



ISSN Eletrônico: **2525-5908**

www.revistafarol.com.br

**SÚMULA 244, INCISO III, DO TST: UMA ANÁLISE DO CONFLITO DE DIREITOS
GERADO À LUZ DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA**

Thiago Barisson de Mello
Ana Carolina Oliveira Guedes Memória
Gabriel de Souza Vieira
Jacson Raielvone Ramos
Odaisa Duarte Costa

SÚMULA 244, INCISO III, DO TST: UMA ANÁLISE DO CONFLITO DE DIREITOS GERADO À LUZ DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA

Thiago Barisson de Mello¹

Ana Carolina Oliveira Guedes Memória²

Gabriel de Souza Vieira³

Jacson Raielvone Ramos⁴

Odaísa Duarte Costa⁵

RESUMO: O artigo trata do conflito de direitos surgido da estabilidade da gestante nos contratos de trabalho por tempo determinado em função da segurança jurídica do empregador. É colocado em análise a atual aplicação da Súmula 244, em seu inciso III, do Tribunal Superior do Trabalho, no que se refere também à garantia constitucional da dignidade da pessoa humana do nascituro. Isto se deu após o Supremo Tribunal Federal proferir entendimento no sentido de que servidoras públicas e empregadas gestantes possuem direito à licença maternidade, além da estabilidade provisória que possui termo inicial na confirmação da gravidez e final após sobrevindos 05 meses do parto, independente do regime jurídico de trabalho. Posteriormente, o mesmo posicionamento foi adotado pelo TST. Desta maneira, existe uma afronta à estabilidade dos negócios jurídicos, já que o empregador é obrigado, por força da aplicação de tal jurisprudência, a arcar com tal adicionada responsabilidade.

Palavras-chave: Estabilidade da Gestante; Contrato por Tempo Determinado; Súmula 244 do TST.

PRECEDENT 244, SUBPARAGRAPH III OF SUPERIOR LABOR COURT: AN ANALYSIS OF THE CONFLICT OF RIGHTS GENERATED IN THE LIGHT OF THE PRINCIPLE OF HUMAN DIGNITY

ABSTRACT: The article deals with the conflict of rights emerged from the stability of the pregnant woman in the work contracts for determined time due to the legal security of the employer. It is put in analysis the current application of the precedente 244, in its subparagraph III, of the Superior Labor Court, in what is referred also to the constitutional guarantee of the dignity of the person of the unborn child. This occurred after the Federal Supreme Court rendered na understanding in the sense that the public servants and pregnant employees have the right to maternity leave, besides the provisory stability that she has. Posteriorly, the same position was adopted by the Superior Labor Court. In this way, there is na affront to the sability of the legal business, since the employer is obligated, by virtue of the application of such jurisprudence, to bear such added reponsability.

Keywords: Stability of Pregnant woman; Fixed-Term Contract; Precedent 244 of TST (Superior Labor Court).

¹ Professor do magistério superior pela Universidade Federal de Rondônia – *Campus* de Cacoal. Pós-graduado em Direito Público pelo Centro Universitário Leonardo da Vinci, em 2011. Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Humanas e Sociais - UNESP, em 2009.

² Acadêmica de Direito pela Universidade Federal de Rondônia – *Campus* de Cacoal.

³ Acadêmico de Direito pela Universidade Federal de Rondônia – *Campus* de Cacoal.

⁴ Acadêmico de Direito pela Universidade Federal de Rondônia – *Campus* de Cacoal.

⁵ Acadêmica de Direito pela Universidade Federal de Rondônia – *Campus* de Cacoal.

Introdução

O Direito do Trabalho é um ramo do Direito que tem como objetivo buscar a igualdade material entre os empregadores e seus empregados. Além disso, para se auferir uma igualdade também no que tange às necessidades biológicas femininas e masculinas, a norma constitucional que vigora utiliza-se de certos instrumentos exigido pelo Estado Democrático de Direito.

