CENTRO UNIVERSITÁRIO DE GOIÁS – UNIGOIÁS
PRÓ-REITORIA DE ENSINO PRESENCIAL – PROEP
SUPERVISÃO DA ÁREA DE PESQUISA CIENTÍFICA - SAPC
CURSO DE DIREITO

**A ESTABILIDADE GRAVÍDICA NOS CONTRATOS A TERMO À LUZ DO
TEMA 497 DO STF**

LEANDRO MARQUES DA COSTA
CLODOALDO MOREIRA DOS SANTOS
JÚNIOR

GOIÂNIA
MARÇO/2023

LEANDRO MARQUES DA COSTA

**A ESTABILIDADE GRAVÍDICA NOS CONTRATOS A TERMO À LUZ DO
TEMA 497 DO STF**

Artigo apresentado ao curso de Direito do
Centro Universitário de Goiás - UNIGOIÁS,
sob a orientação do Prof. Clodoaldo Moreira
dos Santos Júnior como requisito essencial
para a aprovação da disciplina TCC I.

GOIÂNIA
MARÇO/2023

LEANDRO MARQUES DA COSTA

A ESTABILIDADE GRAVÍDICA NOS CONTRATOS A TERMO À LUZ DO TEMA
497 DO STF

Trabalho final de curso apresentando e julgado como requisito para a obtenção do grau de bacharelado no curso de Direito do Centro Universitário de Goiás – UNIGOIÁS na data de

Nome do/a examinador/a (Orientador/a)
Centro Universitário de Goiás - UNIGOIÁS

Nome do/a examinador/a (Orientador/a)
Centro Universitário de Goiás - UNIGOIÁS

Nome do/a examinador/a (Orientador/a)
Centro Universitário de Goiás - UNIGOIÁS

A ESTABILIDADE GRAVÍDICA NOS CONTRATOS A TERMO À LUZ DO TEMA 497 DO STF

Leandro Marques Da Costa ¹

Clodoaldo Moreira dos Santos Júnior²

Resumo: As mulheres anteriormente eram vistas na sociedade como uma espécie de “sombra da figura masculina”. Assim se diz, visto que elas eram obrigadas a viver sob os comandos do marido e sua criação se dava especificamente para a constituição do matrimônio e maternidade. Com o tempo, a realidade foi evoluindo e a mulher conseguiu conquistar um lugar perante a sociedade, podendo trabalhar do mesmo modo que o homem, tendo oportunidades e exercendo seu papel dentro das políticas sociais. Embora essa liberdade já exista ainda é possível enxergar a expectativa de que a figura feminina venha a crescer, casar-se e tornar-se mãe. Dessa forma, o presente trabalho visa tratar da estabilidade gravídica dentro dos contratos a termo à luz do tema 497 do Supremo Tribunal Federal (STF). Objetiva-se estudar mecanismos de estímulo à comunicação da gravidez ao empregador, logo após a sua ciência, como forma de promover a igualdade da mulher no mercado de trabalho, rompendo padrões culturais de discriminação que têm se formado ao longo do processo histórico brasileiro, bem como entender a importância da boa-fé nas relações contratuais. A metodologia utilizada é qualitativa, pois foram selecionados artigos que tratam do assunto de forma clara e concisa. A revisão literária também é utilizada, dada a análise do posicionamento de outros autores para formação do estudo desenvolvido.

Palavras Chaves: Gravidez. Legislação brasileira. Direitos. Proteção contratual.

Abstract: Women were previously seen in society as a kind of “shadow of the male figure”. So it is said, since they were obliged to live under the commands of their husband and their creation was specifically for the constitution of marriage and maternity. Over time, reality evolved and women managed to gain a place in society, being able to work in the same way as men, having opportunities and exercising their role within social policies. Although this freedom already exists, it is still possible to see the expectation that the female figure will grow up, get married and become a mother. Thus, the present work aims to deal with pregnancy stability within fixed-term contracts in the light of theme 497 of the Federal Supreme Court (STF). The objective is to study mechanisms to stimulate the communication of the pregnancy to the employer, soon after its acknowledgment, as a way of promoting women's equality in the labor market, breaking cultural patterns of discrimination that have been formed throughout the Brazilian historical process, as well as how to understand the importance of good faith in contractual relations. The methodology used is qualitative, as articles that deal with the subject in a clear and concise manner were selected. The literary review is also used, given the analysis of the positioning of other authors for the formation of the developed study.

Keywords: Pregnancy. Brazilian legislation. Rights. Contract protection.

¹Discente do curso de Direito do Centro Universitário de Goiás – UNIGOIÁS.

²Professor Pós Doutor do Centro Universitário de Goiás – UNIGOIÁS.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	05
1 ASPECTOS HISTÓRICOS SOBRE O TRABALHO DA GESTANTE	07
1.1 ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO	09
1.2 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS	13
2 A GARANTIA PROVISÓRIA X ESTABILIDADE DE EMPREGO	16
2.1 GESTANTE EMPREGADA DOMÉSTICA	18
3 CONHECIMENTO JURISPRUDENCIAL À LUZ DO TEMA 497 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	19
CONCLUSÃO	23
REFERÊNCIAS	24

INTRODUÇÃO

Por séculos, as mulheres viveram sob o jugo dos homens e de uma sociedade opressora que não as permitia nada, a não ser almejar o casamento e preparar-se para a procriação. Quantas não foram as mulheres abandonadas ou mortas simplesmente por não conseguirem gerar um filho varão.

Atos hoje naturais, como estudar, trabalhar fora do lar, votar, faziam apenas partedo imaginário da grande maioria das mulheres. Felizmente, muito se conquistou nos últimos séculos, porém ainda vivemos em uma sociedade machista e que tende a ver a mulher como um ser frágil, destinado à vida doméstica e devotado aos filhos.

Atualmente, no Brasil, não há lei que impeça a mulher de trabalhar fora, aliás, é esperado que ela o faça, porém também são esperados o matrimônio e a maternidade. O problema posto traduz-se na incompatibilidade das expectativas com relação à vida da mulher, afinal, como poderá competir no mercado de trabalho, cada vez mais acirrado, se a responsabilidade da maternidade repousa sobre seus ombros.

Essa reflexão histórica e sociológica, por extrema complexidade e amplitude, não poderia ser comportada em sua inteireza apenas neste singelo estudo, razão pela qual aceita-se a provocação de uma reflexão sobre a proteção de empregada gestante no Brasil, na atualidade, e em que medida ela evoluiu no País.

O tema é bastante instigante, com questões muito delicadas e respostas difíceis de ser dadas apenas pelo Direito. Ainda que no plano ideal, ou jurídico formal, a discussão sobre a proteção do trabalho da mulher gestante pode parecer improdutiva pela aparente inexistência de dicotomia, em grande medida pela evolução legislativa brasileira na promoção da igualdade e da proteção a mulher, porém é no plano fático que nascem eventos a justificar um debate sobre proteção formal *versus* proteção fática às empregadas gestantes. Grande é a gama de institutos, normas e princípios de direito interno, comunitário e internacional do trabalho destinados não só à proteção da mulher no período da gravidez, mas também com o escopo de diminuir a discriminação relativa ao trabalho das mulheres.

