

**CENTRO UNIVERSITÁRIO TABOSA DE ALMEIDA – ASCES/UNITA
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO**

**A ESTABILIDADE DA GESTANTE NOS CONTRATOS POR PRAZO
DETERMINADO: ANÁLISE DA EFICÁCIA DA SÚMULA 244 NA
PROTEÇÃO AO TRABALHO DA MULHER**

MARIANNE DUARTE FREITAS DE BARROS

CARUARU-PE

2016

MARIANNE DUARTE FREITAS DE BARROS

**A ESTABILIDADE DA GESTANTE NOS CONTRATOS POR PRAZO
DETERMINADO: ANÁLISE DA EFICÁCIA DA SÚMULA 244 NA
PROTEÇÃO AO TRABALHO DA MULHER**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado ao Centro Universitário Tabosa de Almeida – ASCES/UNITA, como requisito parcial, para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação da Professora Esp. Marília Vila Nova.

CARUARU-PE

2016

BANCA EXAMINADORA

Aprovada em: __/__/____.

Presidente: Prof^a. Esp. Marília Vila Nova

Primeiro avaliador: Prof.

Segundo avaliador: Prof.

AGRADECIMENTOS

Agradeço e dedico o presente trabalho de conclusão de curso primeiramente a Deus, que me deu forças e sabedoria para chegar até aqui.

A minha família, que sempre torceu por mim, um beijo especial pra vocês. À Mainha, Cristiane Duarte, obrigada pelos puxões de orelha!

Aos meus amigos, que compreenderam a qualidade de finalista, escrevendo o TCC e pararam de me chamar para sair. E aos amigos que me levaram para desopilar depois de horas de escrita, esse também é pra vocês!(Risos)

A advogada e patroa Nicélia Dias que me ofereceu o escritório o qual estagio para que em total silencio, pudesse produzir e concluir o presente trabalho, muito obrigada!

A minha professora orientadora, que me direcionou muito bem, sempre com muita doçura e atenção obrigada Marília Vila Nova!

Quero aqui também transparecer o carinho e agradecimento ao dedicar este trabalho também as amigas que “passaram” por mim durante a minha trajetória no curso, e que por algum motivo, não estão se formando comigo, mas que são marcantes e indispensáveis para o meu crescimento enquanto estudante e ser humano.

RESUMO

A prosperidade da mulher ativa no mercado de trabalho fez com que o Estado se manifestasse a fim de determinar normas que assegurassem os direitos da mesma, de acordo com situações específicas, como por exemplo, o estado gravídico-puerperal. Assim, a legislação vigente visa abscindir para preservar sua seguridade seja na contratação de sua mão de obra, como na efetiva vigência de sua atividade laborativa. Partindo deste pressuposto, abarca-se o direito a estabilidade provisória da gestante como maneira protetiva de demissão arbitrária a fim de aplicar o princípio da dignidade da pessoa humana. O debate a respeito do tema é voltado para o indício de possibilidade da aplicação desse direito nos contratos por prazo determinado, embasado na Súmula 244 do Tribunal Superior do Trabalho, bem como possibilitar uma reflexão sobre a eficácia dessa proteção à figura da mulher e do nascituro.

PALAVRAS-CHAVE: Trabalho da mulher; Gestante; Estabilidade provisória da gestante; Contrato por prazo determinado.

RESUMEN

La prosperidad de la mujer activa en el mercado del trabajo hizo con que el Estado se manifestase con el fin de determinar normas que asegurasen los derechos de la misma, de acuerdo con situaciones específicas, como por ejemplo, el estado gravídico puerperal. Así, la legislación vigente visa abscondir para preservar su seguridad, sea en la contratación de su mano de obra, como en la efectiva vigencia de su actividad laboral. Partiendo de este presupuesto, engloba el derecho la estabilidad provisoria de la gestante como manera protectora de demisión arbitraria con el fin de aplicar el principio de dignidad de la persona humana. El debate a respecto del tema es vuelto para el indicio de posibilidad de la aplicación de ese derecho en los contratos por plazo determinado, basado en la sùmula 244 del Tribunal superior del trabajo, como también posibilitar una reflexión sobre la eficacia de esa protección de la figura de la mujer y del embrión.

PALABRAS CLAVE: Trabajo de la Mujer. Embarazada. Estabilidad del Embarazo. Contrato por plazo determinado.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	07
CAPITULO I - EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO TRABALHO FEMININO.....	09
1.1. Distinção entre o Homem e a mulher e a proteção ao trabalho.....	09
1.2. O avanço da proteção e legislação internacional e brasileira.....	11
1.2.1. Revolução Industrial.....	11
1.2.2. Criação de normas protecionistas.....	13
1.3. Etapas constitucionais de garantias elencadas na Constituição Federal..	20
CAPITULO II - ESTABILIDADE E GARANTIA EMPREGATÍCIA.....	22
2.1. O Princípio da proteção e sua eficácia na garantia de Direitos.....	22
2.2. Contrato de Trabalho.....	25
2.2.1. Conceito do contrato por prazo indeterminado.....	26
2.2.2. Conceito do contrato por prazo determinado.....	26
2.3. Garantia de Emprego X Estabilidade.....	28
2.4. Conceito de estabilidade empregatícia da gestante.....	29
CAPÍTULO III – ESTABILIDADE E PROTEÇÃO DO TRABALHO DA GESTANTE.....	32
3.1. Preconceito na admissão da mulher no mercado de trabalho e medidas antidiscriminatórias.....	32
3.2 Direitos da mulher na qualidade gestacional.....	36
3.3 Proteção da estabilidade da gestante nos contratos por prazo determinado.....	38
3.4 Aplicação da Súmula 244 do TST e seus efeitos.....	44
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	48
REFERÊNCIAS.....	49

INTRODUÇÃO

O presente trabalho de conclusão de curso lida com o crescimento da mulher no mercado de trabalho, trazendo assim, polêmica no âmbito trabalhista, pois tem como enfoque a estabilidade que a gestante goza no contrato por prazo determinado.

São utilizados para a ativação do direito, a admissibilidade da estabilidade da gestante, mesmo em face de contratos a prazo. Este se dá pelo princípio da proteção ao trabalho da mulher, buscando-se analisar o crescimento desta e a evolução do Direito do Trabalho, de acordo com a aplicação, no que se refere ao objeto pleiteado.

Assim, foi realizado um aprofundamento do histórico evolutivo, além de contextualização metodológica e doutrinária acerca de decisões jurisprudenciais. Como também o estudo sobre artigos e livros que explanam o referido contexto do presente trabalho.

Sendo este direito aplicável pela Súmula 244 do Tribunal Superior do Trabalho e com garantias protetivas que vinculam o efeito de seus direitos e garantias normatizadas pela legislação.

Desta maneira, tem sua temática voltada para o âmbito trabalhista, sendo na: estabilidade provisória da gestante nos contratos por prazo determinado.

Embasado sobre o posicionamento do Tribunal Superior do Trabalho, por meio da Súmula 244, objetiva uma reflexão crítica a certa do entendimento sumulado.

No primeiro capítulo, de antemão é feita uma prévia revisão sobre a inevitável distinção entre o homem e a mulher, e evolução histórica do trabalho feminino, além do avanço legislativo e a contribuição da Revolução industrial para o Direito do Trabalho, a fim de compreender as mudanças ocorridas ao longo do tempo e a influencia que existiu para definir o que hoje é pleiteado.

No segundo capítulo, vem o instituto estábilatório e a garantia empregatícia, embasado no principio da proteção e nos tipos de contrato, com ênfase no contrato por prazo determinado que é o foco do presente trabalho, juntamente com a estabilidade da gestante que é o objeto tratado e assim, expor a estabilidade que a grávida goza a partir do momento que é diagnosticado este estado.

Subsequentemente no terceiro capítulo, por fim, é feito o enfoque conceitual e esclarecedor sobre a estabilidade que esta tem direito, além de caracterizar a proteção do trabalho da mulher, principalmente enquanto gestante, como também explanar o preconceito que atualmente há no mercado de trabalho, enfatizando as medidas antidiscriminatórias, priorizando a análise de forma crítica, no caso específico desta, uma vez que seja empregada contratada sob forma de contrato por prazo determinado, além de esclarecer a aplicação da Súmula 244 do Tribunal Superior do Trabalho.

CAPITULO I - EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO TRABALHO FEMININO

1.1. Distinção entre o Homem e a mulher e a proteção ao trabalho

Desde o princípio que as desigualdades existem no mundo, inclusive, os grupos sociais eram fundamentalmente estabelecidos por meio de divisão. As leis que regiam a sociedade não possuíam cunho homogêneo, uma vez que, as pessoas não eram consideradas iguais, graças à distinção gerada pelas atribuições realizadas pela coletividade.

Já entre os gêneros, a disparidade era tão gritante que vem estampada por exemplo, no livro didático de história escrito por Cotrim, a fim de informar ao estudante a caracterização da submissão caracterizada pela mulher ao parceiro “os homens controlavam as suas mulheres quase tanto quanto seus filhos”.¹

As mulheres tinham na sua educação a base para manter a perfeição na meta de estabelecer um vínculo familiar com objetivo de casar e procriar, deviam assim, ser mais educadas que instruídas, aprendiam a desenvolver as atividades domésticas a fim de obter um pretendente.²

Esta distinção entre o homem e a mulher está enraizada desde os primórdios da origem humana, e lamentavelmente, embora haja modificações na sociedade em que vivemos (adaptações no estilo de vida, direitos adquiridos e pleiteados frente a dispositivos legais, ideologias sociais relacionadas com a diversidade humana de vivência, entre outras) ainda há superveniência com relação à mulher no mercado de trabalho, sendo esta, luta constante das mesmas a fim de manter a homogeneidade sobre os gêneros.

É válido lembrar que desde o início da sociedade a figura da mulher sempre esteve associada como sexo frágil, sendo assim, produto do homem, pois vivia a mercê do mesmo, tinha suas atribuições relacionadas a atividades do lar, pois sua capacidade física era de menos valia.

As mulheres, ao nascerem, já eram educadas com o perfil direcionado e traçado para ser uma boa esposa e dona do lar, sempre com a intenção de

¹ COTRIM, Gilberto. **História Global Brasil e Geral**. Volume Único. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 257

² OST, Stelasmari. **Mulher e Mercado de Trabalho**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6088>. Acesso em 23/08/2016.

satisfazer ao poder da figura masculina. A mesma era designada somente aos trabalhos domésticos, pois cuidava dos filhos e da casa, enquanto que o “primata” tratava das atividades laborais que resultavam de maior serventia e vigor.

Esta condição de submissão feminina está contida até nos preceitos religiosos, relatados inclusive no texto bíblico, que atravessa séculos de existência até os dias atuais, como na passagem contida em EFÉSIOS 5:22 que diz: “*Vós, mulheres, sujeitai-vos a vossos maridos, como ao Senhor,*”³

A caracterização da mulher tinha cunho expresso e demonstrativo referente a sua incapacidade perante o homem a fim de propor sua menos valia quanto à figurado mesmo. Sendo assim, esta conduta o reflexo demonstrativo de uma sociedade claramente desigual e machista, onde as atribuições mais necessárias para a subsistência familiar dependia apenas do trabalho masculino.

Com o desenvolvimento da sociedade, para manter uma família, foi necessária maior exploração dos bens disponíveis, assim, as questões políticas também se estreitaram com disputas de poder entre monarquia, parlamento, sendo reflexo inclusive na religião e em seus contribuintes.⁴

Houve revoluções com disputa de poder a fim de garantir as aquisições sociais, além de territoriais, e enquanto estas eram realizadas, os combatentes que saiam para resolvê-las logicamente eram os homens, por serem os detentores de virilidade e força, o que acabou resultando na mulher a frente da estrutura familiar, com todas as atribuições necessárias para o cuidado da mesma, uma vez que os homens saiam para lutar e defender a pátria. .

A mulher passou ter maior espaço na renda familiar, sendo assim designada a atividades que antes não lhe competiam, mantendo o crescimento e ocupando espaços que antes eram somente de atribuição masculina. Com a inicialização da revolução industrial e o surgimento da máquina a vapor, passou a ser acentuada uma diminuição do desnível entre a capacidade laboral dos gêneros, uma vez que o manuseio do maquinário passou a necessitar de menor força capacitiva.⁵

Desta forma, para obter o sustento familiar, as mulheres passaram a interagir de maneira continua na efetivação do trabalho, pois eram elas quem ficavam responsáveis muitas vezes pela família, quando seus maridos saiam de casa pelos

³ EFESIOS: In: **A Bíblia**: 50ª ed. Rio de Janeiro: Imprimatur, 2001. p. 1380.

⁴ COTRIM, Gilberto. **História Global Brasil e Geral**, Volume Único. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 263.

