁷, trouxe alguns fundamentos que justificam o entendimento posto.

Inicialmente, a Ministra entende que em casos de contratos encerrados anteriormente a edição da nova redação da Súmula não se aplica o princípio da irretroatividade das leis, uma vez que a súmula de jurisprudência, assim como a orientação jurisprudencial, são derivadas de precedentes predominantes em torno de uma determinada matéria e constituem a jurisprudência sedimentada do Tribunal, o que indica que, antes de serem editadas, já predominavam os precedentes no sentido do seu conteúdo.

²⁷ PROCESSO Nº TST-RR-167-18.2012.5.02.0001, 8 Turma. Ministra Relatora: Dora Maria da Costa. Acórdão publicado em 11/10/2013.

Afirma ainda que as súmulas editadas pelos Tribunais não se equivalem às leis, mas traduzem interpretação, em conformidade com os dispositivos legais ou constitucionais, acerca de determinada matéria, após reiteradas decisões em um mesmo sentido. Podem, então, perfeitamente servir de fundamentação para as decisões, conforme disposto no artigo 8º da Consolidação das Leis do Trabalho, o que está em dissonância com a invasão de competência e violação do art. 48 da Constituição Federal, suscitada anteriormente no presente trabalho.

Ressaltou ainda a D. Ministra que, constitucionalmente, tem o Poder Judiciário a competência privativa para interpretar e aplicar a legislação vigente, estando os Tribunais obrigados, por lei, a uniformizarem as suas decisões.

Assim, quando sumulam a jurisprudência, os Tribunais Superiores nada mais fazem do que sedimentar a interpretação e aplicação do preceito de lei aos casos que se identifiquem com os precedentes firmados. O verbete de jurisprudência nada mais é do que a síntese do trabalho de interpretação da lei, por aqueles Tribunais, inclusive da própria Constituição.

Entretanto, ainda continuamos sem resposta sobre a modulação dos efeitos da nova Súmula e a insegurança jurídica causada pela sua aplicação indistinta.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante a análise histórica posta em linhas alhures, depreende-se que a sociedade brasileira tem caminhado para uma relação mais igual e digna, com ampla influência dos direitos humanos em todos os ramos jurídicos, inclusive no Direito do Trabalho.

Tem se colocado de forma exacerbada e benéfica a importância do direito à vida, à saúde e à dignidade da pessoa humana. Observou-se ao longo do tempo que os trabalhadores conquistaram aos poucos direitos trabalhistas diretamente ligados aos direitos humanos, tal como melhores condições de trabalho, estabelecimento de limite de horário, entre outros.

Outro ponto importante no desenvolvimento histórico do direito laboral foi a igualdade entre sexos, que foi sendo aos poucos incorporada ao contrato de trabalho, uma vez que a mulher também passou a ter um papel fundamental na indústria.

No tangente à igualdade, pedimos vênua para transcrever a brilhante definição de Hans Kelsen: “a igualdade dos sujeitos na ordenação jurídica, garantida pela Constituição não significa que estes devam ser tratados de maneira idêntica nas normas e em particular nas leis expedidas com base na Constituição”.

A igualdade pura e simples não é concebível, pois seria absurdo impor a todos os indivíduos exatamente as mesmas obrigações, ou lhes conferir exatamente os mesmos direitos, sem fazer distinção alguma entre eles, como, por exemplo, homens e mulheres.

Com este ideal de igualdade, novamente o direito trabalhista passou a moldar-se em torno da máxima “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida em que eles se desiguam”, para então surgirem direito protecionistas femininos.

Um exemplo do supra exposto é a estabilidade no emprego, que veda a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, nos termos do artigo 10, inciso II, alínea b, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Entretanto, tal regra não protegia absolutamente tais empregadas gestantes, pois não abarcava os contratos de trabalho por prazo determinado.

Em absoluto e total anacronismo com o desenvolvimento histórico do Direito do Trabalho e a veia protecionista que vinha se firmando nos últimos séculos, o Tribunal Superior do Trabalho, com base na Orientação Jurisprudencial nº 196 da Seção de Dissídios Individuais de 2000, em 2005, editou o inciso III da Súmula 244, que trazia a seguinte redação:

“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.”

Tal orientação atestava que estes tipos de contratos não eram compatíveis com a estabilidade, vez que a extinção de tais contratos não aconteceria por meio de dispensa arbitrária ou sem justa causa, mas sim pelo término de seu prazo.