No Brasil, com o advento da Constituição Federal de 1988, nos termos do artigo 10, II, do ADCT da Constituição Federal, a duração da licença-maternidade foi estendida para 120 dias, bem como foi conferida à gestante estabilidade provisória:

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

[...] II – fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa:

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

O que vem sendo discutido na prática é se o objeto principal da norma constitucional seria assegurar a tranquilidade à mãe, emocional e financeira, enquanto estiver cuidando do nascituro nos seus primeiros meses de vida, ou garantir a proteção da saúde e integridade física do nascituro.

Outro ponto polêmico diz respeito ao dia a dia do Judiciário, em que se questiona se dentro do escopo da norma constitucional estariam contempladas a garantia do emprego em si, a reintegração ou a indenização correspondente ao período de estabilidade, uma vez que, ainda hoje, é possível observar lides ajuizadas por empregadas que foram dispensadas grávidas ou que engravidaram durante o aviso prévio, e que, sem nunca terem entrado em contato com o empregador solicitando o retorno ao trabalho, ajuízam ações próximas do prazo final da prescrição bienal prevista no artigo 7.º da Constituição Federal.

Ademais, também é tema de controvérsia a intenção do legislador quando menciona que a estabilidade da gestante tem início na confirmação da gravidez, bem como a necessidade de a empregada comunicar oficialmente o empregador de sua gravidez para que se beneficie da estabilidade prevista na Constituição Federal.

Este estudo pretende, então, realizar uma discussão a respeito da Estabilidade Gravídica nos Contratos a Termo à Luz do Tema 497 do Supremo Tribunal Federal, assim como a construção jurisprudencial e normacorrelatas acerca do tema.

Pretende-se, ainda, estudar mecanismos de estímulo à comunicação da gravidez ao empregado, logo após a sua ciência, como forma de promover a igualdade da mulher no mercado de trabalho, rompendo padrões culturais de discriminação que têm se formado ao longo de nosso processo histórico, bem como entender a importância da boa-fé nas relações contratuais.

O presente estudo será realizado a partir das principais Convenções Internacionais da Organização Internacional do Trabalho, da Organização das Nações Unidas, bem como da doutrina brasileira a respeito do trabalho da mulher.

Ademais, serão realizados o estudo do ordenamento jurídico nacional e pesquisa jurisprudencial para conferir o atual entendimento acerca da judicialização da estabilidade provisória da gestante, com enfoque na determinação da reintegração e/ou pagamento de indenização compensatória.

Ainda, como elementos empíricos para o presente estudo, serão utilizados os dados obtidos em pesquisas e arquivos oficiais relativos ao mercado de trabalho no Brasil, fornecidos

pelo Ministério do Trabalho e Emprego, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística e outros institutos.

Desse modo, no Capítulo 1, pretende-se demonstrar um estudo sobre os aspectos históricos sobre o trabalho da gestante, das normas internacionais da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e da Organização das Nações Unidas (ONU) aplicáveis ao tema.

No Capítulo 2, apresenta-se uma análise da garantia provisória e a estabilidade do emprego, e será dada também importância para a gestante empregada doméstica.

Em seguida, no Capítulo 3, far-se-á uma análise do conhecimento jurisprudencial à luz do tema 497 do Supremo Tribunal Federal, abordando diversos pontos de vistas de juristas de auto gabarito no contexto nacional.

Na medida em que serão vistas as regras de direito positivo, neste capítulo ainda se pretende apontar como o direito posto é aplicado pelos Tribunais. Assim, será apresentado neste estudo o posicionamento jurisprudencial das Cortes Trabalhistas a respeito da proteção do trabalho da empregada gestante.

Ao final, serão apresentadas as considerações finais sobre os principais pontos debatidos e analisados. Portanto, pretende-se contribuir para os debates a respeito da estabilidade provisória da empregada gestante, bem como contribuir com parâmetros jurídicos que possam propiciar uma relação de trabalho mais isonômica e adequada aos tempos atuais.

1 ASPECTOS HISTÓRICOS SOBRE O TRABALHO DA GESTANTE

Segundo Araújo (2014) com o advento da Revolução Industrial no século XIX, que teve início na Inglaterra, as mulheres conquistaram espaço no mercado de trabalho, porém, foram submetidas a jornadas exaustivas, realizando as mesmas atividades que os homens, mas sempre recebendo salários inferiores. Além disso, não possuíam qualquer proteção no período gestacional ou pós-parto.

No decorrer da revolução Industrial (século XIX), o trabalho da mulher foi muito utilizado, principalmente para a operação de máquinas. Os empresários preferiam o trabalho da mulher nas indústrias porque elas aceitavam salários inferiores aos dos homens, porém faziam os mesmos serviços que estes. Em razão disso, as mulheres sujeitavam-se a jornadas de 14 a 16 horas por dia, salários baixos, trabalhando em condições prejudiciais à saúde e cumprindo obrigações além das que lhes eram possíveis, só para não perder o emprego. Além de tudo, a mulher deveria, ainda, cuidar dos afazeres domésticos e dos filhos. Não se observava uma proteção na fase de gestação da mulher, ou de amamentação (MARTINS, 2014, p. 661).

No Brasil, de acordo com Martins (2014) a primeira Constituição que versou sobre o

tema foi a de 1934, promulgada no início do governo de Getúlio Vargas. A mesma proibia a discriminação do trabalho da mulher quanto a salários; vedava o trabalho em locais insalubres; garantia o repouso antes e depois do parto, sem prejuízo do trabalho e do emprego; e previa os serviços de amparo à maternidade (MARTINS, 2014, p. 663).

Inicialmente o empregador era quem arcava com o salário da gestante no período de afastamento. Em consequência disso, houve uma diminuição na contratação das mulheres, pois o empregador não queria ter esse encargo. No entanto, em 1947 o legislador transferiu esse ônus para a Previdência Social, como menciona Martins (2014): “Somente com a edição da Lei nº 6.136, de 7-11-74, é que o salário maternidade passou a ser uma prestação previdenciária, não mais tendo o empregador que pagar o salário da empregada que vai dar à luz” (MARTINS, 2014, p. 668).

No que diz respeito à proteção da gestante, a nossa atual Carta Magna prevê, na alínea b do inciso II do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que é vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, o que nunca havia sido previsto em âmbito constitucional ou legal, apenas em normas coletivas de certas categorias (ARAUJO, 2014, p. 9).

De acordo com Araújo (2014) a gestante desde a confirmação da gravidez, até 5 meses após o parto, tem estabilidade no emprego, não podendo sofrer despedida arbitrária ou sem justa causa, somente sujeita à dispensa por motivo de ordem técnica, econômico-financeira ou disciplinar (falta grave). Essa garantia surge da necessidade da gestante se manter no emprego em razão da proteção do nascituro e para que ela possa se recuperar do parto e cuidar da criança nos primeiros meses de vida.

A gravidez não é doença. Assim não se pode tratar a gestante como doente ou como incapaz. Quanto à garantia de emprego, justifica-se essa discriminação no período em que a empregada esteja grávida, ou no período pós-parto, pois com certeza não iria encontrar outro serviço no referido lapso de tempo (MARTINS, 2014, p. 473).