⁵ FRANCO DE SOUSA FILHO, Georgenor. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: 1 ed. LTr, 2015. p. 262.

motivos listados anteriormente ou por outros quaisquer. Assim, a sua ascensão acabou tomando força e sendo extremamente necessária para o desenvolvimento social.⁶

As fêmeas além de estarem lideradas pela a vontade de ajudar a família, passaram a enxergar a oportunidade como forma de mudar a estrutura preconceituosa e taxativa quanto a sua capacidade laboral, fato que acabou sendo culminado com o crescimento de suas atribuições. Acabaram por ser impulsionadas pela arrecadação de produtos e serviços que teve conjuntura com a resultante evolução da sociedade, por esse motivo, o trabalho coletivo dos entes familiares se fez de suma importância, independentemente de seu gênero, muitas vezes agora liderado pela mulher, a fim de ter caráter utilitário para a manutenção da subsistência familiar.⁷

Foi no século XIX, que as primeiras normas protetivas foram criadas em benefício da mulher, sendo esta caracterizada pelo aumento da mão de obra feminina demandada pela Revolução Industrial. Assim, cada Estado passou a se preocupar internamente com o trabalho feminino, pois este se baseava nos aspectos fisiológico (onde em relação ao homem a mulher possuía menor resistência) e social (relacionado à defesa familiar como responsável pelo lar).⁸

1.2. O avanço da proteção e legislação internacional e brasileira

1.2.1. Revolução Industrial

A aplicabilidade da conduta social arcaica passou a se moldar com o decorrer das décadas e assim, ultrapassou os limites históricos, pois a sociedade tem como característica principal a incessante transformação. Desta maneira, o direito passou a tomar seu lugar na sociedade, com propósito de agir como medida solucionadora e posteriormente protetiva sobre os conflitos que existiam, tornando-os dissolutivos,

⁶ PROBST, Elisiana. **A evolução da mulher no mercado de trabalho**. Disponível em: <<http://www.rhportal.com.br/artigos-rh/a-evolucao-da-mulher-no-mercado-de-trabalho/>>. Acesso em: 23/08/2016.

⁷ PROBST, Elisiana. **A evolução da mulher no mercado de trabalho**. Disponível em: <<http://www.rhportal.com.br/artigos-rh/a-evolucao-da-mulher-no-mercado-de-trabalho/>>. Acesso em: 23/08/2016

⁸ FRANCO DE SOUSA FILHO, Georgeton. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: 1 ed. LTr, 2015. p. 262 e 263.

para que assim, houvesse o bem estar comum.⁹

Com o crescimento do capitalismo, no século XIX, várias mudanças ocorreram, quanto à produção e organização do trabalho, tanto feminino quanto masculino. Juntamente com essas mudanças, vieram o desenvolvimento tecnológico e a necessidade de mão de obra para manuseio dos novos equipamentos industriais que estavam sendo inseridos para o trabalho, como era o caso das máquinas.¹⁰

A administração dos pactos laborais veio em curso com a Idade Média e juntamente ao início dos tempos modernos, quando começou a Revolução Industrial, a mesma foi determinativa quanto à distinção do trabalho, uma vez que a mulher logicamente tem “menos força” que o homem. Tal fator influenciou quanto ao desnível do trabalho exercido no manuseio do maquinário das fábricas, atividade que necessitava de trabalho muitas vezes braçal.¹¹

Assim, caracterizou-se a capacidade distintiva de enxergar força trabalhista dos gêneros (feminino e masculino) relacionado ao manuseio da máquina a vapor, elemento de suma importância para manter as grandes fábricas.

Esta etapa foi decisiva para iniciar o processo de exploração do trabalho feminino, pois as mulheres estavam dispostas a se manterem trabalhando, pois estas precisavam garantir a manutenção das necessidades familiares, enquanto que os empregadores estavam preocupados em “sugar” a mão de obra barateada. Por esse motivo, os donos das fábricas passaram a contratar cada vez mais a mulher para o seu negócio, não por inserção da mesma no mercado de trabalho, mas com finalidade de explorá-la, uma vez que estas as contratavam por salários mais baixos, além de dobrarem a carga horária trabalhada, para que elas trabalhassem mais e ganhassem menos que os homens.

De fato, mulheres trabalhavam nas fábricas por razões bem mais rotineiras. Dra. Hewitt enumera-as: muitas mulheres trabalhavam porque “os salários de seus maridos eram insuficientes para sustentar o lar”; outras eram viúvas ou abandonadas; outras eram estéreis ou tinham filhos crescidos; algumas tinham maridos que eram desempregados, ou empregados em empregos sazonais; e

⁹ DE SOUZA RIBAS, Alexandre. TAQUES, Silvana. **A problemática do desemprego: as grandes mudanças no mercado de trabalho e os impactos no futuro do empregador**. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=845>> Acesso em: 24/08/2016.

¹⁰ HELENA DO NASCIMENTO, Regina. **Breve histórico da organização do Trabalho**. Disponível em: <<http://www.hospvirt.org.br/enfermagem/port/orgtrab.html>>. Acesso em: 24/08/2016.

¹¹ COTRIM, Gilberto. **História Global Brasil e Geral**, Volume Único. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 275, 276.

algumas poucas decidiram trabalhar para ganhar dinheiro para confortos extras em casa, embora os salários de seus maridos fossem suficientes para cobrir as necessidades.¹²

Em meados deste mesmo século, na Europa, houve a necessidade de prever normas que assegurassem a proteção da mulher, introduzindo melhores condições para o trabalho que fosse igualitário e proporcional quanto às necessidades dos gêneros trabalhistas, onde o empregador estava vedado de permanecer oferecendo condições de trabalho insalubre e perigoso, além de garantir a estabilização das horas trabalhadas, *repouso não remunerado às gestantes e proibindo-as de carregar objetos pesados*, entre outras garantias.¹³

1.2.2. Criação de normas protecionistas

No Brasil, a primeira norma protecionista para assegurar os direitos da mulher foi o Decreto n. 21.417-A, em 17 de maio de 1932, decorrente de projeto do Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio, Lindolfo Collor, registrando que:

Os salários, as condições e o horário de trabalho variam, não só de atividade como, também, de região para região. Reduzido a £ 800 no extremo norte, nos castanhais ou na separação de sementes oleaginosas, o trabalho feminino tem remuneração que chega a ser dez vezes menor nas fábricas do centro do país, predominando, em regra, o dia de oito horas de trabalho¹⁴.

Assim, de acordo com o decreto, cada Estado tinha a peculiaridade de se resolver internamente sobre os aspectos fisiológicos e sociais referentes ao trabalho feminino, sendo estes caracterizados com observância na menor resistência laborativa da mulher em relação ao homem.

Houve inclusive, na então Constituição de 1932, as seguintes seguridades legais que determinavam:

¹² Ibid., pp. 192, 194.

¹³ SILVA. Itatiara Meurilly Santos. **Princípio da igualdade e do trabalho da mulher**. Âmbito jurídico. Disponível em < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6731>. Acesso em 22/04/2016.

¹⁴ BRASIL. Constituição (1932). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1932.

Sem distinção de sexo, a todo trabalho de igual valor deveria ter correspondente salário igual; vedava-se o trabalho feminino das 22 horas às 5 da manhã; estava também disposta na lei, a proibição do trabalho da mulher grávida durante o período de quatro semanas antes do parto e quatro depois; além de ficar expressamente proibido despedir mulher grávida pelo simples fato de sua gravidez.¹⁵

Embora tenha havido muitas conquistas, algumas formas de exploração perduraram durante muito tempo, pois a procura por emprego era muito grande, gerando concorrência, por parte das mulheres. Além disso, como as normas eram “novas” era comum não haver fiscalização da vigência destas, mesmo que ativas, tão pouco questionamento quanto aos direitos adquiridos, até porque muitas vezes, as mulheres não tinham o menor conhecimento das proteções adquiridas, além de terem receio do que os empregadores poderiam fazer contra elas, se denunciados. Tudo isso por priorizar o vínculo com finalidade de assegurar o seu trabalho para custear as necessidades familiares.¹⁶

A falta de protesto dos direitos gerava comodidade da parte dos contratantes e as mulheres continuavam, por exemplo, a trabalhar em jornadas fatigáveis que variavam de quatorze a dezoito horas diárias, pois elas muitas vezes, tinham jornada duplicada, além de continuarem recebendo diferenças salariais gritantes e que não correspondiam com as horas trabalhadas, situação completamente dissemelhantes da dos homens.

A justificativa do empregador para esta conduta era o grande acesso a mão de obra feminina que por concorrência e necessidade se sujeitava a tais condições irrisórias de trabalho.

Os empregadores inclusive insistiam no fato de que o homem é que deveria trabalhar para sustentar a família e conseqüentemente a mulher, e por esse motivo, não havia necessidade dela ganhar um salário equivalente ou superior ao mesmo. Era como se o trabalho da mulher fosse apenas para gerar “um extra” a renda familiar, por ser considerado de menos valia para a sociedade.

Muitas vezes o salário recebido pela mulher era que garantia a subsistência familiar . A mulher, inferiorizada, possuía o mínimo de direitos possíveis, e por este motivo, viu-se a necessidade de garanti-la os direitos trabalhistas, além de outros.

¹⁵ BRASIL. Constituição (1932). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1932.

¹⁶ FILHO, Georgeton de Sousa Franco. **Curso de direito do trabalho**. 1 ed. São Paulo: LTr, 2015. p. 263 e 264.

Ainda, Nascimento diz que “A indústria tirou a mulher do lar por 14, 15 ou 16 horas diárias, expondo-a a uma atividade profissional em ambientes insalubres e cumprindo obrigações muitas vezes superiores às suas possibilidades físicas”.¹⁷

A mulher se manteve firme, não desistiu, e mesmo com discriminação, esteve determinada a buscar aperfeiçoamento para o trabalho laboral, não só o regido pela força, mas por meio da qualificação, e pelo estudo, ramos que a fizeram crescer intelectualmente, assim, passou a ser conhecedora de seus direitos com a ajuda dos artifícios legais que os asseguravam.¹⁸

O crescimento feminino no mercado de trabalho tem característica exponencial. Essa ascensão existe em vários países, inclusive vem chamando atenção no Brasil, por ser 41% da força de trabalho total do país, graças à mão de obra especializada e competência da mulher. Segundo dados do Portal do Brasil (www.brasil.gov.br) atualmente, as brasileiras são responsáveis pelo sustento de cerca de 37,3% das famílias, além de ocuparem cada vez mais espaço no mercado de trabalho e viverem mais.¹⁹

As porcentagens reveladas anteriormente demonstram a luta contínua por espaço e reconhecimento, como também a falência diária dos modelos de civilização arcaicos, que anteriormente definiam que os cargos trabalhistas deveriam ser preenchidos exclusivamente por requisitos da atividade laboral masculina.

É fato que muitos dos cargos ainda a frente de grandes empresas possuem continuidade com a projeção do homem no comando, mas sabemos que o mundo permanece em constante mudança e adaptação para se moldar a atualidade e a capacidade da mulher vem sendo evidenciada, pois a mesma está conquistando seu espaço também à frente de grandes cargos de confiança.

Segundo afirma sabiamente em um de seus artigos para o site RH portal, a escritora Elisiana Probst, demonstra de forma clara e precisa o caráter evolutivo feminino:

Hoje o perfil das mulheres é muito diferente daquele do começo do século. Além de trabalhar e ocupar cargos de responsabilidade assim como os

¹⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito do Trabalho. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 931.

¹⁸ PROBST, Elisiana. **A evolução da mulher no mercado de trabalho**. p. 13. Disponível em: <<http://www.rhportal.com.br/artigos-rh/a-evoluo-da-mulher-no-mercado-de-trabalho/>> Acesso em: 15/04/2016, as 19:01.

¹⁹ PROBST, Elisiana. **A evolução da mulher no mercado de trabalho**. p. 13. Disponível em: <<http://www.rhportal.com.br/artigos-rh/a-evoluo-da-mulher-no-mercado-de-trabalho/>> Acesso em: 15/04/2016, as 19:40.

homens, ela aglutina as tarefas tradicionais: ser mãe, esposa e dona de casa. Trabalhar fora de casa é uma conquista relativamente recente das mulheres. Ganhar seu próprio dinheiro, ser independente e ainda ter sua competência reconhecida é motivo de orgulho para todas.²⁰

O reconhecimento feminino frente ao mercado de trabalho vem sendo evidenciado claramente pelo seu crescimento e capacidade. Não só pelo trabalho, mas também com o acúmulo de tarefas que ela consegue se dispor a fazer com êxito, como fora relatado anteriormente. Por este motivo, elas passaram a se unir em prol de seus objetivos em comum, a fim de tornar “a luta” mais consistente, pela homogeneidade dos gêneros e pela sua qualidade como ser humano que necessita de oportunidade para estabelecer.

Atualmente existem várias formações de defesa ao Feminismo, dirigido pelas próprias mulheres, sendo assim um movimento político, filosófico e social que defende a igualdade de direitos entre mulheres e homens. As mulheres que lutam pelos seus direitos são intituladas “feministas”, elas desejam a igualdade de gênero, a fim de combater as discriminações sofridas pela mulher.²¹

Desta maneira, a fêmea tem direitos resguardados a tratamento preferencial no trabalho favorecido somente em momentos referentes à maternidade (durante a gestação, ao parto e a amamentação de seu filho), o que é bastante pertinente, uma vez que só a mesma possui a qualidade de gerar uma vida e passar pelas alterações que o estado impõe.