Quanto a isso, demonstra-se a necessidade da existência da estabilidade dos trabalhadores, garantindo o emprego dos labutadores por certo período, os quais se encontraram em uma situação de desequilíbrio.

Nesta seara, Franco Filho (2009) entende por estabilidade jurídica

aquela que impede o despedimento do empregado pela vontade do empregador, mantido incólume seu contrato, preservado este do poder potestativo de dispensa patronal. A estabilidade econômica é a que cuida da parte in-pecunia, que é o sustento mesmo do trabalhador subordinado, os ganhos para manter-se e a sua família.

Para tal, contrato é visto por Cairo Júnior (2014) como

um acordo de vontades, seja ele de forma expressa ou tácita, por meio do qual o empregado (pessoa física) responsabiliza-se pela realização de uma prestação laboral (serviço), de forma não-eventual e subordinada ao empregador, que, por sua vez, deve pagar uma contraprestação em valor pactuado ou imposto pela lei.

A diferença entre contrato por tempo determinado e indeterminado é aludida sublimemente por Rodrigues (2017):

Conforme a boa doutrina de Cairo Júnior (2014), será por prazo indeterminado aquele contrato celebrado entre empregado e empregador, com a devida forma legal, onde nada foi ajustado quanto ao fim da prestação de serviços. Temos essa presunção e segurança, decorrendo de um dos preceitos norteadores do direito laboral, o princípio da continuidade do emprego, temos por tanto uma presunção *iuris tantum*.

Cairo Júnior (2014) aduz ainda que quando temos dentro do contrato laboral uma eficácia sujeita a evento futuro e determinado, que irá pôr termo ao contrato, de forma excepcional admitida em lei, temos um contrato por prazo determinado.

Dentro da modalidade de contrato por prazo determinado temos as espécies: o regido pelo art. 443, §2º, da Consolidação das Leis do Trabalho; o contrato de experiência; o contrato por obra certa; o contrato por prazo determinado com

cláusula de rescisão antecipada; o regido pela lei nº 9.601 de 1998; o contrato de trabalho temporário; além de outras espécies como artistas e técnicos, contrato de aprendizagem e de atletas profissionais.

Cita-se então o disposto no artigo 7º, em seus incisos XVIII e XIX, da Carta Magna de 1988, como sendo espécies de institutos aos empregados - aparatos pelos quais os genitores amparam-se e preservam um desenvolvimento digno aos seus descendentes. O primeiro é designado como uma licença de 120 dias à gestante e, logo após, tal licença é referida à figura paterna.

Outros mecanismos que buscam atingir a igualdade material entre as partes são as ações afirmativas, medidas de cunho privado ou político com objetivo de minorar ao máximo os diversos aspectos das desigualdades sociais que se assentam nas sociedades, tendo por máxima o equilíbrio social.

Desta maneira, sob a ótica dos mencionados instrumentos supracitados é que podemos analisar e perceber a presença da igualdade material quando se trata da interrupção do contrato de trabalho em virtude do nascimento de um filho. É notório que o estágio gravídico é muito mais desgastante para as mulheres do que para os homens.

Não podemos olvidar que a Igualdade é um direito fundamental garantido pela Constituição Federal de 1988, sendo este um direito de 2ª dimensão, o qual faz parte até mesmo do lema da marcante Revolução Francesa, processo social significativo ocorrido entre 1789 e 1799.

Neste sentido, o Direito do Trabalho se utiliza da estabilidade provisória da mulher gestante como um dos instrumentos aplicados às partes para exercer o direito fundamental da igualdade, o qual encontra-se assentado no *caput* do venerável artigo 5º da Constituição Federal de 1988. Acontece que tal estabilidade quando aplicada nos regimes de trabalho por tempo determinado, ou ainda chamados a termo, gera conflito teórico e prático no que tange a sua aplicação na realidade trabalhista.