De acordo com Araújo (2014) com a edição da norma que concedeu estabilidade à gestante o legislador visou evitar a demissão de mulheres grávidas, bem como a discriminação pelo seu estado gravídico, evitando o desemprego numa fase em que o rendimento é extremamente necessário. Essa proteção concedida à gestante se dá também em razão da proteção ao nascituro, visando o cuidado da criança nos primeiros meses de vida (ARAUJO, 2014, p. 10).

Já para Santos (2019, p. 17) as normas internacionais de proteção ao trabalho da

mulher caminham no sentido de diminuir as diferenças entre o trabalho da mulher e do homem, facilitando o acesso e a manutenção dos contratos de trabalho das mulheres.

No âmbito internacional, os direitos das mulheres e conseqüentemente das gestantes passaram a receber proteção especial, por meio de mecanismos gerais ou específicos, que integram os sistemas global e regional de proteção aos direitos humanos (SANTOS, 2019, p. 17).

Segundo Souza (2019) a promulgação da Constituição Federal de 1988 conferiu a proteção do trabalho da mulher, resguardando-lhe, assim, o direito legal de atuar no mercado de trabalho, em caráter de igualdade e obrigações, frente ao gênero masculino, ficando assim estabelecido, no seu artigo 7º, os direitos dos trabalhadores, os quais visam sua melhoria da condição social.

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

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

XIX- licença – paternidade, nos termos fixados em lei;

XX- Proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei (SOUZA, 2019, p. 13-14).

Dentre os direitos elencados em favor da mulher, merece destaque o inciso XVII do referido art. 7º, o qual faz referência ao prazo de duração da licença à gestante, que é de 120 (cento e vinte) dias, ficando a mesma acobertada, sem nenhum prejuízo do emprego, tampouco do salário. Esse aumento de dias foi destinado à recuperação física e emocional da gestante, bem como ao cuidado com a criança, fazendo, assim, prevalecer os laços da afetividade, tão importantes nesse primeiro momento (SOUZA, 2019, p. 14).

A seguir trataremos o tema a respeito de proteção da trabalhadora gestante no âmbito da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e na Organização das Nações Unidas (ONU).

1.1 ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO

De acordo com Souto Maior (2011, p. 212) o fim da 1.ª Guerra Mundial e o romper da Revolução Russa exerceram no mundo capitalista grande influência para reorganizar-se, e percebeu-se a imperiosa necessidade de instituir um marco de proteção aos trabalhadores antes que estes se vissem dispostos a promover as mudanças nos termos em que estas ocorreram na antiga Rússia. Nesse sentido, observação de Freitas Junior (2011, p. 115): “O êxito da revolução soviética tornou crível e ameaçadora a iminência de novas vitórias socialistas,

impondo às elites vitoriosas a inclusão da questão social na agenda da reconstrução europeia”. Acerca da Revolução, pontua com assertividade Jorge Souto Maior:

Do ponto de vista da construção jurídica, a experiência da Revolução Russa, desde o seu primeiro momento, deixa um legado bastante relevante para a evolução da consciência humana. Com efeito, aquela ruptura que seria mais que razoável supor que viesse a ocorrer após o término da Segunda Guerra Mundial, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que, como se verá adiante, não se deu concretamente, vem, claramente, exposta, por razões óbvias, na Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado, de 04 de janeiro de 1918 (SOUTO MAIOR, 2011. p. 265).

Em 1919, como parte do Tratado de Versalhes, é criada, a Organização Mundial do Trabalho (OIT), é a agência das Nações Unidas que tem por missão promover oportunidades para que homens e mulheres possam ter acesso a um trabalho decente e produtivo, em condições de liberdade, equidade, segurança e dignidade (SANTOS, 2019, p. 18). Importante destacar que, de acordo com Sússekind e Teixeira Filho (2002):

Embora dotada de personalidade própria, a OIT se vincula à ONU como organismo especializado para empreender, no campo social, a ação que considere apropriada em consonância com o seu instrumento constitutivo básico. Relewa ponderar, entretanto, que essa vinculação à ONU não desfigura a personalidade de pessoa jurídica de direito internacional dos organismos reconhecidos com tal qualidade. A OIT, como os demais organismos especializados vinculados à ONU, possui personalidade jurídica independente, sem embargo dos compromissos e obrigações resultantes do acordo de reconhecimento. Instituída como uma associação de Estados, à qual aderiram novos Estados-Membros, a OIT acarreta certas obrigações à atividade estatal, no campo de sua competência (SÚSSEKIND; TEIXEIRA FILHO, 2002, p. 1479).

De acordo com Barzotto (2007, p. 94) como a própria organização destaca, o Trabalho Decente, conceito formalizado pela OIT em 1999, sintetiza a sua missão de promover oportunidades para que homens e mulheres possam ter um trabalho produtivo e de qualidade, em condições de liberdade, equidade, segurança e dignidade humana, sendo consideradas circunstâncias fundamentais para a superação da pobreza, a redução das desigualdades sociais, a garantia da governabilidade democrática e o desenvolvimento sustentável.

Portanto, desde a sua criação, a OIT tem editado normas internacionais sobre as relações de trabalho a serem aplicadas pelos países signatários, sendo considerada fonte de Direito Internacional do Trabalho.

De acordo com Santos (2019) a Convenção n.º 3 da OIT, que dispõe sobre o trabalho da mulher antes e depois do parto, foi ratificada em 26 de abril de 1934, pelo Brasil, promulgada pelo Decreto n.º 423, de 12 de novembro de 1935, revogando-se os dispositivos do Decreto n.º 21.417-A, de 17 de maio de 1932, que lhe eram contrários, pois a norma internacional previa

um descanso de seis semanas antes e depois do parto, em vez de quatro semanas até então vigentes, bem como o custeio do benefício pelo Estado, não pelo empregador como vigorava.

Apesar de breve, essa Convenção, além de incluir o direito à licença-maternidade, como exposto, previa o direito a benefícios médicos pagos, proibição de dispensa à gestante e à lactante e pausas para amamentar. Ainda, com o fulcro máximo de promover a igualdade, rompeu com os paradigmas da época ao falar em seu artigo 2.º da referida convenção que: “Para a aplicação da presente Convenção, o termo ‘mulher’ designa toda a pessoa do sexo feminino, qualquer que seja a idade ou nacionalidade, casada ou não, e o termo ‘filho’ designa, todo o filho, legítimo ou não” (SANTOS, 2019, p. 19).

A Carta Constitucional de 1934 ratificou os direitos consagrados no Decreto n.º 21.417-A, de 17 de maio de 1932, dando-lhe nível constitucional, de maneira que tais direitos ganharam um patamar de norma constitucional a partir de então.

Segundo Silva (2009, p. 166) a tão discutida recomendação da OIT, de que o custeio da licença-maternidade ocorresse de forma concorrente, pela sociedade de maneira geral, por meio de um sistema de seguridade social ou estrutura análoga, a fim de não onerar unicamente o empregador que admitiu a mulher, é precursora em buscar o reconhecimento da função social da maternidade, fenômeno biológico cujos desdobramentos deveriam ser coletivamente assumidos e partilhados.