Ocorre que tal interpretação ia de encontro com o espírito da proteção constitucional, decorrente da dignidade da pessoa humana e da proteção à própria vida, porquanto tal amparo abrange não somente a empregada gestante, mas também a vida do nascituro. Deste modo, por se tratar de direito constitucional fundamental (artigos. 1º, III e 5º, caput, da Constituição Federal), deve tal norma ser interpretada de forma a conferir-se, na prática, sua efetividade.

Apesar de tal entendimento ter sido perpetuado na jurisprudência pátria de forma pacífica, alguns julgados surgiram levantando a questão de que a estabilidade provisória, advinda da licença maternidade, decorreria da busca pela priorização do ser humano, materializado na mulher gestante e seu nascituro, já que a manutenção do emprego em benefício da mãe é elemento fundamental à subsistência de ambos.

A garantia constitucional ultrapassa o interesse estrito da empregada gestante, uma vez que possui manifesto fim de saúde e de assistência social, não somente em relação às mães trabalhadoras, como também em face de sua gestação e da criança recém-nascida.

Na tentativa vã de reverter a cenário anacrônico imposto pelo entendimento adotado desde 2000 e consolidado em 2005, e tentando readaptar-se ao entendimento que vinha se consolidando, o Tribunal Superior do Trabalho achou por bem modificar sua jurisprudência consolidada, dando nova redação ao inciso III, da Súmula 244 do Tribunal Superior do Trabalho, para que a proteção à gestante, e conseqüentemente ao nascituro, abarcassem todas as modalidades de contratos por prazo determinado.

Maurício Godinho Delgado ainda aduz sobre o tema: "Sob a ótica da pessoa que vive do trabalho, em especial do trabalho empregatício, os direitos sociais são o principal instrumento de concretização dos princípios e regras constitucionais referentes à prevalência da dignidade da pessoa, da valorização do trabalho e do emprego, da submissão da propriedade privada a sua função social, da efetividade da justiça social e da democratização da sociedade civil"²⁸.

Tal entendimento demonstra que a interpretação constitucional das normas deve prevalecer, porquanto a proteção à maternidade e à criança advém do respeito, fixado na ordem constitucional, à dignidade da pessoa humana e à própria vida (art. 1º, III, e 5º, caput, da CF) tratando-se, portanto, de direito constitucional fundamental, que deve ser interpretado de forma a conferir-se, na prática, maior efetividade.

A par disso, cabia ao legislador primário abarcar no texto constitucional a proteção à mulher gestante, a fim de evitar os percalços originados na ausência de regulamentação expressa sobre o tema.

O Tribunal Superior do Trabalho não tem a legitimidade para legislar, tampouco sobre um tema delicado e de cunho tão constitucional, mas acabou por fazê-lo em duas oportunidades, em 2005 e em 2012, para consolidar entendimentos totalmente antagônicos, o que acabou por gerar diversas – e trágicas – consequências.

Inicialmente, com o primeiro entendimento de inexistência da estabilidade gestante para contratos por prazo determinado, milhares de mulheres ao longo dos anos se viram privadas de conferir aos seus filhos um início de vida digno.

Com a recente alteração em 2012 o cenário não foi melhor.

É indiscutível que o novo entendimento veio para somar com a legislação pátria, tão preocupada com os direitos fundamentais e à proteção à dignidade humana.

Mas a que custo?

O novo entendimento, que defere a estabilidade à mulher gestante mesmo em contrato a termo, imediatamente e indistintamente, passou a ser aplicado a todos os contratos - inclusive os já findados.

²⁸ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 11ª Edição, São Paulo: LTR, 2012, p. 547.

Ou seja, o empregador que em setembro de 2012, observando o entendimento consolidado pelo próprio Tribunal Superior do Trabalho, acabou por encerrar o contrato a termo com empregada gestante na data prevista, foi surpreendido com uma brusca alteração na definição do certo ou errado.

Este mesmo empregador, em outubro de 2012, já era julgado como transgressor da lei, por não ter observado o entendimento que fora reconsolidado, vale dizer, depois do término regular do contrato.

Neste passo, empregadores, que apenas cumpriram com as leis até setembro de 2012, foram surpreendidos com ações trabalhistas de ex-empregadas gestantes contratadas à título de experiência pleiteando a estabilidade. E para a surpresa e desespero dos empregadores, a estabilidade passou a ser deferida, mesmo aos contratos que foram findados antes da alteração sumular.