Figura-se então a estabilidade provisória da mulher gestante no contrato por tempo determinado como objeto da presente produção acadêmica, de modo a analisar o conflito de direitos que é gerado a partir da atual aplicação da Súmula 244, inciso III, do Egrégio Tribunal Superior do Trabalho. Neste passo, fundamentar-se-á essa arguição no princípio da dignidade da pessoa humana no que se refere ao nascituro e, na insegurança jurídica em razão

da afronta à estabilidade do negócio jurídico frente ao empregador, tendo em vista sua obrigatoriedade à adequação jurídica.

Assim, será utilizado o método indutivo, bem como pesquisas bibliográficas em jurisprudências, doutrinas e leis para analisar as possíveis teses existentes em relação ao direito do nascituro e do empregador.

Histórico jurisprudencial e o conflito de direitos envolvidos na Súmula 244, inciso III, do TST.

Desde meados do século XVIII, período da grande Revolução Francesa, houveram transformações marcantes com relação ao empoderamento da mulher na sociedade, uma vez que iniciaram uma luta por equidade dos direitos entre gêneros. Esse arcabouço histórico refletiu na situação econômica mundial (inclusive na brasileira), conforme se infere a seguir:

Ao longo das últimas décadas do século XX ocorreram mudanças na economia mundial, com impactos diretos sobre as relações de comércio, produção e trabalho. Estas mudanças também aconteceram no Brasil, constituindo assim um ambiente favorável para a entrada de novos trabalhadores no mercado de trabalho, inclusive do sexo feminino (VIEIRA, 2006, p.10).

Assim, com a abertura do mercado de trabalho e com o maior uso de sua mão-de-obra, surge a necessidade de disciplinar normas especiais para a devida igualdade advindas das particularidades biológicas existentes entre o trabalhador homem e mulher. Advento especial e momento mais sublime da vida, por exemplo, é a maternidade, instante que merece a melhor e a maior das proteções. Portanto, busca-se alcançar uma estabilidade no período de gestação e, também, pós-parto, a fim de garantir a dignidade humana da genitora e do nascituro. Essa é a única forma de tratamento diferenciado em relação ao homem trabalhador. Por isso, a respeito do tema, fala-se de estabilidade mesmo em casos de gestação.

Estabilidade provisória é o nome dado nesse caso de mulheres no estado gravídico-puerpérico como uma garantia de emprego, que protege a mulher empregada por certo lapso de tempo - da ciência do estado gravídico até cinco meses após o parto - a fim de preservá-la durante a maternidade.

Ante o exposto, desde 1988 a Constituição da República Federativa do Brasil, no ADCT – Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, em seu art. 10, inciso II, alínea b, buscou garantir o direito da estabilidade da gestante, *in verbis*:

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.

Destarte, observa-se que o artigo da ADCT rege a estabilidade provisória sem distinção dos referidos contratos, quais sejam, por tempo indeterminado, determinado ou experiência. Além disso, conforme informa o texto do artigo, faz-se necessário para regularização da norma promulgação de lei complementar acerca do assunto que, no entanto, não foi escrita. Assinala Perin (2015) então que o surgimento da Súmula 244 do TST surge para disciplinar o dispositivo constitucional, provisoriamente, na ausência de lei complementar.

Como até hoje não foi elaborada a lei complementar, o Tribunal Superior do Trabalho tratou de disciplinar o dispositivo constitucional por meio da Súmula nº 244, estabelecendo a proteção de emprego à empregada gestante, desde a confirmação da gravidez, independentemente de comunicação ao empregador. Tal Súmula prevê também, o direito a reintegração ao trabalho, ou em caso de inviabilidade da reintegração, de pagamento das verbas decorrentes.

Numa primeira redação, a Súmula nº 244 do TST entendeu que não há direito da empregada gestante à estabilidade provisória na hipótese de admissão mediante contrato de experiência, visto que a extinção da relação de emprego, em face do término do prazo, não constitui dispensa arbitrária ou sem justa causa, conforme se infere a seguir:

SÚMULA nº 244 DO TST – antiga redação

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

Item III - Não há direito da empregada gestante à estabilidade provisória na hipótese de admissão mediante contrato de experiência, visto que a extinção da relação de emprego, em face do término do prazo, não constitui dispensa arbitrária ou sem justa causa.