Não há dúvidas de que a licença-maternidade, entre outros objetivos, visa cooperar para a reprodução social e por tal razão não deve ser um ônus apenas do empregador, e sim detoda a sociedade. O senso de coletividade trazido em seu bojo pode ser considerado um antídoto eficiente à discriminação na contratação de mulheres, afinal, historicamente, o custeio da licença-maternidade em si também serviu como elemento de discriminação das mulheres de determinadas idades em virtude do encarecimento do valor da mão de obra (SANTOS, 2019, p. 21).

De acordo com Santos (2019) a Convenção n.º 103 da OIT, adotada na 35ª Sessão da Conferência, em Genebra (1952), foi aprovada pelo Decreto Legislativo n.º 20, de 30 de abril de 1965, e efetuado o registro do instrumento de ratificação em 18 de junho de 1965. Entrou em vigor, para o Brasil, em 18 de junho de 1966, e foi promulgada pelo Decreto n.º 58.820, de 14 de julho de 1966, publicado no *Diário Oficial da União*, de 19 de julho de 1966.

Em apertada síntese, referida Convenção reviu a Convenção n.º 3, estendendo sua aplicação de maneira igualitária a: mulheres empregadas em empresas industriais; em trabalhos não industriais e agrícolas; mulheres assalariadas que trabalham em domicílio (artigo 1.º); e trabalhadoras rurais e domésticas (SANTOS, 2019, p. 22).

Para Santos (2019) na Terceira Conferência, a OIT, em 15 de novembro de 1921,

havia sido adotada a Recomendação nº 12 para que os Estados-membros viessem a implementar garantias para as mulheres assalariadas empregadas em atividades agrícolas, com direito à proteção antes e depois do parto e à fixação de salário-maternidade às expensas de fundo público ou seguro social.

Segundo Santos (2019) o salário-maternidade foi estabelecido no artigo 4.º, de modo que a mulher, ausentando-se de seu trabalho em virtude licença-maternidade, teria direito a prestações em espécie e à assistência médica. Importante que as prestações percebidas deveriam ser suficientes para assegurar plenamente a subsistência da mulher e de seu filho, segundo um padrão de vida apropriado, conceito ao que tudo indica deveras aberto a interpretações.

No seu item 3, a Convenção estabelece que a assistência médica abrangerá assistência pré-natal, assistência durante o parto e após o parto, prestadas por enfermeira (*parteira diplomada*) ou por médico e, bem assim, a hospitalização quando necessária (SANTOS, 2019, p. 25).

Dignas de nota ainda são as disposições dos itens 4 ao 8 do artigo 4.º que estabeleciam que as prestações em espécie e a assistência médica seriam concedidas quer nos moldes de um sistema de seguro obrigatório, quer mediante pagamentos efetuados por fundos públicos, sendo em ambos os casos concedidos de pleno direito a todas as mulheres que preencham as condições estipuladas (SANTOS, 2019, p. 25).

No sistema brasileiro em vigor, a empresa paga o salário para a empregada em licença-maternidade, mas tem o direito de deduzir integralmente o valor de seus recolhimentos previdenciários pendentes, conforme artigo 94 do Decreto n.º 3.048/1999 (SANTOS, 2019, p. 26).

Segundo Santos (2019) outro importante direito conquistado pelas mulheres na Convenção n.º 103 foi o intervalo remunerado para amamentação, sem prejuízo do salário e sem elástico da jornada, previsto no artigo 5º.

A garantia de emprego para trabalhadora gestante foi estabelecida no artigo 6.º, que expressamente previa a possibilidade de a mulher se ausentar do trabalho em virtude de gravidez, estabelecendo como ilegal a dispensa durante a licença ou em data que o prazo do aviso prévio termine, enquanto durar a ausência supramencionada (SANTOS, 2019, p. 27).

Assim, a Convenção nº 103 da OIT é considerada uma das principais normas internacionais de proteção aos direitos humanos das mulheres (SANTOS, 2019, p. 27).

A garantia de emprego às mulheres gestantes foi estabelecida também no item 4 da mesma norma e prevê ilegal a dispensa durante a gravidez, bem como um mês depois do período

de licença-maternidade (SANTOS, 2019, p. 29).

De acordo com Santos (2019) o item 5 da mesma Recomendação trata ainda da proteção à segurança e saúde das mulheres durante o período de maternidade, estabelecendo que o trabalho noturno e as horas extras deveriam ser proibidos a elas durante a gravidez, bem como o trabalho em ambientes insalubres ou perigosos durante toda a gravidez e pelo menos três meses após o parto, se a mulher ainda amamentar (SANTOS, 2019, p. 29).

Ainda faz menção à necessidade de restrição de algumas atividades para as mulheres, principalmente aquelas que necessitem levantar e empurrar grandes pesos; que exijam força física; que demandem o trabalho em pé por muito tempo; que requeira equilíbrio especial; e as atividades em máquinas com vibrações, sendo garantido o direito de transferência de setor sem prejuízo do salário (SANTOS, 2019, p. 29).

Vale consignar que muitas dessas normas estão incorporadas em textos de Lei no Brasil, inclusive na CLT (SANTOS, 2019, p. 30).

1.2 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS

Segundo Santos (2019) a carta das Nações Unidas foi elaborada pelos representantes de 50 países presentes à Conferência sobre Organização Internacional, que se reuniu em São Francisco, de 25 de abril a 26 de junho de 1945.

As Nações Unidas, entretanto, começaram a existir oficialmente em 24 de outubro de 1945, após a ratificação da Carta pela China, Estados Unidos, França, Reino Unido e ex- União Soviética, bem como pela maioria dos signatários (SANTOS, 2019, p. 32).

De acordo com Santos (2019) a missão da ONU é fomentar a paz entre as nações, cooperar com o desenvolvimento sustentável, monitorar o cumprimento dos Direitos Humanos e das liberdades fundamentais, além de organizar reuniões e conferências em prol desses objetivos (SANTOS, 2019, p. 32).

Ao longo das últimas décadas, as Nações Unidas têm desempenhado papel fundamental na promoção da situação e dos direitos da mulher em todo o mundo. Essa contribuição assume várias formas, como a promoção do debate à negociação de instrumentos juridicamente vinculantes. A criação de espaços de diálogo tem ampliado a visibilidade do tema e a conscientização sobre a situação de discriminação e inferioridade em que se encontram as mulheres em várias esferas da vida social, em quase todos os países (SANTOS, 2019, p. 32).

De acordo com Santos (2019) a negociação de compromissos e de acordos internacionais tem incidido diretamente sobre a legislação e as políticas públicas nos países-

membros, entre eles o Brasil, que é membro fundador da Organização das Nações Unidas e participa em todas as suas agências especializadas. Por tal razão, passaremos a analisar alguns dos mais importantes documentos elaborados por essa Organização e que resguardam os direitos da trabalhadora gestante.

O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais foi adotado pela XXI Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 19 de dezembro de 1966, e trazem seu bojo os seguintes direitos: direito ao trabalho, incluindo remuneração igual para homens e mulheres; direito a formar sindicatos; direito de greve; direito à previdência e assistência social; direitos da mulher durante a maternidade; direitos da criança, incluindo proibição ao trabalho infantil; direito a um padrão de vida razoável que inclua alimentação, vestuário e moradia; direito a todos os seres humanos de estarem a salvo da fome; direito à saúde mental e física; direito à educação; e direito a participar da vida cultural e científica do país (SANTOS, 2019, p. 33).