Segundo afirma o autor Gustavo Filipe Barboza Garcia, em seu livro Curso de Direito do trabalho:

A proteção, em seu sentido mais tradicional, deve ficar restrita ao estado de gestante e de maternidade da empregada, em que a mulher deve receber tratamento especial, condizente com esse relevante momento de sua vida. Em razão da importância, para toda a sociedade, de que a mulher tenha o seu filho em condições favoráveis, bem como possa cria-lo da melhor forma, a legislação trabalhista (...) deve estabelecer normas que assegurem os referidos objetivos. Com isso, atualmente, o fundamento das disposições de proteção, em sentido estrito, do trabalho da mulher, fica localizado no estado de gestante e de maternidade.²²

²⁰ PROBST, Elisiana. **A evolução da mulher no mercado de trabalho**. p. 13. Disponível em: <http://www.rhportal.com.br/artigos-rh/a-evolucao-da-mulher-no-mercado-de-trabalho/>. Acesso em: 17/04/2016, as 09:18.

²¹ MARQUES, Rafaela. **O que é feminismo?**. Carta Capital. Disponível em < <http://www.cartacapital.com.br/sociedade/o-que-e-feminismo-2198.html>>. Acesso em: 17/04/2016, as 11:10.

²² GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p.1057.

Assim, de acordo com o entendimento acerca do texto supracitado, é de origem legal a proteção a gestante e a maternidade da empregada. É válido ressaltar, que as medidas protetivas podem gerar discriminação na hora da contratação da mulher. Uma vez que este contrato de trabalho possui restrições que asseguram os direitos da mulher principalmente quando ela está grávida.

De antemão é válido ressaltar que medidas antidiscriminatórias devem ser tomadas. Tais medidas possuem características positivas e negativas, as positivas definem-se pela necessidade de correção de uma desigualdade de fato, onde o princípio protetor está associado à condição feminina de gravidez e maternidade. Enquanto que a negativa, está disposta na proibição do salário do homem ser maior que o da mulher.²³

Devido à necessidade de resguardar os direitos e acabar com a discriminação contra a mulher, foi criado no Brasil, o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher (Lei n. 7353, de 29.08.1985), vinculado ao Ministério da Justiça em seu art. 2º, objetivando assim, a eliminação das diferenças existentes, dando liberdade e igualdade de direito, garantindo as mesmas a qualificação plena em atividades políticas, econômicas e culturais. Houve também a criação da Lei n. 9.029/1995, que caracteriza como crime passível de pena de detenção de um a dois anos cumulada com multa, o empregador que tiver prática discriminatória na contratação da mulher, cobrando exigência de comprovação de procedimento de esterilização ou estado de gravidez, como também a indução ou instigamento de esterilização genética promoção do controle de natalidade, como também aconselhamento para o feito.²⁴

Deverá ser independente a opção familiar da mulher e se o empregador agir com intromissão, poderá a empregada pleitear perante a justiça do trabalho a medida sancionadora de tal comportamento.

Na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), à proteção a maternidade esta contida nos arts. 391 a 400 da Lei n. 8213/1991 estando dispostas as garantias relacionadas ao tema abordado.²⁵

²³ DE SOUZA FRANCO FILHO, Georgenor. **Curso de direito do trabalho**, 1 ed. São Paulo: LTr, 2015. p. 267 e 268.

²⁴ DE SOUZA FRANCO FILHO, Georgenor. **Curso de direito do trabalho**, 1 ed. São Paulo: LTr, 2015. p. 268.

²⁵ DE SOUZA FRANCO FILHO, Georgenor. **Curso de direito do trabalho**, 1 ed. São Paulo: LTr, 2015. p. 269

Vem disposto, por exemplo, que não é caracterizado como motivo justo a rescisão contratual por causa de matrimônio ou por motivo de gravidez. Desta forma, é vedada todos os tipos de restrições à mulher enquanto trabalhadora, se os mesmos se derem por causa do casamento ou pelo seu estado gestacional. Posto isto, a confirmação de gravidez, estabelecida durante a vigência do contrato, mesmo em casos de aviso prévio, tanto trabalhado como também indenizado, fica estabelecido para a gestante sua estabilidade provisória, com todas as garantias e direitos pleiteados.

Já a garantia da licença-maternidade é de 120 (cento e vinte) dias, sem que seja afetado tanto o vínculo empregatício, como o seu salário. Sendo esta conduta com notificação ao empregador, por meio de atestado médico, que deverá conter a data inicial do afastamento empregatício, que poderá acontecer entre o 28º (vigésimo oitavo) dia que precede o parto ou de sua possível data.²⁶

Assim como, fica assegurada a lactante os períodos decorrentes de repouso, tanto antes, como depois do parto, que podem ser aumentados com apresentação do atestado médico. Se houver a antecipação da concepção, a mulher terá direito a 120 (cento e vinte) dias. Das garantias empregatícias, enquanto gestante, é válido ressaltar que não poderá a mesma de maneira alguma ter prejuízo salarial e se assim provar necessário, a mesma poderá ter transferência de função, quando as condições de saúde se fizerem necessárias, ficando a mesma assegurada de poder voltar a função que antes exercia, quando for retomar sua atividade laboral. Terá também assegurada mesmo com jornada de trabalho, a dispensa pelo tempo que for preciso para fazer no mínimo seis consultas médicas e exames complementares para garantir a saúde tanto dela como do bebê.²⁷

Garante que a mulher direito ao gozo do salário integral que lhe é devido e, quando for este, estabelecido de forma variável, deverá o mesmo ser calculado baseado nos 6 (seis) últimos meses de trabalho, assim como os direitos e vantagens adquiridos pela mesma, sendo-lhe ainda facultado reverter à função que anteriormente ocupava se lhe for cômodo.

²⁶ DE SOUZA FRANCO FILHO, Georgenor. **Curso de direito do trabalho**, 1 ed. São Paulo: LTr, 2015. p. 268.

²⁷ SCHIFINO, Bruna Scarabelot Viegas. **Artigo A proteção ao trabalho da mulher**. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-protecao-ao-trabalho-da-mulher,54004.html>>. Acesso em: 20/05/2016 às 01:20

Resta claro que ao apresentar atestado médico a seu empregador, a mulher grávida, tem a escolha de romper o acordo referente a qualquer contrato de trabalho, desde que este não seja prejudicial a sua condição gestacional.

Referente ao período de lactação, a mulher terá o direito, para amamentar o próprio filho, até que este complete 6 (seis) meses de idade, fazê-lo, durante a jornada de trabalho, a 2 (dois) descansos especiais, de meia hora cada um. Tendo em vista a seguridade da amamentação. De acordo com a saúde do bebê, é que este período pode ser dilatado, sendo esta decisão aplicada por autoridade competente para fazer.²⁸

Como também o que está disposto na Sumula 244 do Tribunal Superior do Trabalho:

GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA (redação do item III alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012

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.²⁹

As medidas supracitadas tanto da CLT, elencadas nos artigos 391 a 400 da Lei n. 8.213/1991) como as contidas na Sumula 244 do TST, visam assegurar as normas de caráter correspondente a estabilidade provisória da mulher enquanto gestante e em seu período lactante, visando não apenas a qualidade humana da mulher, como a da criança.

Deve-se lembrar que a igualdade dos gêneros deve ser mantida, a única ressalva em prol da mulher continua sendo à proteção do estado gravídico e da maternidade, sendo sagrado para a procriação da espécie. Apenas com a conscientização social e aderência a conduta homogenia, poderá a sociedade se modificar e assegurar a uniformidade dos gêneros.

²⁸ SILVESTRIN, Soluções em RH. **Período de Amamentação e prorrogação da licença maternidade**. Disponível em: <<http://www.silvestrin.com.br/silvestrin/trabalhista-e-previdenciario/periodo-de-amamentacao-e-prorrogacao-da-licenca-maternidade/>>. Acesso em 25.08.2016

²⁹ **GESTANTE ESTABILIDADE PROVISÓRIA** (redação do item III alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012.

1.3. Etapas constitucionais de garantias elencadas na Constituição Federal

Essencialmente, na atualidade, os requisitos preocupantes a favor do trabalho feminil gira em torno da igualdade salarial, e da proteção à maternidade.

No Brasil, essas garantias foram conquistadas com o decorrer das adaptações constitucionais estabelecidas pelos legisladores. Desta forma, delimitou seu espaço de direitos salvaguardados e necessários a mulher, como por exemplo, as citadas abaixo:

A consagração da mulher enquanto trabalhadora se deu na Constituição de 1934, além da proibição de diferença salarial referente a um mesmo trabalho, garantia de assistência à maternidade, vedação de trabalho insalubre que incumbia às mulheres o designo dos serviços de amparo à maternidade e a infância, ao lar e ao trabalho feminino, a fim de fiscalizar e orientar o mesmo.

Já na Carta outorgada de 1937 houve a conservação da proibição de trabalho insalubre e a garantia das necessidades médicas e higiênicas especiais da gestante, incluindo o repouso remunerado antes e depois do parto.

A Constituição de 1946 lidou com a isonomia salarial, além do descanso remunerado antes e depois do parto com a garantia do emprego, cuidou da assistência sanitária, da seguridade previdenciária para a maternidade e vedou o trabalho insalubre. Se tratando das regras sobre o trabalho da mulher (com observância na proibição de distinção salarial e critérios para contratação além de garantias contra o trabalho insalubre), a Constituição de 1967 também teve como finalidade a proteção as gestantes, e a condição materna, aposentadoria aos 30 anos de trabalho realizados e, no caso de ser professora, tal aposentadoria ocorreria aos vinte e cinco anos referentes ao exercício do magistério.

Já a CLT veio um pouco depois, a fim de garantir assim, proibição de trabalho no turno da noite em empresas ou em atividades industriais, controlar o cumprimento da jornada diária, sendo esta determinada com oito horas, podendo ser prorrogadas a título de combinação entre empregada e empregador, além de ter como bônus pela hora extra, o também pagamento extra deste, além de manter e atenuar a proibição do trabalho em atividades perigosas, insalubres e penosas, como as realizadas em subterrâneos, minas e subsolo, pedreiras, sejam elas mantidas em construção pública ou particular, como também a proteção especial dada a circunstancia da maternidade.

A nossa atual Constituição, a referida ao ano de 1988 teve como característica moldar e manter a solidificação das inovações referentes aos direitos já adquiridos pelas Cartas Magnas anteriores, sendo complementada com normas que regem a sociedade trabalhista atual, sendo assim, integradas por súmulas do Tribunal Superior do Trabalho – TST, e pelas leis que regem a Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT que serão elencadas posteriormente.³⁰

Algo bastante pertinente é falar sobre o que está disposto, por se tratar de direito constitucional fundamental (arts. 1º, III e 5º, *caput*, da CF), no que tange a dignidade da pessoa humana e sua igualdade. Como também mencionar o artigo 113, I, da Constituição Federal vigente, a do ano de 1988, onde está disposto a seguridade que esta mesma lei irá se servir dos órgãos da justiça do trabalho, a fim de consolidar a proteção trabalhista. Assim, além de derrogar os dispositivos consolidados, vale ressaltar as garantias fundamentais às mulheres, qualidades estas que são de cunho próprio, que as diferencia especificamente do homem, graças a sua condição gestacional, sendo estas vigentes no ordenamento jurídico atual, que são três - licença-maternidade, garantia de emprego e proteção do mercado de trabalho – elencadas abaixo:

1) Licença maternidade (Art. 3º, 2): garantia de poder tirá-la sem ter prejuízo com o vínculo empregatício e no salário recebido, com duração de 120 dias, sendo superior ao prazo previsto na Convenção n. 103 da OIT, que é de 12 semanas.

2) Garantia de emprego (Art. 10, II, b do ADCT): sendo assegurada à gestante, com vedação a dispensa arbitrária ou sem justa causa, do momento em que se descobriu a gravidez até os cinco meses após o parto. Garantia automática, preservada no ato da descoberta gravídica.

3) Proteção do mercado de trabalho (Art. 7º, n. XX): que se importa com o aumento do custo da mão de obra da mulher, prejudicando seu ingresso no mercado de trabalho, tendo como medida protetiva igualar os custos da mão de obra de ambos os gêneros, sem distinção ou qualificação entre o homem e a mulher.³¹

³⁰ DE SOUZA FRANCO FILHO, Georgeton. **Curso de direito do trabalho**, 1 ed. São Paulo: LTr, 2015. p. 266 a 267.

³¹ **Portal Brasil**. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/saude/2011/10/conheca-alguns-direitos-da-mulher-gravida>>. Acesso em 16/07/2016 às 16:40.

CAPITULO II – ESTABILIDADE E GARANTIA EMPREGATÍCIA

2.1. O Princípio da proteção e sua eficácia na garantia de Direitos

Vários são os princípios que norteiam o direito do trabalho. Eles possuem caráter fundamental para a ciência jurídica, uma vez que norteiam as funções a fim de estabelecer as diretrizes das relações laborais. Seguindo esta sistemática, a melhor tradução para a caracterização dos princípios apresentada pela doutrina é o que elenca o renomado escritor Miguel Reale:

Um edifício tem sempre suas vigas mestras, suas colunas primeiras, que são o ponto de referência e, ao mesmo tempo, elementos que dão unidade ao todo. Uma ciência é como um grande edifício que possui também colunas mestras. A tais elementos básicos, que servem de apoio lógico ao edifício científico, é que chamamos de princípios, havendo entre eles diferenças de distinção e de índices, na estrutura geral do conhecimento humano.³²

Assim, os princípios podem ser caracterizados como fundamentais às resoluções jurídicas, uma vez que solidificam um conjunto que esta de acordo com os conceitos proporcionais do âmbito jurídico.