Neste caso, se considerarmos a redação do item III, é notória a especificação da estabilidade garantida somente às gestantes que possuem contrato por tempo indeterminado, sendo excluídas da condição de estabilidade as gestantes que possuem contrato de experiência e por tempo determinado.

No entanto, com o passar do tempo, percebeu-se a necessidade de uma nova alteração na referida súmula, a qual ocorrera em 2012, veja-se:

SÚMULA nº 244 DO TST – nova redação

GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA

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.

Ocorre que nessa nova redação o órgão máximo da seara trabalhista alterou o entendimento até então adotado, passando a estender a garantia de emprego aos contratos com prazo determinado. Daí a discussão acerca da nova redação da Súmula 244, inciso III, que trata especificamente desse tema. Depois do Supremo Tribunal Federal ter fixado entendimento no sentido de que as servidoras públicas e empregadas gestantes, inclusive as contratadas a título precário, independentemente do regime jurídico de trabalho, têm direito à licença-maternidade de cento e vinte dias e à estabilidade provisória desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, o Tribunal Superior de Justiça ajustou sua súmula e fixou entendimento similar. O que surge daí é o conflito de direitos arguidos no princípio da dignidade da pessoa humana, que resguarda os direitos fundamentais do nascituro e da gestante, e a insegurança jurídica em razão da afronta à estabilidade do negócio jurídico, tendo em vista a obrigatoriedade da submissão do empregador à estabilidade da empregada gestante, ainda que se trate de contrato por tempo determinado.

Para alavancar tal discussão, é necessário compreender os princípios regentes do direito do trabalho e em específico o princípio da dignidade humana, que rege as teses acerca da proteção de direitos.

Segundo Perin (2015), o Direito do Trabalho tem como objetivo buscar a igualdade material entre aqueles que formam a relação jurídica trabalhista: empregado e empregador. Para tanto, dois princípios regem essa ciência, princípio da proteção e princípio da continuidade, que estabelecem uma estabilidade para o empregado. Delgado (2010) assinala a importância dos princípios para a ciência do Direito, declarando que são “proposições fundamentais que informam a compreensão do fenômeno jurídico. São diretrizes centrais que se inferem em um sistema jurídico e que, após inferidas, a ele se reportam, informando-o.”

Princípio fundamental para o estudo da estabilidade e seus efeitos, define Ingo Sarlet (2006, p.41-42) dignidade humana conceituando-a como

qualidade integrante e irrenunciável da própria condição humana, pode (e deve) ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, não podendo, contudo, ser criada, concedida ou retirada (embora possa ser violada) já que existe em cada ser humano como algo que lhe é inerente.

Assim, sendo um princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana constitui um valor orientador para todo o ordenamento jurídico, o que justifica a sua caracterização como princípio constitucional de maior hierarquia axiológica-valorativa, preponderando sobre outro princípio quando colidente com outro princípio (SARLET, 2006).

Além disso, deve-se levar em consideração a estabilidade jurídica envolvida no negócio jurídico. Por meio do instrumento do contrato, tal como especifica o artigo 421 do Código Civil de 2002 e o artigo 442 da Consolidação das Leis Trabalhistas, a função social desse negócio jurídico está baseado nos princípios da boa fé e tem a ordem econômica o núcleo do interesse do contrato, e assim colabora para a construção de um ambiente contratual justo, ético e equitativo das relações negociais (SILVA, 2014). Se de alguma maneira, fere-se os direitos das partes envolvidas, rompe-se com a função social do contrato e a estabilidade do negócio jurídico. É de extrema relevância que o ordenamento jurídico prestigie e proteja a estabilidade social e a segurança da relação jurídica, de forma que é fundamental que se tutele de forma adequada a confiança depositada pelas pessoas nas declarações que lhes são feitas (AZEVEDO E AZEREDO, 2014).