Salta aos olhos o absurdo que é a ausência de modulação dos efeitos e a insegurança jurídica causada por tal entendimento, uma vez que ao observar os ditames do entendimento outrora consolidado, acabaram por criar um passivo trabalhista antes inexistente.

Em conclusão ao tema aqui explanado, temos que (i) face aos princípios que norteiam a Constituição Federal, a estabilidade gestante merecia regulamentação constitucional; (ii) ante a ausência de regulamentação constitucional, o Tribunal Superior do Trabalho achou por bem consolidar entendimento acerca do tema, que fugia completamente do padrão histórico ao não conferir estabilidade gestante em contratos a termo; (iii) após a percepção do anacronismo deste entendimento, editou de maneira inconstitucional a súmula 244, que em seu inciso III passou a conferir estabilidade gestante para contratos com término definido; (iv) o novo entendimento, porém, foi aplicado de maneira descomedida, sem observar a data de corte da alteração, deferindo a estabilidade para contratos a termo findados antes da mudança no entendimento.

Ante o exposto, tem-se que, apesar de inconstitucional, a alteração sumular veio para somar com a vertente humana da legislação pátria, adequando-se aos princípios da dignidade humana e proteção ao trabalhador. Entretanto, sua aplicação de forma indistinta e desenfreada causou enorme insegurança jurídica aos empregadores ante a ausência da modulação dos efeitos.

BIBLIOGRAFIA:

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*, Coleção Saraiva de Legislação. São Paulo, Ed. Saraiva, 33ª ed.

_____. *Código Penal*, São Paulo, Ed. Saraiva, 2004.

BARROS, Alice Monteiro de. *A Mulher e o Direito do Trabalho* – São Paulo: LTr; 1995.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho* – São Paulo: LTr; 2011.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília, Editora e Livraria Brasília Jurídica, 1996.

CAMPOS, Erika de. *O mercado de trabalho; as questões de discriminação da mulher e a responsabilidade social da empresa*. Tese (Doutora em Direito) – Direito das Relações Sociais. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

DELGADO, Maurício godinho, *Curso de Direito do Trabalho*, 6ª edição – São Paulo: LTr, 2007.

DIAS, Edgar Santos Tavares. *O Direito do Trabalho e a Proteção do Trabalho da mulher*. Tese (Mestre em Direito) – Direito do Trabalho. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

KAFKA, Franz. *O Processo*. Ed. Companhia das Letras, São Paulo, 1997.

KLIPPEL, Bruno. *Direito Sumular Esquematizado – TST*. São Paulo: Saraiva, 2011

MARTINEZ, Luciano. *Curso de Direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do trabalho*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado. Parte Especial, Tomo VII*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1971.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Cursos de Direito do Trabalho: história e teoria geral do Direito do Trabalho: relações individuais e coletivas - 26ª edição – São Paulo – Saraiva, 2011.

PIOVESAN, Flávia, Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. São Paulo: Max Limonad, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988, 3ª edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

TORRES, Anita Maria Meinberg Perecin. A saúde da mulher e o meio ambiente do trabalho – São Paulo: LTr, 2007.

Site: <http://www.diputados.gob.mx/cedia/sia/spi/SPI-ISS-13-08.pdf> (Acesso em 23/12/2013 15h06min)

Site: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/articulos/123.pdf> (Acesso em 13/03/2014 às 07h12min)

Site: RESENDE, Ricardo. Gestante - estabilidade - contrato de experiência - TST vs. STF. Disponível em: <<http://direitodotrabalhoaprova.blogspot.com.br/2012/02/gestante-estabilidade-contrato-de.html>>. (Acessado em: 27/12/2013 às 11h42min).

Site: RIBEIRO, Henrique França. A estabilidade da gestante e a superação da Súmula 244 do TST. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3344, 27 ago. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/22487>>. (Acesso em: 26/12/2013 às 13h02min)

Site: GUERRA, Sidney. O princípio da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial. Disponível em: <http://fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista09/Artigos/Sidney.pdf> (Acesso em 27/12/2013 às 13h31min)

Site: SILVA, Guilherme Oliveira Castanho. Função social do contrato de trabalho como limite no ato de extinção contratual pelo empregador. Disponível em http://www.calvo.pro.br/media/file/colaboradores/guilherme_catanho_silva/guilherme_catanho_silva_funcao_social_contrato.pdf (Acesso em 03/01/2014 às 17h47min)

Site do Supremo Tribunal Federal: www.stf.gov.br

Site do Tribunal Superior do Trabalho: www.tst.gov.br