Segundo Gaspari (2014) editado em 1966, não é de surpreender que o Pacto não foi prontamente ratificado pelo legislativo brasileiro, porquanto o Brasil vivia momento de grande tensão e graves violações aos direitos humanos, em razão do golpe e instauração de ditadura militar que viria a durar mais de vinte anos.

A inflação fora de 50% em 1962 para 75% no ano seguinte. Os primeiros meses de 1964 projetavam uma taxa anual de 140%, a maior do século. Pela primeira vez desde o fim da Segunda Guerra, a economia registrou uma contração na renda *per capita* dos brasileiros. As greves duplicaram, de 154 em 1962, para 302 em 1963. O Governo gastava demais e arrecadava de menos, acumulando um déficit de 504 bilhões de cruzeiros, o equivalente a mais de um terço do total das despesas. [...] O governo de João Goulart se desmanchava. Às quatro da tarde de 1.º de abril de 1964, os cinco tanques M-41 do 1.º Regimento de Reconhecimento Mecanizado, sob o comando do tenente Freddie Perdigão Pereira, fizeram o percurso emblemático das derrotas, indecisões e vitórias da jornada (GASPARI, 2014, p. 50-51).

O Congresso Nacional brasileiro somente aprovou o Pacto anos depois, após o fim da ditadura, em 12 de dezembro de 1991, entrando em vigor apenas em 24 de abril de 1992.

Segundo Santos (2019), alinhado à Convenção nº 103 da OIT, referido Pacto reconhece a expressiva contribuição das mulheres ao bem-estar da família e ao desenvolvimento da sociedade, bem como a importância social da maternidade.

Assim, em seu artigo 10, concede proteção às mães por um período de tempo razoável antes e depois do parto, assegurando ainda às mulheres trabalhadoras o direito de gozar de licença remunerada ou licença acompanhada de benefícios previdenciários adequados (SANTOS, 2019, p. 34).

A Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres é um tratado internacional aprovado em 1979 pela Assembleia Geral das Nações

Unidas por meio da Resolução nº 34/180 (SANTOS, 2019, p. 34).

Mais conhecida como *Cedaw* (sua sigla em inglês), a Convenção é descrita como uma declaração internacional de direitos das mulheres, encontrando-se baseada na dupla obrigação de eliminar a discriminação e assegurar a igualdade (SANTOS, 2019, p. 34).

O Brasil, de acordo com Santos (2019), por meio do Congresso Nacional, aprovou a Convenção, pelo Decreto Legislativo nº 93, de 14 de novembro de 1983, com reservas atrasadíssimas, quanto à igualdade de mulheres e homens, e que somente foram retiradas em 20 de dezembro de 1994 (SANTOS, 2019, p. 34).

A Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher de 1979 considera as garantias e princípios dos diversos instrumentos internacionais de afirmação da condição de igualdade entre os seres humanos, bem como a dura realidade que demonstrava práticas discriminatórias contra a mulher, dispôs sobre os direitos da mulher em diversas esferas: direitos civis, políticos, família, trabalho, entre outrossa garantir a igualdade (SANTOS, 2019, p. 35).

Entre as disposições da referida Convenção, destacamos a menção sobre a importância da proteção à maternidade prevista no artigo 5.º, *b*, segundo o qual

[...] os Estados-Partes tomarão todas as medidas apropriadas para garantir que a educação familiar inclua uma compreensão adequada da maternidade como função social e o reconhecimento da responsabilidade comum de homens e mulheres no que diz respeito à educação e ao desenvolvimento de seus filhos, entendendo-se que o interesse dos filhos constituirá a consideração primordial em todos os casos (SANTOS, 2019, p. 35).

Ainda no artigo 2º, a Convenção determina que os Estados condenem a discriminação contra a mulher em todas as suas formas e criem uma política destinada a eliminar a discriminação contra a mulher, comprometendo-se, ainda, a implementar as medidas de letras “a” a “g” previstas no mesmo artigo (SANTOS, 2019, p. 36).

Além das medidas elencadas no artigo 2º, em seu artigo 11, item 2, a Convenção destaca que os Estados devem impedir a discriminação contra a mulher em razão da maternidade, adotando medidas adequadas para proibir a dispensa por motivo de gravidez ou licença-maternidade, bem como implantar a licença-maternidade, com salário pago ou benefícios sociais comparáveis, sem perda do emprego anterior, antiguidade ou benefícios sociais (SANTOS, 2019, p. 36).

No entanto, conforme aponta Santos (2019), é importante ressaltar que referida Convenção é despida de instrumentos e meios mais eficazes para seu cumprimento, além de ser desprovida dos instrumentos habituais de implantação e fiscalização previstos em outras convenções, exemplificativamente a Convenção para Eliminação da Discriminação Racial

(SANTOS, 2019, p. 36).

Segundo Espinoza (2007), “ainda são necessários sistemas que combatam com maior eficácia a discriminação contra as mulheres, para que imponham aos Estados uma atitude mais definida e uma postura mais ativa” (ESPINOZA, 2007, p. 47).

2 A GARANTIA PROVISÓRIA X ESTABILIDADE DE EMPREGO

A garantia provisória de emprego, segundo Delgado (2010, p. 1165), 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.

Ou seja, é um mecanismo que resguarda o trabalhador da dispensa arbitrária quando esta é fundada em algum ato do empregado como, por exemplo, a eleição do empregado para cargo de direção da CIPA, a mulher que engravida durante o contrato de trabalho; entre outros. Essa garantia tem por objetivo evitar a discriminação no ato da dispensa (BRUMKHORST, 2013, p. 406).

Já a estabilidade de emprego, de acordo com Delgado (2010, p. 1159), é a vantagem jurídica de caráter permanente deferida ao empregado em virtude de uma circunstância tipificada de caráter geral, de modo a assegurar a manutenção indefinida no tempo do vínculo empregatício, independente da vontade do empregador.

Um exemplo desse instituto é a estabilidade do servidor público, todo servidor público que completar três anos de efetivo serviço irá ter a estabilidade de emprego (BRUMKHORST, 2013, p. 407).

No entanto, ressalta-se que as nomenclaturas desses institutos, na prática, se misturam. No caso da gestante, por exemplo, a mulher grávida tem garantia provisória de emprego, no entanto, podemos perceber, em decisões, a utilização de “estabilidade”; porém, essa estabilidade é provisória tendo prazo certo, determinado em Lei, para acabar; podendo, inclusive, o empregador dispensar sem justa causa, quando acabar o prazo pré-determinado (BRUMKHORST, 2013, p. 407).

A Constituição de 1946, artigo 157, inciso XII, reconhecia ao empregado “estabilidade, na empresa ou na exploração rural, e indenização ao trabalhador despedido, nos casos e nas condições que a lei estatuir” (BRASIL, 1946). Martinez (2018, p. 234) ressalta que, com o advento da Lei nº 5.107, de 13 de Setembro de 1966, que tratava sobre o Fundo de

Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), o sistema de estabilidade ficou abalado, pois as empresas só contratavam empregados que fossem optantes do FTGS.