A partir disso, apresenta-se uma exposição das teses que interpretam a súmula em sua aplicação a fim de harmonizar os direitos envolvidos em favor ou desfavor das partes envolvidas na súmula.

Tese pró-vida

Os doutrinadores e juristas que entendem dessa forma a aplicação da Súmula 244, inciso III, do TST vem propor que, a garantia de emprego concedida à gestante, atende ao direito à vida, à saúde, à maternidade, ou seja, à dignidade (BONILHA; VERQUIETINI, 2011, p. 5). Nesse novo cenário, a empregada que engravidar no decorrer do contrato por tempo determinado, inclusive em contrato de experiência, passa a ter o direito ao emprego até o final do período estável (MARTINEZ, 2014, p. 682). Ora, tal tese, independentemente da divergência de institutos nela envolvidas, entre os interesses econômicos e a proteção ao nascituro envolvidos na questão da estabilidade da gestante no contrato de trabalho por tempo determinado, há um ponto incontroverso: para um país garantir a formação de verdadeiros cidadãos, a preocupação com a vida e a dignidade deve partir do momento da concepção, exatamente como dispõe a referida súmula do Tribunal Superior do Trabalho. Nesse sentido, ainda segundo os seguidores dessa tese, por conta da supremacia da dignidade humana em detrimento de outros direitos e institutos, acredita-se que se pode aplicar tal entendimento em todos os casos, sem considerar a possível fragilidade do empregador nesse negócio jurídico. O que de fato não pode ocorrer.

Nesta direção, explica Homero Batista Mateus da Silva (2009, p. 166):

O tema da proteção à maternidade tem um duplo alcance: de um lado, prestigia efetivamente a gestante, para que ela não vivencie maiores sobressaltos no curso da gravidez, de consequências imprevisíveis e irremediáveis, mas também se procura garantir o nascituro, a fim de que ele tanto possa se desenvolver em condições mais favoráveis como, sobretudo, venha ao mundo em condições ao menos medianas de nutrição e higiene.

Tal tese também é fundamentada na responsabilidade objetiva do empregador, ou seja, na dispensa da comunicação da gravidez, preponderando o

entendimento [...] de que, se a gestante tivesse o filho ainda no curso do contrato por prazo determinado, visto que iria começar a percepção da licença maternidade de 120 dias ainda no contrato, teria direito à estabilidade, tendo como base a Constituição Federal a qual protege o nascituro (SANTOS, 2013).

O Recurso de Revista n. 6605-52.2010.5.12.0001, julgado pela 4ª Turma do TST, de relatoria do Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, é um dos precedentes utilizados pelo Pleno para alteração do entendimento do item III da súmula. Nele entende o Ministro que

a garantia constitucional em exame é significativa, sobretudo considerando-se a proteção à pessoa humana e às necessidades do nascituro. Tal direito visa à proteção mediata do nascituro, pessoa natural absolutamente incapaz, mas sujeito de direitos e obrigações, consoante dispõe o art. 2º, parte final, do Código Civil de 2002 (BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho, Recurso de Revista nº 6605-52.2010.5.12.0001, da 4ª Turma. Relator: Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho. Brasília, 09 de maio de 2012).

Além disso, entende-se por essa corrente que a dignidade humana estendida ao nascituro e a gestante se sobressaem à lógica dos institutos envolvidos e da desigualdade pendente ao empregador.

A crítica que se faz para tal tese é a de que pese a alteração sumular ter como respaldo a proteção à maternidade e ao nascituro, deve-se ter em mente que os efeitos por ela almejados podem ser inversos e controversos, tornando ainda mais distante o mercado de trabalho para a mulher (PERIN, 2015). Além disso, Perin também assinala que

A manutenção do contrato de trabalho com prazo pré-determinado pode ser um retrocesso aos direitos já conquistados pelas mulheres, causando um embaraço a sua participação no mercado de trabalho em razão do receio dos empresários na manutenção de contratos de trabalho indesejados.