Diante o exposto, restam as palavras de Mauricio Godinho Delgado, que exprime bem o supracitado: “Em conclusão, para a Ciência do Direito os princípios conceituam-se como proposições gerais que informam a compreensão e aplicação do fenômeno jurídico e que, após inferidas, a ele se reportam, informando-o”.³³

Assim, é importantíssimo comentar que para a resolução jurídica a aplicação dos princípios está prevista no artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que diz que quando “a lei for omissa, o juiz deve decidir o caso de acordo com a analogia, os costumes e os *princípios gerais de direito*”.³⁴

O art. 6º da Constituição federal elenca os direitos sociais, assim como a proteção à maternidade e à infância. O princípio da proteção tem por fundamento ser o pilar que ampara as resoluções dos casos referentes ao lado mais “fraco” da relação empregatícia, que é o trabalhador, visando manter as medidas protetivas

³² REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2013, p.57.

³³ GODINHO DELGADO, Mauricio. **Princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. São Paulo: Ltr, 2001, p.32.

³⁴ **ESTABILIDADE PROVISÓRIA DA GESTANTE ANALISE DA SÚMULA 244 DO TST**. Disponível em: <http://www.migalhas.com.Estabilidade+provisoria+da+gestante+analise+da+sumula+244+do+TST>. Acesso em: 17/04/2016, as 14:25.

que ajudam a gerar o equilíbrio do vínculo entre empregado e empregador.³⁵

Parafraseando de acordo com o pensamento de Delgado³⁶, o princípio mais importante do Direito do Trabalho e que constitui a base destes direitos é o Princípio da Proteção. Este princípio vem ratificar e dispor que o Direito do Trabalho possui algumas regras, princípios e institutos que acabam formando uma rede de proteção ao empregado, que certamente é a parte que possui uma inferioridade no vínculo empregatício, em relação ao empregador, principalmente a desigualdade de cunho econômico, pretendendo, com isso, diminuir, nos embates jurídicos, a desigualdade dos contratos de trabalho.

Por isso, dizer que este princípio é considerado a base do direito trabalhista, pela sua interferência direta nas características desta justiça especializada, ou seja, por tutelar essencialmente a vontade e interesses da relação contratual do empregado, buscando assim modificar na realidade uma diferença de cunho social e econômico entre estes sujeitos que formam a relação de emprego.³⁷

Segundo Américo Plá Rodrigues, este princípio engloba três dimensões, que são: o princípio do *in dubio pro-operário* (ou *pro misero*), o princípio da norma mais favorável e o princípio da condição mais benéfica.³⁸

É válido ressaltar que este princípio inspira outros tantos, além de produzir efeitos também nas regras trabalhistas, tentando corrigir desigualdades desta esfera.

O *in dubio pro operário* caracteriza-se quanto a disposição em favor do empregado, já que é o polo mais fraco da relação empregatícia. Sendo aqui representado pela decisão do TST - RECURSO DE REVISTA RR 1774004320075040511 177400-43.2007.5.04.0511 (TST):

EMENTA: RECURSO DE REVISTA. EMPRESA TOMADORA - NEGATIVA DOS SERVIÇOS PRESTADOS PELA AUTORA A SEU FAVOR - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - ÔNUS DA PROVA.

Os princípios da proteção (*in dubio pro operario*, norma mais favorável e condição mais benéfica), da continuidade da relação de emprego, da primazia da realidade, da boa-fé e da irrenunciabilidade dos direitos estabelecem várias presunções de veracidade sobre determinados fatos que, por óbvio, condicionam o julgador a apreciá-los por ocasião do

³⁵ Constituição Federal: BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988. Art. 6º

³⁶ GODINHO DELGADO, Mauricio. **Princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. São Paulo: Ltr, 2001.

³⁷ BRASIL, CLT, **Constituição Federal e Legislação Complementar**. Editor Arnaldo Oliveira Junior. Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 2007.

³⁸ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR, 1993. pp. 42-43.

estabelecimento do ônus da prova. A correlação, pois, do ônus da prova no processo do trabalho com os **princípios** basilares do direito do trabalho exige uma apreciação em conjunto dos institutos. No caso, conforme quadro fático delineado pelo Egrégio TRT da 4ª Região resta incontroversa a existência de contrato de prestação de serviços entre as reclamadas. Por silogismo, tal fato implica na presunção relativa da alegação feita pela autora, de que seus serviços eram prestados à ora recorrente, nos termos do mencionado contrato. Portanto, assim como bem entendeu o Egrégio TRT da 4ª Região, a esta última incumbia o ônus de afastar mencionada presunção, ônus do qual não se desincumbiu, a teor dos artigos 818 e 333 da CLT. Recurso de revista conhecido e não provido. HONORÁRIOS DE ADVOGADO. De acordo com o entendimento jurisprudencial pacificado pela Súmula nº 219 desta Corte, os honorários advocatícios são **deferidos** quando a parte estiver assistida por sindicato da categoria profissional e quando comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do salário mínimo ou se encontrar em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família. Recurso de revista conhecido e provido.³⁹

Já a aplicação da norma mais favorável é baseada sob diversas normas válidas sobre a relação de emprego, sendo aplicável a mais benéfica ao trabalhador. Sendo aqui aplicável de acordo com a decisão do TRT-1 - Recurso Ordinário RO 01413000820075010080 RJ (TRT-1):

EMENTA: Recurso da ré. Determinado que, na apuração do reflexo das horas extras **deferidas** no RSR, observe-se a limitação contida na OJ nº 394 da SDI-1 do TST. Provido parcialmente o recurso. Recurso do autor. Conflito entre **normas** coletivas. **Princípio da norma mais favorável**. Teoria do conglobamento. No caso de conflito entre **normas** coletivas, impõe-se a adoção do **princípio** da prevalência da **norma** mais **favorável** para a escolha daquela que se apresente mais benéfica ao **trabalhador**. Por outro lado, a decisão quanto à **norma** mais benéfica deve ocorrer sob o ângulo da teoria do conglobamento, adotando-se o instrumento coletivo mais benéfico quando considerado em seu conjunto e não a partir do confronto direto entre duas cláusulas, de instrumentos distintos, que regulem o mesmo direito de formas conflitantes. Provido o recurso. Relator: Juiz Convocado Eduardo Henrique Raymundo Von Adamovich Recurso Ordinário nº: 0141300-08.2007.5.01.0080 Recorrentes: Jesse Correa Mota Telemar Norte Leste S.A. Recorridos: Telemar Norte Leste S.A. Jesse Correa Mota Telsul Serviços S.A. 1. RELATÓRIO Primeiramente, foi prolatada sentença pelo MM. Juiz Carlos Eduardo Diniz Maudonet, julgando-se extinto o processo sem apreciação do mérito. Dessa decisão, recorreu o autor, alegando preliminar de nulidade por cerceamento de defesa, que foi acolhida na forma do acórdão de fls. 369/371 que determinou o retorno dos autos para instrução processual. Nova sentença foi prolatada pelo MM. Juiz Carlos Eduardo Diniz Maudonet, julgando-se extinto com julgamento do mérito que ensejou a interposição de novo recurso ordinário pelo autor às fls. 412/421. Foi proferido acórdão às fls. 465/470 conhecendo o recurso, concedendo provimento para pronunciar a nulidade do acordo firmado perante a CCP e determinando a baixa dos autos para regular prosseguimento.⁴⁰

³⁹ **INDUBIO PRÓ-OPERÁRIO.** Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/busca?q=+PRINC%C3%8DPIO+DO+IN+DUBIO+PRO+OPERARIO+deferido>. Acesso em: 03/05/2016, as 20:15.

⁴⁰ **PRINCÍPIO DA NORMA MAIS FAVORÁVEL AO TRABALHADOR DEFERIDO.** Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/busca?q=+PRINC%C3%8DPIO+Da+norma+mais+favoravel+ao+trabalha+dor+deferido>. Acesso em: 03/05/2016, as 13:10.

Já o princípio da condição mais benéfica tem como auxílio a manutenção do empregado, pela vigência do contrato laboral a garantia de direitos mais vantajosos. Além de garantir que adquirido não pode ser retirado, muito menos modificada pra pior. Aqui, a decisão em caso pratica proferida pelo TST - AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA AIRR 5625720125150127 (TST).

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA EM FACE DE DECISÃO PUBLICADA ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015 /2014. HORAS EXTRAS. TURNOS ININTERRUPTOS DE REVEZAMENTO. INSTRUMENTO COLETIVO. UNIDADE DE TRABALHO NÃO ABRANGIDA.

A Corte Regional registra que os instrumentos coletivos não contemplaram a unidade de labor do reclamante, o acórdão considerou inaplicáveis os turnos ininterruptos de revezamento, **deferindo** as 7ª e 8ª horas como tempo de trabalho extraordinário. Intangível esse quadro fático, a teor da Súmula nº 126/TST, não se divisa violação aos arts. 7º, XIV e XXVI, da CF e 611, § 1º, da CLT, pois o TRT não negou validade ou eficácia aos instrumentos coletivos. Agravo de instrumento desprovido. AUXÍLIO - ALIMENTAÇÃO. ADMISSÃO ANTES DA INSCRIÇÃO DA EMPRESA NO PAT. NATUREZA SALARIAL DA PARCELA. Fixando o Tribunal Regional a percepção do auxílio-alimentação antes da inscrição da empresa no Programa de Alimentação do **Trabalhador** - PAT, o reconhecimento da natureza salarial da parcela está em conformidade com a OJ nº 413/SBDI-I. Agravo de instrumento desprovido. DESCANSO SEMANAL REMUNERADO. DIFERENÇAS. **CONDIÇÃO MAIS BENÉFICA**. O Tribunal Regional registra que as normas internas prevêm que os domingos, feriados e folgas previstas são considerados dias de descanso remunerado **para** os empregados que se ativam em turnos ininterruptos de revezamento, configurando **condição** mais **benéfica** que se aderiu ao contrato de trabalho. Inviável o apelo por contrariedade à Súmula nº 172 e à OJ nº 394/SBDI-I, uma vez que a Corte Regional não emitiu tese sob o enfoque versado nos verbetes de jurisprudência. Agravo de instrumento desprovido.⁴¹

2.2. Contrato de Trabalho

Disposto no art. 442 da CLT: “Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego”.⁴²

Desta forma, não resta dúvidas sobre a natureza jurídica deste contrato que é o vínculo que há entre o empregado e o empregador, a fim de obter um serviço laboral prestado e por consequência o pagamento deste.

Nesse sentido, no art. 443 da CLT, caracterizam-se as formas de celebrar o contrato de trabalho que podem ser: acordados tacitamente ou expressamente,

⁴¹ **DECISÃO MAIS BENEFICA PARA O TRABALHADOR DEFERIDO**. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/busca?q=decis%C3%A3o+da+condi%C3%A7%C3%A3o+mais+benefica+para+o+trabalhador+deferido>. Acesso em: 03/05/2016, as 16:30.

⁴² GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p.136.

verbalmente ou por escrito e contratados por prazo indeterminado ou por prazo determinado.⁴³

2.2.1. Conceito do contrato por prazo indeterminado

É o tipo de contratação mais utilizada pelo vínculo empregatício, pois esta forma de contrato se dá na maioria das vezes, de maneira automática a celebração contratual, uma vez que não é estipulada a forma especial prevista como prévia cessação do contrato.

Este contrato não tem data preestabelecida para seu término.

O funcionário tem por sua vez registro do emprego em sua Carteira de Trabalho e Previdência Social – CTPS, com data inicial a contratação e sem remeter o fim, pois possui prazo indeterminado. Tem direito a todas as garantias elencadas na Consolidação das Leis do Trabalho – CLT (carteira assinada, salário, jornada trabalhista, férias, 13º salário, licença maternidade ou licença paternidade, fundo de garantia por tempo de serviço – FGTS).⁴⁴

2.2.2. Conceito do contrato por prazo determinado

A Lei 9.601, de 21 de janeiro de 1998, dispõe sobre o contrato de trabalho por prazo determinado e dá outras providências.

Assim, estipula-se como contrato por prazo determinado aquele que possui condição especial, uma vez que os contratos são por via de regra celebrados por prazo indeterminado, como dito anteriormente, sem vencimento definido.

Neste sentido, a contratação por prazo “certo” se dará em situações apenas que já estão elencadas na lei, pois é visto como condição especial esta forma contratual.⁴⁵

O artigo 443 da CLT dispõe os tipos de contrato, além de determinar a forma de concepção deste e os termos necessários para a relação empregatícia determinada pelo contrato de trabalho por prazo determinado. De acordo com os

⁴³ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. São Paulo. 31 ed. São Paulo: Atlas, 2015. P119-120.

⁴⁴ **CONTRATOS DE TRABALHO POR PRAZO INDETERMINADO**. Disponível em: <http://www.hugomeira.com.br/contratos-de-trabalho-por-prazo-indeterminado/>. Acesso em: 26/05/2016, as 15:50.