Segundo Corrêa dos Santos (2019) a Lei nº 7.839 de 12 de outubro de 1989, que tratava sobre o FGTS, ressalvava no artigo 12 o direito adquirido dos trabalhadores na seguinte forma: “Art. 12. Fica ressalvado o direito adquirido dos trabalhadores que, à data da promulgação da Constituição Federal de 1988, já tinham o direito à estabilidade no emprego nos termos do Capítulo V do Título IV da CLT”.

A atual norma que dispõe acerca do FGTS, a Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990, quando da apresentação desse trabalho acadêmico, faz a mesma ressalva em seu artigo 14. Realizado um resumo acerca da estabilidade no Brasil, trata-se a seguir a respeito do estudo de seus fundamentos (CORRÊA DOS SANTOS, 2019, p. 19).

Para Barros (2016) “o fundamento da estabilidade reside, portanto, no fato de ser o emprego a principal fonte de subsistência do empregado e fator de equilíbrio psicológico, interferindo com valores de personalidade. A autora ensina que no país, o principal objetivo da estabilidade, “foi a necessidade de assegurar o custeio do sistema previdenciário, o que só era possível com o emprego mão de obra permanente” (BARROS, 2016, p. 631). Já para Martinez (2018, p. 628), “a estabilidade tem fundamento no princípio da justiça social, sendo decorrente do direito do trabalho. O direito ao emprego importa na continuidade do contrato de trabalho, mantendo os direitos do trabalhador”.

Para Renzetti (2018) “a estabilidade no emprego é uma vantagem jurídica de natureza permanente que assegura ao empregado a manutenção do vínculo de emprego, independentemente da vontade do empregador”. Na sequência, o autor ensina que a “estabilidade diferencia-se das garantias tendo em vista que elas são permanentes, enquanto estas possuem um caráter provisório” (RENZETTI, 2018, p. 361).

Estabilidade é a impossibilidade de dispensa do empregado, salvo por motivo de falta grave, enquanto garantia de emprego compreende um continente maior no qual, além da estabilidade, estão inseridas as medidas para assegurar a manutenção do empregado em seu posto e a inserção de determinada faixa de trabalhador ao mercado de trabalho. Por exemplo: As cláusulas através das quais uma empresa compromete-se a não promover demissão em massa, ou não efetuar a despedida arbitrária, são apenas garantias de emprego, não se reportam, portanto, à estabilidade, de modo que será possível a dispensa quando houver falta grave praticada pelo empregado ou quando existirem razões técnicas e ou econômicas para a dispensa (CALVO, 2016, p. 291).

Martinez (2018) entende que “estabilidade legal provisória é avedação temporária ao direito patronal de resilir, justificada por específicos e transitórios fatos geradores”. Expostos a definição e alguns conceitos, passamos ao estudo das formas da estabilidade (MARTINEZ,

2018, p. 792).

Há diversas formas de estabilidade provisória, de forma que se destacam a legal, a contratual, prevista em contrato individual, convenção ou acordo coletivo e ainda a unilateral, instituída em regulamento da empresa (BARROS, 2016). As principais formas de estabilidade provisória previstas no ordenamento jurídico, seja na Constituição ou em normas infraconstitucionais, são: dirigente sindical, gestante, cipeiro e trabalhador acidentado.

Martins (2017) classifica as garantias de emprego da seguinte forma: a) Constitucionais: cipeiro, gestante, dirigente sindical (art. 8º, VIII); b) Legais: acidentados, empregado eleito para o Conselho Curador do FGTS, empregado eleito para participar do CNPS, dirigente de cooperativa, membros de empregados nas Comissões de Conciliação Prévia; c) Contratuais: contrato de trabalho ou norma coletiva (MARTINS, 2017, p. 637).

2.1 GESTANTE EMPREGADA DOMÉSTICA

Após muita discussão sobre o assunto, a Lei Complementar nº 150, de 1º de junho de 2015, que dispõe sobre o contrato de trabalho doméstico, disciplinou o tema. O artigo 25 da referida lei, garante a empregada doméstica gestante o direito a licença-maternidade de 120 (cento e vinte) dias, sem prejuízo do emprego e do salário (CORRÊA DOS SANTOS, 2019, p. 28).

Já o parágrafo único diz que a confirmação do estado de gravidez durante o contrato de trabalho, garante à gestante a estabilidade:

Parágrafo único. A confirmação do estado de gravidez durante o curso do contrato de trabalho, ainda que durante o prazo do aviso prévio trabalhado ou indenizado, garante à empregada gestante a estabilidade provisória prevista na alínea “b” do inciso II do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Nota-se que, ainda que a confirmação do estado de gravidez se dê, durante o prazo do aviso prévio trabalhado ou indenizado, é garantido à empregada gestante o direito a estabilidade provisória.

3 CONHECIMENTO JURISPRUDENCIAL À LUZ DO TEMA 497 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

De acordo com Martins (2014), a palavra confirmação deve ser entendida no sentido

de a empregada demonstrar a gravidez para o empregador, ou seja, deve confirmá-la perante o empregador, pois do contrário, o empregador não tem como saber se a empregada está grávida (MARTINS, 2014, p. 473).

Para a configuração da estabilidade da gestante, doutrina e jurisprudência adotam como regra a chamada teoria objetiva, que considera que o importante é a confirmação da gravidez para a própria empregada, pouco importando se o empregador tinha ou não conhecimento do estado gravídico da obreira. Ou seja, a gestante deverá comunicar ou informar o empregador de sua condição, para que ele possa simplesmente tomar conhecimento do seu estado e assegurar seu direito a estabilidade no emprego até cinco meses posteriores ao parto. O Supremo Tribunal Federal já entendeu que a responsabilidade é objetiva, como podemos observar na decisão abaixo:

EMENTA: EMPREGADA GESTANTE - ESTABILIDADE PROVISÓRIA (ADCT, ART. 10, II, "b") – CONVENÇÃO OIT Nº 103/1952 - PROTEÇÃO À MATERNIDADE E AO NASCITURO - DESNECESSIDADE DE PRÉVIA COMUNICAÇÃO DO ESTADO DE GRAVIDEZ AO EMPREGADOR - ESPECIFICAÇÃO DAS VERBAS RESCISÓRIAS DEVIDAS À EMPREGADA – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS. - O legislador constituinte, consciente das responsabilidades assumidas pelo Estado brasileiro no plano internacional (Convenção OIT nº 103/1952, Artigo VI) e tendo presente a necessidade de dispensar efetiva proteção à maternidade e ao nascituro, estabeleceu, em favor da empregada gestante, expressiva garantia de caráter social, consistente na outorga, a essa trabalhadora, de estabilidade provisória (ADCT, art. 10, II, "b"). - A empregada gestante tem direito subjetivo à estabilidade provisória prevista no art. 10, II, "b", do ADCT/88, bastando, para efeito de acesso a essa inderrogável garantia social de índole constitucional, a confirmação objetiva do estado fisiológico de gravidez, independentemente, quanto a este, de sua prévia comunicação ao empregador, revelando-se írrita, de outro lado e sob tal aspecto, a exigência de notificação à empresa, mesmo quando pactuada em sede negociação coletiva. Precedentes. (AI 448572 ED, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 30/11/2010, DJe-247 DIVULG 15-12-2010 PUBLIC 16-12-2010 EMENT VOL-02452-01 PP-00267- Grifo nosso).