Empiricamente é observado no meio social um afastamento das intenções dos empregadores em admitir mulheres, em estado gravídico ou não, em contratos por tempo determinado, como nos contratos temporários de fim de ano ou grandes feriados, justificados pelo risco ‘potencial’ da mulher tornar-se gestante e, advir disso, prejuízos por conta do que hoje o TST impõe a ele enquanto garantidor. Tal processo discriminatório é um dos tantos efeitos da adoção da tese aqui abordada.

Esse é o pensamento que sobressai no hodierno entendimento jurisprudencial, porém deveras criticado nas doutrinas trabalhistas. É assim de tal forma que a tese aqui denominada pró-empregador é aduzida a seguir.

Tese pró-empregador

Nesse entendimento tem-se que o empregador se encontra em desvantagem na relação de trabalho quando se trata da estabilidade provisória concedida às gestantes no contrato a termo, pois o empregador assume compromisso que não existe tampouco aplica uma injusta causa à demissão da gestante. Verifica-se a incompatibilidade entre os dois institutos (estabilidade provisória e contrato por tempo determinado), não podendo, pois, ser estendida a garantia de emprego da gestante à essa modalidade contratual que se extingue pelo cumprimento do prazo estabelecido sem que esteja caracterizada despedida arbitrária ou sem justa causa, requisitos estes legítimos das garantias de emprego.

Acredita-se também que a gestante não tem o legítimo direito da estabilidade provisória nesse caso pela incompatibilidade dos institutos envolvidos e pela ciência do prazo estabelecido previamente ao firmar contrato. A extinção dos contratos a termo decorre do implemento do lapso temporal previamente ajustado pelo empregado e empregador, qualificando-se como uma morte natural do contrato de trabalho no mundo jurídico, ou seja, não precisa da iniciativa de nenhuma das partes para chegar ao seu fim (PERIN, 2015).

Surge daí um conflito: se por um lado tentou-se proteger os direitos do nascituro e da gestante, por outro criou-se uma impossibilidade de aplicação da norma por conta de contradição de institutos. A intenção abrangente do legislador bem como do jurista criou um conflito na realidade prática que decerto afeta economicamente e socialmente a contratação da mulher, gestante ou não. Assevera Martins (2010) que na contratação por tempo determinado, as partes sabem exatamente quando o pacto terminará. Logo, não haveria dispensa arbitrária ou sem justa causa. Simplesmente existe o transcurso do prazo determinado de trabalho e as situações ocorridas nesse lapso temporal não podem modificar a cessação, salvo se houver ajuste entre as partes. Dessa forma, a aplicação da Súmula 244, inciso III, tal como é entendida pelo TST atualmente não cumpre a função social plena de defender os direitos fundamentais do empregado nem de garantir a dignidade humana ao nascituro, pois essa decisão cria um processo discriminatório em relação à mãe, negando-lhe o emprego (estando o contrato em período de gestação ou não).

Além do mais, destaca Dotto (2016) que

O novo posicionamento do TST, com a alteração do referido item da súmula em análise, encontra críticas, dentre outras, principalmente por haver entendimento de que o contrato por tempo determinado acaba sendo transformado em contrato por tempo indeterminado quando a gestante adquire estabilidade. Em consequência

disso, existem muitas críticas por conta da onerosidade excessiva gerada para o empregador, ferimento da boa-fé contratual e da finalidade do contrato por tempo determinado além do retrocesso na luta feminina por espaço dentro do mercado de trabalho.

Ora, a proteção ao trabalho da mulher, e em especial ao trabalho da gestante, além de justa, é necessária. Contudo, qualquer ampliação de direitos deve ser analisada por todos os ângulos para que não acabe prejudicando justamente o seu alvo, criando efeitos inversos. Critica De Lima (2013) que

o prolongamento dessa relação trabalhista, em virtude da gestação da empregada, extrapola os limites do *pacta sunt servanda* e termina onerando abruptamente a figura do empregador que apenas necessitava da funcionária durante poucos meses.