⁴⁵ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. São Paulo. 31 ed. São Paulo: Atlas, 2015. p 132.

parágrafos seguintes deste artigo definem:

§ 1º. Considera-se como de prazo determinado o contrato de trabalho cuja vigência dependa de termo prefixado ou da execução de serviços especificados ou ainda da realização de certo acontecimento suscetível de previsão aproximada. (Antigo parágrafo único renumerado pelo Decreto-Lei nº 229, de 28.02.1967)

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

- a) de serviço cuja natureza ou transitoriedade justifique a predeterminação do prazo;
- b) de atividades empresariais de caráter transitório;
- c) de contrato de experiência. (Parágrafo acrescentado pelo Decreto-Lei nº 229, de 28.02.1967).⁴⁶

Este tipo de contrato, por prazo determinado, tem como característica principal que no dia de sua contratação é automaticamente estabelecido também quando o mesmo acabar, além de indicar este será estabelecido de maneira especial, pois a duração do manuseio laboral deverá então ser de natureza transitória ou com finalidade que a empresa contratante esteja sob transitoriedade, como também caracterizado sendo o contrato por experiência objeto desta forma contratual.⁴⁷

Deve neste caso, no ato da contratação, o empregador anotar na Carteira de Trabalho e Previdência Social, as condições especiais do referido empregado, sendo o contrato por prazo determinado pre- estipulado em sua anotação, uma vez que esta condição deve ter o seu tratamento realizado com a especificidade que este impõe, uma vez que, via de regra é o contrato por prazo indeterminado o realizado comumente na contratação laboral.⁴⁸

Parafraseando o conteúdo do artigo 445 da CLT, esta forma contratual não poderá ser estipulado por mais de dois anos de vigência e no caso de ser contrato de experiência, não poderá passar do prazo de noventa dias para seu fim. Sendo estes prazos fixados como máximos, podendo claramente a duração por menos tempo. Embora hajam exceções, como dispõe no art. 451 da CLT, “ O contrato de trabalho por prazo determinado que, tácita ou expressamente, for prorrogado mais

⁴⁶ BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm. Acesso em: 20/04/2016, as 08:50.

⁴⁷ PINTO MARTINS, Sergio. **Direito do Trabalho**. São Paulo. 31 ed. São Paulo: Atlas, 2015. P132 - 133.

⁴⁸ **Quais são os procedimentos para contratar um empregado?** Disponível em: <http://www.sebraesp.com.br/index.php/233-produtos-online/gestao-de-pessoas/perguntas-frequentes/9729-quais-sao-os-procedimentos-para-se-contratar-um-empregado>>. Acesso em 17/04/2016 às 15:20.

de uma vez passará a vigorar sem determinação de prazo. (Vide Lei nº 9.601, de 1998),⁴⁹ embora esta mesma exceção esteja preestabelecida no momento de adotar as cláusulas contratuais.

2.3. Garantia de Emprego X Estabilidade

A garantia empregatícia é um instituto mais amplo que a estabilidade. Uma vez que a mesma consiste, além da estabilidade, de outras medidas que objetivam ao trabalhador um vínculo de emprego e a manutenção do mesmo, esta garantia está relacionada diretamente com a política de emprego.

A estabilidade vem do latim *stabilitas, tatis, de stabilire* (fazer firme). Num sentido genérico tem significado de solidez, firmeza e segurança. Sérgio Pinto Martins entende que a estabilidade é o direito do empregado de continuar no emprego, mesmo contra a vontade do empregador, desde que inexista uma causa objetiva a determinar sua despedida.⁵⁰

Desta maneira, é clara e objetiva a sinalização que a estabilidade decorre do princípio protecional e de garantia da continuidade empregatícia, com a integração do empregado à estrutura da empresa. Graças a esta característica, a estabilidade é o foco protetivo a fim de tratar do pólo mais fraco da relação jurídica, que é o empregado, objeto pleiteado na relação laboral aqui referida, efetivando a continuidade do serviço, mitigando o poder de demissão do empregador.

Assim, conceito de estabilidade advém de duas compreensões. Sendo a primeira referente a estabilidade do emprego, enquanto resultado de uma política geral que se caracteriza pelo conjunto de medidas governamentais com finalidade para que não falte oportunidade de trabalho na sociedade. Já a segunda acepção se sustenta na estabilidade no emprego em si, que considera o direito do empregado de continuidade no emprego mesmo contra a vontade do empregador, salvo causas previstas em lei, esta também é a estabilidade no sentido jurídico, que se subdivide em definitiva que é aquela que protege o empregado contra dispensas arbitrárias ou

⁴⁹ BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De15452.htm. Acesso em: 20/04/2016, as 08:50.

⁵⁰ PEREIRA, Renato Antonio Veiga dos Santos. **A estabilidade nos dias de hoje**. Disponível em: http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4872. Acesso em: 30/05/2016, as 16:20.

sem justa causa e a provisória que tem efeito somente enquanto persistir uma causa especial que a motive.⁵¹

Desde a promulgação da atual Carta Magna, a Constituição Federal de 1988, o processo legislativo trouxe seguridade de direitos fundamentais do trabalho, trazendo para a sociedade condição de igualdade pertinente para a dignidade da pessoa humana. Segundo o renomado jurista e filósofo, 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 assim entendida não é concebível: 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, entre crianças e adultos, indivíduos mentalmente sadios e alienados, homens e mulheres.⁵²

Assim, a proteção designada no ordenamento jurídico tem eficácia para ambos os empregados, porém quando se faz restrita, ela se perfaz na estabilidade empregatícia da mulher, enquanto estiver no estado gestacional, a fim de que a garantia seja atendida não apenas na situação da grávida, mas também do nascituro, sendo esta característica atendida por todos os tipos de contratos, inclusive aqueles celebrados por prazo determinado (que tem data estipulada previamente sobre o seu fim), pois neste caso, a estabilidade provisória da gestante é o objeto pleiteado.⁵³

Para as gestantes, há o princípio da garantia da relação de emprego e da estabilidade do mesmo, uma vez que há a proteção contra dispensa sem justa causa ou arbitrária, e que caso haja, terá a trabalhadora os direitos que lhe couber se esta for afetada pelo descumprimento da norma padrão.

2.4. Conceito de estabilidade empregatícia da gestante

. Entre os vários tipos de garantias constituídas ao ordenamento jurídico, há a proteção à empregada gestante. Em detrimento desta condição peculiar empregatícia, a lei assegura as mesmas, uma proteção relativa ao seu estado

⁵¹ COIMBRA, Rodrigo. **Artigo Estabilidade e garantia de emprego**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/1197/estabilidade-e-garantia-de-emprego>> . Acesso em: 22/08/2016 as 11:11h.

⁵²KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 2 ed. Paris: Dalloz, 1962.

⁵³ COIMBRA, Rodrigo. **Artigo Estabilidade e garantia de emprego**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/1197/estabilidade-e-garantia-de-emprego>> . Acesso em: 22/08/2016 as 11:53h

gravídico.

A estabilidade da gestante, neste caso, vem de mãos dadas com o princípio protecionista que a mesma detém. A empregada que contratada já em estado gravídico ou que engravidar no curso do contrato, terá direito a estabilidade provisória dado a sua situação.

Esta condição se dará em todos os tipos de contratação. Seja por prazo indeterminado ou por prazo determinado. No caso do prazo determinado, restará a grávida gozar de estabilidade provisória de fato, uma vez que a mesma permanecerá no vínculo empregatício provavelmente além do tempo que foi previamente estipulado para o fim, pois este será feito durante toda a gravidez, além de contar com cinco meses após o parto.

O conceito de estabilidade veda a demissão do empregado sem justa causa, além de garantir o direito do empregado se o mesmo for lesado. Há dois tipos de estabilidade: a definitiva e a provisória. A estabilidade provisória é que defende os direitos da gestante. De acordo com a visão do doutrinador Renato Saraiva:

A proteção à empregada gestante sempre foi uma preocupação importante na legislação trabalhista brasileira. Assim para essa empregada foi garantida estabilidade no emprego do momento da confirmação da gravidez em até cinco meses após o parto, nos termos do artigo 10, inciso II, alínea b, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT).⁵⁴

A regra geral legal, contida no artigo 10, II, letra “b”, do ADCT, é que é vedada a despedida arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. Deste modo, atingindo a caracterização de norma constitucional quanto à proteção à maternidade.

Nesse sentido o doutrinador Renato Saraiva também determina que:

A estabilidade provisória decorre da proteção constitucional às trabalhadoras em geral, às gestantes e aos nascituros. Ademais, a proteção à maternidade advém do respeito, fixado na ordem constitucional, à dignidade da pessoa humana e da própria vida.⁵⁵

Por esse motivo, a garantia constitucional visa à preservação do vínculo empregatício, protegendo o interesse direto do nascituro, que não sofrerá com a falta de estabilidade para seu desenvolvimento.

⁵⁴SARAIVA, Renato. **Direito do Trabalho**. 3 ed. São Paulo: Método, 2010, p. 47.

⁵⁵ SARAIVA, Renato, Op., cit., p. 49.

Com tempo limitado de vigência, a estabilidade provisória da gestante é previamente estabelecida pelas normas jurídicas. Nas lições de Delgado, define-se da seguinte maneira:

(...) é a vantagem jurídica de caráter transitório deferida ao empregado em virtude de uma circunstância contratual ou pessoal obreira de caráter especial de modo a assegurar a manutenção do vínculo empregatício por um lapso temporal definido, independentemente da vontade do empregador.⁵⁶

Fortalecendo o entendimento, defende o famoso doutrinador Luciano Martinez, o conceito de estabilidade empregatícia da seguinte maneira: “A fórmula de proteção caracterizada pela vedação à rescisão por iniciativa patronal. Por meio dela o empregado fica impedido de desligar o empregado, sob pena de ver-se compelido a reintegrá-lo”.⁵⁷

Dadas às circunstâncias previamente relatadas, a gestante tem sua dispensa vedada se realizada arbitrariamente ou sem justa causa, mesmo no curso do contrato por prazo determinado, uma vez que a mesma goza de estabilidade empregatícia provisória.

⁵⁶GODINHO DELGADO, Mauricio. **Curso de Direito do Trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2008. pp. 1250 -1251.

⁵⁷MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAPÍTULO III – ESTABILIDADE E PROTEÇÃO DO TRABALHO DA GESTANTE

3.1. Preconceito na admissão da mulher no mercado de trabalho e medidas antidiscriminatórias

Com o decorrer da história, a fêmea independentemente de classe social, foi discriminada com relação a sua capacidade frente às atividades laborais, atribuição que era única exclusivamente de caráter masculino, pois a mesma sempre desempenhou atividades do lar e ficou encarregada de cuidar da criação familiar. Com o passar do tempo, as mulheres passaram a ter atribuições que as fizeram ocupar espaço na coleta de frutos e no cultivo da terra.

As mulheres eram consideradas frágeis ou até mesmo de nenhuma serventia para atender as atividades oferecidas na maioria dos trabalhos, além do mais, o valor de sua mão de obra era extremamente desvalorizada de forma que sequer atendia suas necessidades básicas de uma vida social digna, acabando elas, obrigadas a submissão de seus pais, e maridos machistas que de uma forma ou de outra as menosprezavam do seio laboral com escusas das mais variadas, como por exemplo, a desculpa de que a mulher não precisava ganhar dinheiro, pois o homem já detinha do capital para manter a família. Segundo Braick e Mota, “desde as servas até as mulheres da alta nobreza, estavam submetidas a seus pais e maridos.”⁵⁸

Após momentos históricos, como os de guerras, e revoluções, as mulheres tiveram que, aos poucos, se adaptar ao preenchimento de lacunas pertencentes ao trabalho, que antes eram apenas exercidos por homens, como na produção de objetos e tecidos, dado as circunstâncias deles não poderem realizá-las, por estarem em atribuições de combate.

Com o forte crescimento do capitalismo, a industrialização das atividades acabou gerando o trabalho remunerado. Os empregadores aproveitaram a grande oferta de mão de obra feminina e reduziram os salários, dobrando a carga horária laboral. As mulheres se sujeitavam as condições humilhantes e muitas vezes

⁵⁸ MOTA, Myriam Becho; BRAICK, Patricia Ramos. **História: das cavernas ao terceiro Milênio**. Volume único. 1. ed. São Paulo: Moderna, 1997. p. 68.

desumanas, pois precisavam arcar com o sustento de suas famílias. Até as grávidas eram se sujeitavam a este tipo de vínculo empregatício, pois precisavam do pouco dinheiro gerado para manter a família.⁵⁹

A partir deste momento, as fêmeas foram criando seu espaço nas atividades laborais, inclusive para os trabalhos designados apenas a quem fosse homem, o que gerou muita resistência da sociedade em si.