Por sua vez, o TST tem jurisprudência pacífica no sentido de que a empregada não precisa comprovar sua gravidez perante o empregador, bastando haver sua confirmação, como podemos observar no inciso I da Súmula 244: “O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade” (ARAÚJO, 2014, p. 11).

No entanto, diz Araújo (2014) se a empregada for dispensada e ela própria desconhecer seu estado gravídico, o empregador não poderá ser responsabilizado, pois não se configuraria uma dispensa arbitrária, excluindo assim, a possibilidade do empregador estar contrariando a norma.

O dispositivo constitucional transitório não indica quando cessa a garantia de emprego

da gestante cuja gravidez seja interrompida pelo aborto, em vez do parto, aspecto também não disciplinado pela CLT ou por outras normas trabalhistas.

Inexiste a garantia de emprego em caso de aborto, visto que a proteção do nascituro não existe a partir do momento em que ele não nasceu com vida. Nesse caso específico o TST tem aplicado o que se encontra previsto no art. 395 da CLT e concedido a mulher apenas duas semanas de licença remunerada (MARTINS, 2014, p. 473).

A legislação também é omissa no que diz respeito à morte da criança logo após o parto. De acordo com Martins (2014), “se houve parto, mesmo que a criança tenha nascido morta, há garantia de emprego, porque houve gestação e parto” (MARTINS, 2014, p. 474). Esse também é o entendimento do TST, como podemos perceber no acórdão abaixo:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. ESTABILIDADE PROVISÓRIA DA GESTANTE. ARTIGO 10, INCISO II, ALÍNEA -B-, DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS. FALECIMENTO DO NASCITURO LOGO APÓS O PARTO. Conforme o artigo 10, inciso II, alínea -b-, do ADCT, não se admite a dispensa arbitrária da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. No caso concreto, extrai-se da fundamentação do acórdão regional que a concepção ocorreu na vigência do contrato de experiência. Conforme se observa da garantia assegurada no artigo 10, inciso II, alínea -b-, do ADCT, o constituinte impôs apenas uma condição para o reconhecimento da estabilidade provisória, que a concepção da gravidez tenha ocorrido no curso do contrato de trabalho. Ou seja, não há, no texto constitucional, limitação quanto ao reconhecimento da estabilidade provisória da gestante nos casos em que ocorra o óbito do nascituro logo após o parto. Não se mostra razoável limitar o alcance temporal de um direito da trabalhadora, sem fundamento legal ou constitucional razoável para tanto. Com efeito, a decisão regional, segundo a qual a reclamante faz jus à estabilidade provisória no emprego, mesmo em caso de morte prematura do nascituro, não afronta a literalidade do artigo 10, inciso II, alínea -b-, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT. Há precedentes. Divergência jurisprudencial não caracterizada, por outro lado, pois os arestos indicados como paradigmas são inservíveis, seja porque não se enquadram na alínea -a- do artigo 896 da CLT, seja porque não atendem aos pressupostos de admissibilidade estabelecidos na Súmula nº 337, item IV, letra -c-, do TST. Agravo de instrumento desprovido. (AIRR - 2022- 73.2012.5.15.0032 , Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 08/10/2014, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 17/10/2014 – Grifo nosso)

A empregada doméstica também faz jus à estabilidade provisória. Essa garantia tornou-se inquestionável a partir de 26 de julho de 2006, com a publicação da Lei 11.324, que acrescentou o art. 4º-A à Lei nº 5.859 de 11/12/1972, cuja redação é clara: “É vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada doméstica gestante desde a confirmação da gravidez até 5 (cinco) meses após o parto.” Assim, a doméstica que ficar grávida somente poderá ser dispensada, a partir de agora, se cometer falta grave, essa estabilidade indo do momento em que confirma a gravidez até 5 meses após o parto.

Frisa-se, por oportuno, que a Constituição Federal, em seu art. 7º inciso XVIII,

assegura o emprego à gestante, e não indenização, que só é devida no caso de não mais ser possível a reintegração pelo término da garantia do emprego, e desde que a empresa tivesse ciência da gravidez da empregada. A esse respeito também podemos observar o inciso II da Súmula 244 do TST: “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” (ARAÚJO, 2014, p. 12).

No caso de a empregada deixar de terminar o período de garantia de emprego e só depois ajuizar a ação, ela não faz *jus* nem a reintegração nem à indenização, pois o seu ato impediu o empregador de reintegrá-la no emprego, demonstrando seu desinteresse em voltar a trabalhar na empresa. O autor completa o raciocínio afirmando que: “o direito previsto na Constituição é ao emprego e não à indenização” (MARTINS, 2014, p. 475). Entretanto, o TST entende que:

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

De acordo com Araújo (2014), estabilidade provisória da gestante não se confunde com licença maternidade, visto que a primeira determina o prazo durante o qual o empregador não pode dispensar a empregada gestante, enquanto que a segunda determina o prazo que a gestante pode permanecer em casa para cuidar do filho e da sua própria recuperação.

Segundo Castro (2016) antes mesmo do advento da Constituição da República de 1988, os tribunais trabalhistas já demonstravam preocupação com a empregada gestante, vindo a garantir o recebimento de salários e vantagens durante o período gravídico, com fulcro caráter protetivo das normas reguladoras do trabalho.

Nesse sentido, já em 1985, o Tribunal Superior do Trabalho editou a Súmula nº 244, que garantiu às gestantes, não a estabilidade ao emprego, mas sim aos salários e vantagens pelo correspondente período, senão vejamos:

Redação original - Res. 15/1985, DJ 05, 06 e 09.12.1985. Nº 244 Gestante - Garantia de emprego. A garantia de emprego à gestante não autoriza a reintegração, assegurando-lhe apenas o direito a salários e vantagens correspondentes ao período e seus reflexos (CASTRO, 2016, p. 4).

De acordo com Castro (2016), em 1988, elegeu-se como fundamento da República o Estado Democrático, garantido o regular exercício da igualdade e justiça social. A Constituição

Cidadã incorporou ao seu texto (art. 1º, inciso III), como princípio basilar dos direitos e obrigação do brasileiro, a dignidade da pessoa humana, desencadeando na mudança da forma de aplicação da Lei, em todas as esferas (CASTRO, 2016, p. 4).

Dentre as inúmeras reformas advindas da nova Carta Magna, destaca-se a garantia expressa aos direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, com vista à melhoria de sua condição social (art. 7º), incluindo a proteção contra dispensa arbitrária ou sem justa causa, *in verbis*:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:
I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos (CASTRO, 2016, p. 4).

Neste sentido, no ato das disposições constitucionais transitórias foi incluído o art. 10, II, alínea, “b”, do ADCT que, até a complementação do disposto no art. 7º, da CR/88, assegurou que:

Art. 10. Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição: II - fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa. b) da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto (CASTRO, 2016, p. 5).