A proteção constitucional dedicada à gestante visa protegê-la de dispensas arbitrárias e discriminatórias, o que é bastante louvável, mas não parece se aplicar a contratos que já tenham prévia combinação de prazo final, o que merece ser refletido e questionado pelos aplicadores do Direito.

O excesso de paternalismo estatal não pode se sobrepor aos princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade e essa temática de tamanha relevância social não deve ser esgotada em razão do novo entendimento sumulado do TST”.

Mas os Tribunais também têm se posicionado em desfavor do entendimento, ao evidenciar as dificuldades de aplicação da nova redação. O Recurso Ordinário nº 00010334620125020447, do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, em que atuou como Relatora a Desembargadora Rosana de Almeida Bueno, no qual negou provimento ao apelo de uma gestante, não concedendo a ela a garantia de emprego, esclarece que

a alteração sumular com o escopo de conferir maior proteção à gestante e ao nascituro deve ser contextualizada com as leis trabalhistas e previdenciárias, sob pena de dificultar a colocação temporária das mulheres no mercado de trabalho, ressuscitando odiosa discriminação e incutindo relevante insegurança jurídica para o empregador que age dentro do que permite a lei (SÃO PAULO, Tribunal Regional do Trabalho, Recurso Ordinário nº 00010334620125020447, da 3ª Turma, Relator: Desª Rosana de Almeida Bueno, São Paulo, 24 de setembro de 2013).

Já concluiu antes Araújo (2016) que:

Portanto, à luz da lei, da doutrina e da melhor jurisprudência pertinentes ao tema, inexistindo dispensa arbitrária ou sem justa causa com o término da relação empregatícia firmada a prazo determinado, já que a extinção do contrato se dá com o decurso do termo previamente estipulado, não há que se falar em aplicação da regra do art. 10, II, “b”, do ADCT e, portanto, em garantia de emprego à gestante vinculada através de contrato a prazo determinado.

Por fim, o nascituro, terceiro nessa relação, é causa motivadora da súmula, que por uma interpretação extensiva se esbarra em direitos alheios, gerando conflito de institutos. Mesmo que resguardo seu direito à vida, tal fato não pode se dar de forma injusta onerando a outra parte de dívidas não estipuladas no contrato.

Considerações Finais

É a partir de tal argumentação que se afasta a pretensão da gestante neste caso, pois a tutela do direito do nascituro é justificativa absorta da realidade fática operada entre empregador-empregado. Tal relação não abre lacuna para risco de violação de garantias fundamentais de ambas as partes, tal como em qualquer outra relação jurídica desenvolvida no Estado Democrático de Direito. Assim, não há de se falar em proteção à vida do nascituro enquanto argumento basilar para esse tipo de estabilidade, se essa premissa significa risco à segurança jurídica de outrem.

Ora, a estabilidade provisória nestes regimes de trabalho é diversa do que se propõe para ambas as partes na relação trabalhista: por um lado, direitos fundamentais, essenciais e necessários à desenvoltura da gestação e da gestante, colocando-a em segurança e em condições propícias à maternidade (repetidamente presentes na licença maternidade e outros institutos já garantidos) e por outro lado, à segurança jurídica dos negócios jurídicos. Nesse sentido, tal instituto é incompatível com a real necessidade de todas as partes envolvidas: empregador, gestante e nascituro, que já se vê seguro na relação jurídica *in concreto*.

Desta maneira, em razão da aplicação de tal instituto do Direito do Trabalho, surge socialmente um processo de discriminação em relação às pessoas do sexo feminino, em razão delas possuírem características peculiares de um ser gerador de vida em potencial. Em outras palavras, tendo em vista a possibilidade e a mulher se encontrar gestante durante o período em que vigor o contrato de trabalho por tempo determinado, acarreta-se um processo discriminatório que atinge direta e exclusivamente as pessoas do sexo feminino. Isto pois o empregador, no momento da contratação, enxerga a possibilidade da obrigatoriedade de arcar

com a estabilidade provisória de sua possível futura empregada, caso esta venha a se encontrar gestante durante a vigência do contrato de trabalho.