Visando resguardar seus direitos, começaram a aparecer dispositivos protetivos a fim de gerar garantias ao emprego das mulheres, como também de assegurar as mesmas quanto ao seu estado gravídico. Nascimento elenca com finalidade de síntese os aspectos jurídicos regulamentadores da labuta feminina em diversos países:

[...] a) capacidade para contratar trabalho, submetida a algumas restrições; b) proteção à maternidade, com paralisações forçadas, descansos obrigatórios maiores e imposição de condições destinadas a atender sua situação de mãe; c) defesa do salário, objetivando-se evitar discriminações em detrimento da mulher; d) proibições, quer quanto a duração diária e semanal do trabalho, quer quanto a determinados tipos de atividades prejudiciais ao organismo do ser humano e que, portanto, devem ser reservadas somente para os homens.⁶⁰

A sociedade se modificou muito e no campo laboral, não foi diferente. Esta conduta é motivo de análise em várias áreas, seja para incluir novos métodos e facilitar a vida social ou até mesmo para normatizar comportamentos que derivam com o passar dos anos. Assim, os costumes são o verdadeiro marco para a criação das leis a fim de trazê-las para a realidade atual, a fim de promover o referido labor.

Com essas leis, houve o afastamento de preceitos que consideravam a mulher inferior ao homem, crescendo assim a dinamicidade sobre o livre acesso da mulher ao mercado de trabalho e sua igualdade aos homens quanto as oportunidades empregatícias. Vejamos o que diz *Joaquim Barbosa Gomes* acerca do assunto:

A introdução das políticas de ação afirmativa representou, em essência, a mudança de postura do Estado, que em nome de uma suposta

⁵⁹ RENATA PROBST, Elisiana. **Evolução da mulher no mercado de trabalho**. Disponível em: <<http://www.rhportal.com.br/artigos-rh/a-evolucao-da-mulher-no-mercado-de-trabalho/>>. Acesso em 11.07.2016.

⁶⁰MASCARO NASCIMENTO, Amauri. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 910.

neutralidade, aplicava suas políticas governamentais indistintamente, ignorando a importância de fatores como sexo, raça e cor.⁶¹

Disposto na Constituição Federal/88, em seu art. 7º, inciso XX: Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

XX - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;⁶²

Apesar de ter adquirido espaço e reconhecimento de sua capacidade laborativa, a mulher ainda luta por suas conquistas territoriais de melhorias não só de participação à frente de grandes cargos, como também de igualdade salarial. O que elas desejam é abertura, reconhecimento e condições favoráveis, sobretudo se tratando do mercado de trabalho.

Mesmo com o crescimento de oportunidade de trabalho e tendo o seu trabalho reconhecido como essencial para a concretização do desenvolvimento da organização social contemporânea, a mulher ainda é vista como polo mais fraco no momento da contratação, pois o empregador ainda balanceia os prós e contras, embasado em idade, estado civil, quantidade de filhos, se pretende engravidar, etc. Pois a mulher mesmo adquirindo seu espaço e reconhecimento de capacidade laborativa, deverá assim, ter direito a atenção especial regulamentada perante as normas jurídicas trabalhistas ou constitucionais, quando estiver vivenciando o estado gravídico, a amamentação e o aborto, como por exemplo.

Dentre todos os preconceitos gerados em pensar na contratação da mulher, há a discriminação na contratação de mulheres que o empregador já saiba previamente que esteja tentando engravidar, ou que já estejam em período gestacional, uma vez que estas gozam de estabilidade provisória e o patrão fica responsável em manter o vínculo empregatício, sob pena de cometer ato ilícito contra a empregada.⁶³

⁶¹GOMES. *Apud*, ROCHA. 2005, p.3. GOMES, Joaquim Barbosa. **O debate constitucional sobre as ações afirmativas.** Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8854. Acesso em: 18/03/2016, as 17:15.

⁶² BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado, 1988.

⁶³ GOMES, Fiorella. BOURGUIGNON, Natalia. **Mulheres ainda enfrentam discriminação no mercado de trabalho.** Disponível em:

Assim, as medidas antidiscriminatórias caracterizam-se em dois tipos: positivas e negativas. As positivas tem cunho de promoção da mulher em relação ao homem, já as negativas, veda o pagamento salarial maior ao homem que o realizado para mulher, se este trabalho for compatível com igual função.

No âmbito que caracteriza o tratamento positivo à mulher trabalhadora, não deve ser visto como discriminação, pois abrange qualidade que só comporta ao sexo feminino, que é a condição gravídica, sendo o objetivo da positividade proteger a maternidade.⁶⁴

As medidas antidiscriminatórias são frequentes nos Estados Unidos. Já no Brasil, com advento da CR de 1988, foram instauradas medidas não discriminatórias negativas, aquelas que vedam o pagamento salarial do homem maior que o da mulher. As medidas em vigor da CR são basicamente a igualdade salarial, o exercício de funções e critério de admissão, quer por sexo, quer por estado civil, etc.⁶⁵

Dispõe normativamente o art. 7º, inciso XXX, da Constituição Federal de 1988:⁶⁶

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

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

Normas protetivas que regem a disparidade de gêneros são especialmente cabíveis quanto à organização social. Já a qualidade natural de gerar uma vida, dando continuidade à criação humana é característica única da mulher. A gravidez e a maternidade, ao contrário de gerar discriminações, devem ter cunho imprescindível, além de ser estado respeitado por todo o englobamento gerado.

É válido ressaltar que nenhuma espécie de discriminação é cabível existir. As medidas antidiscriminatórias se bem aplicadas e principalmente, se fiscalizadas, irão coibir a disparidade que houver com relação ao trabalho feminino, até porque, a mulher não representa qualquer inferioridade se comparada ao homem.

<http://www.gazetaonline.com.br/_conteudo/2014/03/noticias/dinheiro/1481293-mulheres-ainda-enfrentam-discriminacao-no-mercado-de-trabalho.html>. Acesso em: 19.08.2016 as 15:22.

⁶⁴ ZANETTI, Robson. **A discriminação positiva em favor das mulheres**. Disponível em:

<<http://www.serrano.neves.nom.br/cgd/011201/13a025.htm>>. Acesso em 15.08.2016 as 19h

⁶⁵ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

⁶⁶ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

Para defender a discriminação contra a mulher, foi criado no Brasil o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher (Lei n. 7.353 de 29.08.1985), objetivando eliminar as diferenças e obter a igualdade.⁶⁷

A lei n. 9.029/1995 foi criada a fim de considerar crime o empregador que utilizar qualquer uma das práticas discriminatórias:⁶⁸

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

II- a adoção de quaisquer medidas, de iniciativa do empregador, que configurem:

a) indução ou instigamento à esterilização genética;

b) promoção do controle de natalidade, assim não considerado o oferecimento de serviços e de aconselhamentos ou planejamento familiar, realizados através de instituições públicas ou privadas, submetidas às normas do Sistema Único de Saúde (SUS).

Pena: detenção de um a dois anos e multa.

A mulher deve ter acesso a qualquer atividade laboral que esta se dispor a fazer. Este é o caminho pleiteado. A única ressalva a condição igualitária está no que concerne ao âmbito da proteção à gravidez e à maternidade situação apenas vivenciada pelo sexo feminino, sagrado para a perpetuação da espécie.

3.2 Direitos da mulher na qualidade gestacional

A mulher como já fora dito, é o único ser humano capaz de gerar uma vida. Por esse motivo, listam-se três momentos que a fazem ter tutela sobre tratamento diferenciado dos homens: na gestação, no parto e na amamentação. Fora isso, ambos os gêneros não possuem disparidade quanto à sua inserção no mercado de trabalho.

Com o passar dos anos, as normas vigentes foram se adaptando as necessidades da mulher enquanto gestante. A mesma tem seguridade quanto sua saúde e a do bebê, estabilidade provisória no trabalho, além de gozar de condições favoráveis para uma gestação saudável e próspera, a fim de que o bebê tenha seu nascimento estabelecido por condições favoráveis e dignas.

⁶⁷ **Conselho Nacional de Direitos da mulher.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/L7353.htm>. Acesso em 20.08.2016 as 16:22.

⁶⁸ **Proibição de práticas discriminatórias.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9029.HTM>. Acesso em 20.08.2016 as 16:40.

Há três principais direitos que são garantidos a empregada gestante: a garantia do vínculo empregatício de acordo com a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, licença maternidade sem prejuízo salarial, dispensa no horário de trabalho para fazer exames e consultas médicas.⁶⁹

No que concerne ao campo da saúde, a grávida tem direito a realizar em torno de seis consultas de pré-natal, no posto de saúde mais próximo, além de receber uma declaração de comparecimento e o cartão da gestante com todas as informações do seu estado de saúde, além de ser a comprovação do ato, mediante empregador, uma vez que o mesmo terá de conferir dispensa do trabalho nos dias em que a mulher precisar fazer exames e acompanhamento mensal do desenvolvimento do bebê e da gestação.⁷⁰

Em relação ao trabalho, deverá a grávida continuar trabalhando, sendo sua condição causa ilícita para caracterização de dispensa. Poderá mudar de função ou de setor, podendo retornar à antiga posição, quando seu estado gravídico acabar.

Terá direito a licença maternidade referente a cento e vinte dias, sem prejuízo no vínculo empregatício ou em seu salário, que será recebido de maneira integral, e se o valor for variável, receberá a média salarial dos últimos seis meses trabalhados.

Desfrutará de dois descansos diários enquanto estiver em sua jornada de trabalho, com duração de trinta minutos destinados a amamentação do bebê, até que ele complete seis meses de vida. E a duas semanas de repouso, no caso de lamentável de aborto natural.

Perante a sociedade, terá a gestante prioridade no atendimento médico em qualquer que seja o tipo de instituição, como também será priorizado seu conforto em assentos preferenciais dos transportes públicos. Gozará de todos os cuidados necessários, pois toda criança tem o direito de nascer e se desenvolver de maneira segura. A fim de proporcionar condições ainda mais protetivas, o Brasil criou as seguintes políticas públicas:

Política Nacional de Atenção Obstétrica e Neonatal: onde são devolvidas ações de prevenção e assistência à saúde gestacional, das parturientes e dos recém-nascidos.

Política Nacional de Atenção Integral à mulher: onde visa a promoção do atendimento clínico ginecológico, o planejamento reprodutivo,

⁶⁹ NAGAS BORGES, Mauricio. **Os direitos trabalhistas da gestante**. Disponível em: <<http://www.advocaciaborges.com.br/os-direitos-trabalhistas-da-gestante-2/>> . Acesso em 25.08.2016 as 00:35.

⁷⁰ BENVENGA, Flavia. **Direitos da gestante**. Disponível em: <<http://www.mulher.com.br/casa/direitos-da-gestante>>. Acesso em 25.08.2016 as 00:57.

acompanhamento de pré-natal e atendimento às mulheres e adolescentes em situação de violência doméstica ou de cunho sexual. Política de Atenção Integral à Saúde da Criança: uma de suas principais metas é cuidar da saúde dos recém nascidos, promover, proteger e apoiar o aleitamento materno, além de desenvolver ações para reduzir a mortalidade infantil e investigar os óbitos dos bebês.⁷¹

Estas políticas públicas foram formuladas pelo governo do país, a fim de auxiliar na qualidade de vida da mulher na condição gestacional.

3.3 Proteção da estabilidade da gestante nos contratos por prazo determinado

O direito do trabalho possui como principal objetivo a proteção ao trabalhador, pois o mesmo caracteriza-se como lado hipossuficiente do vínculo empregatício. Sendo assim, no âmbito que concerne a mulher, a tutela está direcionada ao seu período gestacional, garantindo a preservação de seu posto enquanto trabalhadora, a fim de conferir a mesma, segurança econômica para lidar com a futura criança que está por vir.

Dentre as várias situações que estão elencadas previamente pela norma constitucional, a proteção à empregada gestante sempre foi um assunto tratado com preocupação relevante, pois em face do estado relacionado a essas trabalhadoras especiais, a legislação prevê o estabelecimento de uma proteção mais específica. Normatizadas nos arts. 391 a 400 da CLT, no art. 71 da Lei n. 8.213/1991 e na Súmula 244, estão a proteção à maternidade e a estabilidade provisória da gestante.⁷²

Estas diretrizes tem por finalidade assegurar as trabalhadoras para que seja garantida a relação de emprego protegida contra dispensa arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, caso este que se ocorrer, terá como base a medida coercitiva de indenização compensatória, dentre outros direitos.

De acordo com o art. 391 e 392 da CLT, ter a mulher contraído matrimônio ou estar na qualidade de gestante, não é motivo pra que esta seja dispensada de seu emprego, como também é vedado ter seus direitos restringidos por estes

⁷¹ **DIREITOS DA MULHER GRÁVIDA.** Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/saude/2011/10/conheca-alguns-direitos-da-mulher-gravida>. Acesso em: 02/06/2016, as 21:10.

⁷² LUCENA BAPTISTA BARRETO, Luciana. **Estabilidade provisória da gestante, análise na sumula 244 do TST.** Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI190314,11049-Estabilidade+provisoria+da+gestante+analise+da+sumula+244+do+TST>>. Acesso em 26.08.2016 as 16:32.

termos, vez que esta tem direito sem prejuízo ao vínculo empregatício e ao seu salário, à licença maternidade de 120 dias.

A garantia e estabilidade provisória de emprego tem por fundamento a independência de conhecimento formal ou expresso do empregador, ficando este inviabilizado de seguir qualquer tipo de demissão desmotivada.

Caracterizando a estabilidade provisória de emprego, nas palavras Francisco Ferreira Jorge Neto e Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante: “É o direito de o empregado continuar na empresa, de forma permanente ou parcial, contra a vontade do seu empregador, sendo que a dispensa somente estará autorizada nas hipóteses expressamente prevista em lei”.⁷³

Desta forma, a estabilidade provisória de emprego objetiva assegurar à empregada seu posto de trabalho impedindo o empregador de rescindir o contrato de trabalho de forma unilateral e sem justo motivo.