Nota-se que a partir a CR/88, a proteção anteriormente aplicada pelo Superior Tribunal do Trabalho ganhou amparo da norma constitucional, todavia, a garantia que se fala, neste momento, não é a de salários e benefícios, mas sim a de emprego, sendo vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto (CASTRO, 2016, p. 5).

Segundo Castro (2016) ao longo do tempo, com a priorização da garantia da dignidade da pessoa humana, a interpretação da norma constitucional foi amadurecendo, culminado em frequentes mudanças à Súmula 244, do TST, e à interpretação do citado art. 10, do ADCT, passando-se a se destinar ao nascituro, e não somente à gestante, o direito à estabilidade provisória.

Em 2003, a primeira alteração na Ementa incorporou a norma constitucional, conferindo à gestante o direito ao emprego, limitando-se o pagamento das vantagens e salários, quando exaurido o período estável, isto é, cinco meses após o parto. Assim, a gestante tinha assegurado o emprego e, somente se exaurido tal prazo, perceberia os salários e benefícios correspondentes (CASTRO, 2016, p. 5).

Súmula alterada - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003 - Nº 244 Gestante. Garantia de emprego - 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 (CASTRO, 2016, p. 5).

Nos anos seguintes, segundo Castro (2016) a interpretação da norma continuou a ser ampliada, de modo que o desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afastaria o direito à reintegração ao trabalho ou ao recebimento da indenização correspondente, até o desencadeamento de conflito entre o contrato por prazo determinado, preconizado no art. 443 e parágrafos, da Consolidação das Leis do Trabalho-CLT e a estabilidade em estudo.

CONCLUSÃO

Após o estudo deste trabalho em forma de artigo, constatou-se que há muito tempo o Tribunal Superior do Trabalho possui o entendimento de que a estabilidade provisória da empregada gestante independe ser o contrato de trabalho por prazo determinado ou não. Nesta perspectiva, considerando todos esses anos de firme posicionamento, foi editada a súmula nº. 244 no ano de 2012, que sedimentou e pacificou ainda mais o entendimento esboçado.

Neste sentido, é dizer afirmativamente: a estabilidade provisória da empregada gestante é direito incorporado a todas as empregadas gestantes do país. É incorporado em razão do entendimento pacífico do Tribunal Superior do Trabalho, de modo que não poderia haver a supressão em sentido totalmente oposto ao que decidido por vários anos atrás. Com isso, é possível realizar mais uma afirmativa: a de que o Tribunal Superior do Trabalho violou o princípio da proibição do retrocesso social. E tal afirmativa ganha relevância diante dos argumentos da decisão que, como informado, ora foi por suposta superação do tema, ora foi porque de antemão a empregada gestante sabia a data final do contrato de trabalho.

A ausência de lógica nas decisões causa estranheza na mais alta corte trabalhista do país, uma vez que é nítida a ausência de semelhança ou identidade com o tema 497 do Supremo Tribunal Federal em relação ao que fora julgado no Recurso de Revista nº. 1001345-83.2017.5.02.0041. Do mesmo modo, a decisão do Incidente de Assunção de Competência nº. 2 simplesmente contrariou os entendimentos anteriores, com fatos e fundamentos que já haviam sido afastados em outros julgamentos. Infelizmente, após as afirmações acima, é possível realizar a seguinte conclusão: a de que o princípio da proibição do retrocesso social deve ser levado a sério não apenas pelo Legislativo ou pelo Executivo, mas também pelo Judiciário, que é o final garantidor dos direitos fundamentais sociais, e possui papel importante na construção

e concretização dos direitos fundamentais sociais.

A estabilidade provisória conferida às gestantes é garantia amplamente conhecida. Contudo, a proteção não atende a todo e qualquer caso, de sorte que a hipótese de rescisão do contrato de trabalho por prazo determinado, tal como ocorre no contrato de experiência, não é abarcada pela estabilidade provisória.

Isso porque o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Tema 497, da repercussão geral, estabeleceu dois requisitos que a estabilidade deve pressupor, a saber: i) a gravidez ser anterior à rescisão do contrato de trabalho e ii) a demissão ter sido sem justa causa, esta última que não socorre a hipótese da extinção do contrato por prazo determinado.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Miebt Oliveira de. **Estabilidade Provisória da Gestante**. Campina Grande: Universidade Estadual da Paraíba, 2014.

BARROS. Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016.

BARZOTTO, Luciane Cardoso. **Direitos humanos e trabalhadores**: atividade normativa da Organização Internacional do Trabalho e os limites do direito internacional do trabalho. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988**. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 05 de out de 1988. Disponível em: BRASIL. Consolidações das Leis do Trabalho, de 05 de outubro de 1988. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 01 de maio de 1943. Disponível em:

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n.º 629.053/SP**. Relator Ministro Ricardo Lewandowisk. 16 de abril de 2013. 16924

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista n.º 1001345-83.2017.5.02.0041**, relator Ministro Alexandre Luiz Ramos. 27 de novembro de 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista n.º 5377-71.2013.5.12.0022**. Relatoria do Ministro Walmir Oliveira da Costa. 24 de março de 2017.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula 244**. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho. Brasília, DF, 27 de setembro de 2012.

BRASIL. Tribunal Superior do trabalho. **Orientação jurisprudencial n.º 30**. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho. Brasília, DF, 21 de setembro de 2011.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região. **Súmula 59**. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho. Santa Catarina, SC, 09 de setembro 2015.

BRUMKHORST, Duanne David. **Garantia Provisória de Emprego a Empregada Gestante no**

Curso do Aviso Prévio. **Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva**, n. 21; 2/2013.

CASTRO, Mariella Guerra Moreira de. **Do Direito à Estabilidade Provisória da Gestante e o Princípio da Boa-Fé Objetiva**. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

CALVO, Adriana. **Manual de direito do trabalho**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
CORRÊA DOS SANTOS, Aline Cristiane. **A Estabilidade Provisória da Gestante Contratada Pela Administração Pública Sem Vínculo Empregatício Efetivo**. Imbituba: Universidade do Sul de Santa Catarina, 2019.

CLT. **Consolidação das Leis do Trabalho – CLT e normas correlatas**. Brasília: Senado Federal, 2017.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 9ª ed. São Paulo: LTr, 2010.

ESPINOZA, Olga. **Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

FREITAS JR., Antonio Rodrigues de. História universal e direito do trabalho. **Revista do Direito do Trabalho**, ano 37, v. 144, out.-dez./2011.

GASPARI, Elio. **A ditadura envergonhada**. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

RENZETTI, Rogério. **Direito do Trabalho: teoria e questões práticas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

SANTOS, Ariane Gomes dos. **Estabilidade provisória da empregada gestante: reflexões críticas**. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2019.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Direito do trabalho aplicado: segurança e medicina do trabalho, trabalho da mulher e do menor**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Curso de direito do trabalho: teoria geral do direito do trabalho**. Parte I. São Paulo: LTr, 2011.

SÜSSEKIND, Arnaldo; TEIXEIRA FILHO, João de Lima. **Instituições de direito do trabalho**. 20. ed. São Paulo: LTr, 2002.

ZANATTA, Cláudio. **A Aplicação do Tema 497 de Repercussão Geral: Incidência Prevista no Art. 10, II do ADCT**. Florianópolis: Brandão e Costa, 2021.