Em contrapartida do conceito de estabilidade da gestante, vem o contrato por prazo determinado, uma vez que este tem período de finalidade. Na modalidade contratual definida por prazo determinado, os termos pleiteados são ajustados previamente pelas partes, o que significa que desde a sua vigência, já é sabido previamente o dia que o pacto laboral se extinguirá ou a previsão de quando isto acontecerá. Sobre os efeitos dessa atuação contratual, Barros dispõe:

Os efeitos do contrato determinado dependem de um termo futuro, que poderá ser certo quanto à unidade de tempo ou quanto ao serviço a ser executado (*diescertus na et quando*). Aqui, tanto o tempo como o evento são incertos. Poderá ocorrer, entretanto, de o trabalhador saber que o contrato se extinguirá, mas não quando (*diescertus na et incertus quando*). Isso poderá se verificar quando o empregador for contratado para a construção de um edifício. Sabe-se que a obra terminará, mas não se sabe quando. O mesmo ocorre com os serviços executados durante uma safra.⁷⁴

Posto isto, é nítido que a Súmula 244, sancionada pela Lei n. 12.812 de 16/05/2013 assegura os direitos da gestante quanto:

GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA (redação do item III alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012

⁷³FERREIRA JORGE NETO, Francisco; DE QUADROS PESSOA CAVALCANTE, Jouberto. **Direito do Trabalho**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 828.

⁷⁴MONTEIRO DE BARROS, Alice. **Curso de direito do trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 381.

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). (...)

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.⁷⁵

Com relação à gestante, a proteção de sua estabilidade provisória está caracterizada inclusive nos contratos por prazo determinado, uma vez que a mesma fica assegurada a partir do momento da concepção de seu estado gravídico até cinco meses após o nascimento do bebê. Dá-se esta garantia de seguridade no emprego a mulher na qualidade de gestante por causa da função discriminatória que poderia ocorrer no período em que a empregada estivesse grávida, ou no período pós-parto, pois, a mesma, com certeza, não conseguiria outro trabalho no referido lapso de tempo, justamente por causa de sua condição.

A estabilidade conferida à grávida é uma garantia constitucional, presente nos seguintes dispositivos legais art. 10, II, "b" do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal/88, Na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), que dispõe da proteção à maternidade referente aos art. 391 ao 400, como também na Sumula 244 do Tribunal Superior do Trabalho. Tais normas tem sua interpretação também em favor do bebê que virá a nascer, e não como um simples benefício conferido o empregado gestante.⁷⁶

De acordo com as normas apontadas anteriormente, é válido ressaltar que os Tribunais Trabalhistas vinham apresentando interpretações diferentes quando da aplicação da lei, de forma a assegurar, em alguns casos, a estabilidade nos contratos de experiência ou determinado, não seguindo assim uma corrente que assegurasse todas as mulheres. A decisão procedente da relatoria do Min. Mauricio Godinho Delgado, vem de embasada com a jurisprudência que antes era aplicada:

⁷⁵ LUCENA BAPTISTA BARRETO, Luciana. **Estabilidade provisória da gestante, análise na sumula 244 do TST**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI190314,11049-Estabilidade+provisoria+da+gestante+analise+da+sumula+244+do+TST>>. Acesso em 26.08.2016 as 16:32.

⁷⁶ LUCENA BAPTISTA BARRETO, Luciana. **Estabilidade provisória da gestante, análise na sumula 244 do TST**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI190314,11049-Estabilidade+provisoria+da+gestante+analise+da+sumula+244+do+TST>>. Acesso em 26.08.2016 as 16:32.

RECURSO DE REVISTA. ESTABILIDADE DA GESTANTE. CONTRATO POR PRAZO DETERMINADO. NORMATIZAÇÃO ESPECIAL E PRIVILEGIADA À MATERNIDADE CONTIDA NA CARTA DE 1988. ARTS. 10, II, B, DO ADCT, ARTS. 7º, XVIII E XXII, 194, 196, 197, 200, I, 227, CF/88. RESPEITO, FIXADO NA ORDEM CONSTITUCIONAL, À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, À PRÓPRIA VIDA AO NASCITURO E À CRIANÇA (ART. 1º, III, E 5º, CAPUT, DA CF).[...] 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, fixado na ordem constitucional, à dignidade da pessoa humana e à própria vida (art. 1º, III, e 5º, caput, da CF). E, por se tratar de direito constitucional fundamental, deve ser interpretado de forma a conferir-se, na prática, sua efetividade. Nesse sentido, entendo que não pode prevalecer o posicionamento adotado pelo TRT, que conferiu preponderância aos efeitos dos contratos a termo - especificamente em relação à garantia de emprego - em detrimento da estabilidade assegurada às gestantes, na forma do art. 10, II, b, do ADCT. Nessa linha, está realmente superada a interpretação exposta no item III da Súmula 244 do TST.** Inclusive o Supremo Tribunal Federal possui diversas decisões - que envolvem servidoras públicas admitidas por contrato temporário de trabalho -, em que expõe de forma clara o posicionamento de garantir à gestante o direito à licença-maternidade e à estabilidade, independentemente do regime jurídico de trabalho. Sob esse enfoque, o STF prioriza as normas constitucionais de proteção à maternidade, lançando uma diretriz para interpretação das situações congêneres. **Recurso de revista conhecido e provido. PROCESSO Nº TST-RR-21700-25.2009.5.01.0079.** Data de Julgamento: 08/02/2012, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, 6ª Turma. (grifo nosso)⁷⁷

Maurício Godinho Delgado, ao tratar da estabilidade da gestante nos contratos a termo, ainda leciona que:

Havendo, desse modo, evidente interesse público com vistas às proteções à mãe trabalhadora, sua gestação e o parto, além do período inicial da maternidade, interesse público que se pretende também à criança nascitura, ganha destaque a garantia constitucional, afastando o óbice criado pela Consolidação das Leis do Trabalho com respeito aos contratos a termo (art. 472, § 2º, CLT).⁷⁸

Com análise jurisprudencial, resta observar que mesmo com a consolidação trabalhista acerca do tema em foco, uma nova concepção constitucionalista aflorou no intuito de dar maior proteção à empregada e ao nascituro, vez que estes possuem proteção especial pela Carta Magna vigente.

O referido autor reitera:

Sob a ótica da pessoa que vive do trabalho, em especial do trabalho empregatício, os direitos sociais são o principal instrumento de

⁷⁷ESTABILIDADE PROVISÓRIA DA GESTANTE ANÁLISE DA SÚMULA 244 DO TST. Disponível em: <http://www.migalhas.com.Estabilidade+provisoria+da+gestante+analise+da+sumula+244+do+TST>. Acesso em: 03/06/2016, as 12:20.

⁷⁸GODINHO DELGADO, Maurício. **Curso de Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTR, 2012, p. 547.

concretização dos princípios e regras constitucionais referentes à prevalência da dignidade da pessoa, da valorização do trabalho e do emprego, da submissão da propriedade privadas a sua função social, da efetividade da justiça social e da democratização da sociedade civil.

Após reforma em seu conteúdo a fim de envolver todas as mulheres, a Súmula 244 do o Tribunal Superior do Trabalho, modificou para determinar em seu inciso III, que: “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”, é evidente a excludente de arbitrariedade na dispensa da grávida. estabilidade proporciona à empregada a continuidade no contrato de trabalho.⁷⁹

O contrato por prazo determinado conforme estabelece o artigo 443, § 2º da CLT, é contrato firmado para serviço que tenha natureza transitória e justifique sua cessação de prazo, para atividades de cunho empresarial que sejam transitórias e para definir o contrato de experiência, pois este tem a mesma natureza do contrato por prazo determinado, o que se presume, o direito do empregador de rescindi-lo quando houver o vencimento de seu prazo.⁸⁰

Em suma, desde alteração da redação do item III da súmula 244, na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012 (Res. 185/2012), DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012, caso seja firmado contrato por prazo determinado com empregada e esta venha a se torna gestante durante o termo pactuado, fará jus a estabilidade provisória a que se refere o art. 10, II, b, do ADCT, que dura desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.⁸¹

A presente Súmula 244 tem por finalidade conferir a gestante o direito a estabilidade provisória, mesmo nos contratos por prazo determinado, sendo indiferente a falta de conhecimento do empregador, uma vez que a mesma está assegurada a partir do momento da confirmação da gravidez. Embasado neste raciocínio, aplica sabiamente o jurista e Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, Maurício Godinho Delgado:

⁷⁹ SUMULA 244 DO TST. Disponível em:

http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_201_250.html#SUM-244.

Acesso em 17.04.2016 as 16:20.

⁸⁰ **Tipos de contratos, TRT.** Disponível

em: <https://www.trt3.jus.br/download/trabalho_tempo_determinado_banner.pdf> Acesso em:

17.04.2016 as 18:57.

⁸¹ **ESTABILIDADE PROVISÓRIA DA GESTANTE ANALISE DA SÚMULA 244 DO TST.** Disponível em: <http://www.migalhas.com.Estabilidade+provisoria+da+gestante+analise+da+sumula+244+do+TST> . Acesso em: 17/04/2016, as 14:25.

A garantia constitucional ultrapassa o interesse estrito da empregada gestante, uma vez que possui manifestos fins 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.⁸²

A garantia de emprego referida é relativa quanto a contratação da mulher no mercado de trabalho, que por vezes pode gerar certo preconceito quanto a estabilidade provisória que a mesma detém, enquanto estiver sob estado gravídico.

Assim, à empregada, ficará determinada como trabalhadora estável desde a confirmação da sua gravidez até cinco meses após o parto (art. 10, II, "b" do ADCT).⁸³

No caso do referido artigo supracitado, o início da estabilidade empregatícia da gestante esta contida na confirmação da gravidez, e não na sua comprovação. A garantia referida a grávida independe de ter, a empresa, ciência do alegado fato, uma vez que ela goza do período estável automaticamente a descoberta de estado gravídico. Sendo o comunicado ao empregador ato meramente complementar, para que sua dispensa não venha a ser realizada de forma ilegal.

Isto se comprova nos julgamentos pleiteados pela lide, garantindo a estabilidade à empregada gestante sob o fundamento de que a garantia de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa tem por objeto primordial a proteção do nascituro, e que a trabalhadora gestante é mera beneficiária da condição material protetora da natalidade, mesmo quando contratada por prazo determinado.

TRT-4 - Recurso Ordinário RO 0000320720125040791 RS 000032-07.2012.5.04.0791 (TRT-4).Data de publicação: 25/04/2013. Ementa: RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMANTE.GARANTIA DE EMPREGO. GESTANTE. Prova nos autos que evidencia estar a autora, à época da rescisão patronal, amparada pela garantia de emprego conferida à gestante, nos termos do art. 10, II, "b", do ADCT. O desconhecimento do estado gravídico da trabalhadora na data de sua dispensa não afasta o direito à garantia no emprego. Inteligência da Súmula n. 244, I, do TST. Reconhecimento, ademais, pela empregadora, da imunidade à dispensa, ao aceitar o retorno da gestante, em audiência, mediante acordo parcial. Não comprovação do cumprimento dos termos do acordo, que torna verossímil a versão da autora, no sentido da existência de animosidade entre as partes, a justificar o afastamento imediato da trabalhadora, afastando, em definitivo, a tese de ausência de interesse no emprego. Apelo provido.⁸⁴

⁸²GODINHO DELGADO, Maurício. **Curso de Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTR, 2012, p. 547.

⁸³ GODINHO DELGADO, Maurício. **Curso de Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTR, 2012, p. 547.

⁸⁴**ESTABILIDADE PROVISÓRIA DA GESTANTE ANÁLISE DA SÚMULA 244 DO TST**. Disponível em: <http://www.migalhas.com.Estabilidade+provisoria+da+gestante+analise+da+sumula+244+do+TST> . Acesso em: 17/04/2016, as 14:25.

Com a proteção em plena forma de direito, a gestante terá toda a seguridade à maternidade, estabelecida de forma resguardada, com direito a fazer as consultas médicas, tendo dispensa no trabalho nos dias que for realizá-las além de ter direito a transferência de função se esta for prejudicial a seu estado, além de licença maternidade, que é o tempo em que a mesma ficará afastada do trabalho para ter e após o parto, direito intervalo para amamentação e salário maternidade.

3.4 Aplicação da Súmula 244 do TST e seus efeitos

“A posição avançada do Supremo Tribunal Federal, de 2003 (Min. Carlos Velloso), de 2006 (Min. Joaquim Barbosa), de 2009 (Min. Eros Grau) e a de 2012 (Min. Luiz Fux), levou os integrantes do Tribunal Superior do trabalho a reverem a sua posição” referente à Súmula 244.⁸⁵

A redação referente ao item III da súmula 244 do TST, até o início de setembro de 2012, não garantia à empregada gestante a estabilidade provisória quando admitida através de contrato por prazo determinado.⁸⁶

Esta condição era vista como lesiva à gestante, então o Tribunal Superior do Trabalho, entendendo que deveria ser estabelecida uma maior de seguridade quanto ao estado gravídico da mulher, ensejou que fosse feita a modificação após sucessivas decisões junto ao TST. Realizada entre os dias 10 e 14 de setembro de 2012, após a 2ª Semana do Tribunal Superior do Trabalho, a alteração da Corte em favor do teor desse item, para garantir à empregada gestante o direito à estabilidade provisória prevista constitucionalmente, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado.

Ficou a presente súmula redigida da seguinte forma:

Súmula 244 do TST. GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA.

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

II – A garantia de emprego à gestante só autoriza a reintegração se esta se der durante o período de estabilidade. Do contrário, a garantia

⁸⁵ DE SOUSA FRANCO FILHO, Georgenor. **Garantia de Emprego da Gestante: o Item III da Súmula nº 244 do TST.** Disponível em: <

http://www.editoramagister.com/doutrina_24259022_GARANTIA_DE_EMPREGO_DA_GESTANTE_O_ITEM_III_DA_SUMULA_N_244_DO_TST.aspx> . Acesso em 17.04.2016

⁸⁶ DE SOUSA FRANCO FILHO, Georgenor. **Garantia de Emprego da Gestante: o Item III da Súmula nº 244 do TST.** Disponível em: <

http://www.editoramagister.com/doutrina_24259022_GARANTIA_DE_EMPREGO_DA_GESTANTE_O_ITEM_III_DA_SUMULA_N_244_DO_TST.aspx> . Acesso em 17.04.2016

restringe-se aos salários e demais direitos correspondentes ao período de estabilidade.

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.⁸⁷

Com o intuito de conferir maior efetividade ao texto constitucional, o Supremo Tribunal Federal firmou jurisprudência consolidada no sentido de conceder a estabilidade gestacional prevista no artigo 10, inciso II, alínea b, do ADCT às empregadas admitidas por intermédio de um contrato a prazo determinado. Nessa corrente de pensamento, vale destacar trecho do Voto proferido pelo Ministro Celso de Mello, no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 634.093/Distrito Federal:

Em suma: as gestantes – quer se trate de servidoras públicas, quer se cuide de trabalhadoras, qualquer que seja o regime jurídico a elas aplicável, não importando se de caráter administrativo ou de natureza contratual (CLT), mesmo aquelas ocupantes de cargo em comissão ou exercentes de função de confiança ou, ainda, as contratadas por prazo determinado, inclusive na hipótese prevista no inciso IX do art. 37 da Constituição, ou admitidas a título precário – têm direito público subjetivo à estabilidade provisória, desde a confirmação do estado fisiológico de gravidez até cinco (5) meses após o parto (ADCT, art. 10, II, b), e, também, à licença-maternidade de 120 dias (CF, art. 7º, XVIII, c/c o art.39, § 3º), sendo-lhes preservada, em consequência, nesse período, a integridade do vínculo jurídico que as une à Administração Pública ou ao empregador, sem prejuízo da integral percepção do estípendio funcional ou da remuneração laboral.⁸⁸

Sob o mesmo fundamento o Superior Tribunal Federal, e o Tribunal Superior do Trabalho, passaram a admitir a garantia empregatícia à gestante que engravida no curso do aviso prévio, como também, inclusive durante a projeção do aviso prévio indenizado. O Supremo Tribunal Federal possui consolidada jurisprudência no sentido de assegurar à gestante a estabilidade provisória, conforme pode ser aqui ainda observado:

EMENTA Agravo regimental no recurso extraordinário. Servidora gestante. Cargo em comissão. Exoneração. Licença-maternidade. Estabilidade provisória. Indenização. Possibilidade.1. As servidoras públicas, em estado gestacional, ainda que detentoras apenas de cargo em comissão, têm direito à licença- maternidade e à estabilidade provisória, nos termos do art. 7º, inciso XVIII, c/c o art. 39, §3º, da Constituição Federal, e art. 10, inciso II, alínea b, do ADCT. 2. Agravo

⁸⁷**ESTABILIDADE PROVISÓRIA DA GESTANTE ANÁLISE DA SÚMULA 244 DO TST.** Disponível em:<http://www.migalhas.com>. Estabilidade+provisoria+da+gestante+analise+da+sumula+244+do+TST Acesso em: 17/04/2016, as 14:25.

⁸⁸**GESTANTE ESTABILIDADE PROVISÓRIA** (redação do item III alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012.

regimental não provido. (RE 420839 AgR, Relator (a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 20/03/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-081 DIVULG 25-04-2012 PUBLIC 26-04-2012).⁸⁹

Esta decisão se consolida com a modificação da súmula, em benefício da trabalhadora gestante.

Alguns doutrinadores consideram que a alteração sumular, além de garantir a plena execução de direitos normativos, constituiu um grande avanço com finalidade protetiva ao trabalho feminino e do nascituro. Apontam para a responsabilidade social do empregador a fim de estabelecer políticas antidiscriminatórias do Direito do Trabalho.

Visando o lado negativo da aplicação desses direitos, sustenta-se que referente à concessão da estabilidade à empregada grávida nos contratos por prazo determinado, estaria sendo desprezada a boa-fé necessária aos pactos laborais, já que incentivaria as mulheres a engravidar propositalmente a fim de manter sua durabilidade no trabalhando, estabelecendo assim, permanência maior no vínculo contratual. Esta situação referida é altamente egoísta, uma vez que, a mulher em seu estado gravídico acaba sendo sim, objeto que merece sim atenção especial, dado a todos os fatores que englobam a situação.

Dessa forma a estabilidade provisória passou a ser estendida também para aquelas gestantes que trabalham em contratos de experiência, temporárias e outras modalidade de contrato a termo, garantindo todos os direitos trabalhistas, por muitas vezes, o convênio médico além da vinculação por um maior período com o INSS.⁹⁰

De todo o exposto, verifica-se que ao longo do tempo as mudanças ocorridas na súmula 244 do TST confirmam uma visão humanitária que privilegia os direitos sociais assegurando a efetividade do art. 1º, III da CF.

Mesmo com críticas ao TST, a alteração do item III da Súmula 244, teve como fundamento essencial os julgados que dispunham sobre a impossibilidade de discriminação a empregada grávida nos contratos por prazo determinado. Como se

⁸⁹ BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm. Acesso em: 20/04/2016, as 08:50.

³⁸ **ESTABILIDADE PROVISÓRIA DA GESTANTE ANÁLISE DA SÚMULA 244 DO TST**. Disponível em: <http://www.migalhas.com.Estabilidade+provisoria+da+gestante+analise+da+sumula+244+do+TST> Acesso em: 03/06/2016, as 18:45.

⁹⁰ **ESTABILIDADE PROVISÓRIA DA GESTANTE ANÁLISE DA SÚMULA 244 DO TST**. Disponível em: <http://www.migalhas.com.Estabilidade+provisoria+da+gestante+analise+da+sumula+244+do+TST> . Acesso em: 23/06/2016, as 16:25.

sabe, a decisão do contratante sobre a permanência ou não do contratado é realizado de forma subjetiva, situação esta, que poderia neste caso, gerar discriminação.⁹¹

Com eficácia, a redação da Súmula 244 do Superior Tribunal do Trabalho, garante a estabilidade provisória da gestante no emprego, mesmo quando se referir a situações em que o contrato admitido for por prazo determinado. Como a decisão sumulante está sintonizada com a referida jurisprudência, apelar para que o efeito que desta não seja aplicado é inútil, ficando assim o empregador sujeito a entrar em concordância com a lei, a fim de não cometer ato ilícito, por dispensa injusta.

⁹¹ **ESTABILIDADE PROVISÓRIA DA GESTANTE ANÁLISE DA SÚMULA 244 DO TST.** Disponível em: <http://www.migalhas.com.Estabilidade+provisoria+da+gestante+analise+da+sumula+244+do+TST> . Acesso em: 21/08/2016.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Muitas correntes de pensamento são analisadas quanto a eficácia da Súmula 244 do Tribunal Superior do Trabalho. No que tange a sua aplicação, a súmula é muitas vezes definida como fora dos padrões do ordenamento vigente do nosso país, pois a mesma é vista com caráter lesivo ao empregador, pois este acaba “obrigado” a permanecer com o vínculo empregatício com uma empregada que teve sua contratação realizada por meio de contrato por prazo determinado, ou seja, com prazo pré-estabelecido para o fim. Gerando assim, problema para o empregador que acaba tendo que arcar com o desembolso gerado pela situação gravídica.

Outras correntes de pensamento se fazem valer que, a estabilidade provisória da gestante deveria ter aplicabilidade apenas dentro do próprio contrato por prazo determinado, por exemplo: a mulher é contratada por um ano sob regime de contrato por prazo determinado, e no segundo mês ela engravida esta só deverá se valer do princípio da estabilidade provisória até a data da cessação do contrato, não ficando o empregador responsável pelo vínculo empregatício por mais tempo que o determinado.

Ambas definições sobre a inaplicabilidade da Súmula 244 do TST, são geradas com finalidade de caracterizar o empregador como objeto lesado na relação contratual. Em direito do trabalho, aprendemos que o lado mais forte da relação empregatícia é o empregador (lado ativo), pois é ele quem detém de capital para manter a prestação de serviço do empregado, a fim de manter seu negócio. É sabido também, que o empregador tem total liberdade na hora de estipular o seu público alvo no momento da contratação, devendo o mesmo ficar responsável pela sua escolha.

Falar da empregada

A súmula 244 do TST, tem eficácia sim, pois os direitos da gestante no sentido de gozar de estabilidade financeira devem ser vistos como relevantes e assim executados, caso a situação venha a surgir.

REFERENCIAS

MONTEIRO DE BARROS, Alice. **Curso de direito do trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2011.

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm. Acesso em: 20/04/2016, as 08:50.

BRASIL, CLT, **Constituição Federal e Legislação Complementar**. Editor Arnaldo Oliveira Junior. Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 2007.

BRASIL. Constituição (1932). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1932.

BRASIL. **Decreto nº 21.417, de 17 de maio de 1932**. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21417-17-maio-1932-559563-publicacaooriginal-81852-pe.html>. Acesso em: 15/04/2016, as 15:20.

CONTRATOS DE TRABALHO POR PRAZO INDETERMINADO. Disponível em: <http://www.hugomeira.com.br/contratos-de-trabalho-por-prazo-indeterminado/>. Acesso em: 26/05/2016, as 13:10.

DECISÃO MAIS BENEFICA PARA O TRABALHADOR DEFERIDO. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/busca?q=decis%C3%A3o+da+condi%C3%A7%C3%A3o+mais+benefica+para+o+trabalhador+deferido>. Acesso em: 03/05/2016, as 17:40.

GODINHO DELGADO, Mauricio. **Curso de Direito do Trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2008.

GODINHO DELGADO, Mauricio. **Princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. São Paulo: Ltr, 2001.

DIREITO DO TRABALHO. Disponível em: http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4872. Acesso em: 30/05/2016, as 21:05..

DIREITOS DA MULHER GRÁVIDA. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/saude/2011/10/conheca-alguns-direitos-da-mulher-gravida>. Acesso em: 02/06/2016, as 10:50.

ESTABILIDADE PROVISÓRIA DA GESTANTE ANALISE DA SÚMULA 244 DO TST. Disponível em: <http://www.migalhas.com.Estabilidade+provisoria+da+gestante+analise+da+sum+ula+244+do+TST>. Acesso em: 17/04/2016, as 14:25, as 18:20.

FILIFE BARBOZA GARCIA, Gustavo. **Curso de Direito do Trabalho**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GESTANTE ESTABILIDADE PROVISÓRIA (redação do item III alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012.

GOMES. *Apud*, ROCHA. 2005, p.3. BARBOZA GOMES, Joaquim. **O debate constitucional sobre as ações afirmativas**. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8854. Acesso em: 18/03/2016, as 19:15.

INDUBIO PRÓ-OPERÁRIO. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/busca?q=+PRINC%C3%8DPIO+DO+IN+DUBIO+PRO+OPERARIO+deferido>. Acesso em: 03/05/2016, as 22:50.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 2 ed. Paris: Dalloz, 1962.

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

BECHO MOTA, Myriam; RAMOS BRAICK, Patricia. **História: das cavernas ao terceiro Milênio**. Volume único. 1. ed. São Paulo: Moderna, 1997.

MASCARO NASCIMENTO, Amauri. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FERREIRA JORGE NETO, Francisco; DE QUADROS PESSOA CAVALCANTE, Jouberto. **Direito do Trabalho**, 7. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

PRINCÍPIO DA NORMA MAIS FAVORÁVEL AO TRABALHADOR DEFERIDO.
Disponível em:
<http://www.jusbrasil.com.br/busca?q=+PRINC%C3%8DPIO+Da+norma+mais+favoravel+ao+trabalhador+deferido>. Acesso em: 03/05/2016, as 14:30.

PROBST, Elisiana. **A evolução da mulher no mercado de trabalho.** p. 13.
Disponível em: <http://www.rhportal.com.br/artigos-rh/a-evoluo-da-mulher-no-mercado-de-trabalho/>. Acesso em: 17/04/2016, as 09:18.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito.** São Paulo: Saraiva, 2013.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de Direito do Trabalho.** São Paulo: LTR, 1993.

SARAIVA, Renato. **Direito do Trabalho.** 3 ed. São Paulo: Método, 2010.