Conclui-se que a tese pró-empregador traz à tona a necessidade de uma análise e reforma da referida súmula, que por ora tem outro entendimento, sendo esta a sugestão aqui explicitada. Se o critério de aplicação da súmula for mais subjetivo quanto à estabilidade provisória nos casos em questão, abrangendo e integrando a necessidade da gestante e do nascituro com as possibilidades do empregador, obter-se-á um entendimento razoável em relação à estabilidade da gestante. Deve ser analisado o caso concreto, logo que o princípio da dignidade da pessoa humana é uma garantia constitucional assegurada a todos.

Nesse sentido, há uma necessidade constante de reflexão acerca do assunto, abordando as novas teses e entendimentos na tentativa de aproximar ao máximo o direito da realidade prática, trazendo a segurança jurídica, a igualdade nas relações e a dignidade humana como princípios basilares das decisões sem, ao mesmo tempo, se esquivar da responsabilidade econômico-social decorrente dos efeitos das normas.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Renato Melquíades de. Gravidez contraída durante contrato a prazo determinado não confere garantia de emprego à gestante. **Migalhas**, [S.l.], p. 1-4, fev. 2016. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI234018,61044-Gravidez+contraida+durante+contrato+a+prazo+determinado+nao+confere>>. Acesso em: 07 fev. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2012. 139 p.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista nº 6605- 52.2010.5.12.0001**, da 4ª Turma. Relator: Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho. Brasília, 09 de maio de 2012

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 244**. Brasília, 2012. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_201_250.html#SUM-244>. Acesso em: 12 jun 2017.

CAIRO JR, José. **Curso de Direito do Trabalho**. 13ª. ed. Juspodivm, 2014.

DELGADO, Maurício Godinho. **Direitos Fundamentais na Relação de Trabalho**. Revista de Direito do Trabalho. v. 123, p. 143, jul. 2006.

_____. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2005. 4. ed., pág. 535.

DE LIMA, Aline Rafaela Ramos. **A Estabilidade Provisória Da Gestante Nos Contratos Por Prazo Determinado**. Campina Grande, 2013. Disponível em: <<http://dspace.bc.uepb.edu.br/jspui/bitstream/123456789/2782/1/PDF%20-%20ALINE%20RAFAELE%20RAMOS%20DE%20LIMA.pdf>>. Acesso em: 25 maio 2017.

DOTTO, Camila. **A Estabilidade Da Gestante No Contrato De Trabalho Por Tempo Determinado**. Rio Grande do Sul, 2016. Disponível em: <<https://juslaboris.tst.jus.br/handle/1939/95073>>. Acesso em: 25 maio 2017.

FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. **Contratos de trabalho por prazo determinado. A garantia do emprego da gestante**. In: FRANCO FILHO, G. de S. Trabalho da mulher (homenagem a Alice Monteiro de Barros). São Paulo, LTr, 2009.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

PERIN, Maida Emanuela. **A (In) Compatibilidade Da Estabilidade Da Gestante No Contrato De Trabalho Por Prazo Determinado**. Passo Fundo, 2015. Disponível em: <<http://repositorio.upf.br/xmlui/handle/123456789/778>>. Acesso em: 25 maio 2017.

RODRIGUES, Phellipe Davyson Dantas. O contrato de trabalho por prazo determinado e indeterminado. **Revista Jus Navegandi**, [S.l.], p. 1-4, jun. 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/58875/o-contrato-de-trabalho-por-prazo-determinado-e-indeterminado>>. Acesso em: 07 fev. 2018.

SANTOS, Luciana Larissa Rodrigues dos. Estabilidade da gestante no contrato por prazo determinado. **Revista Jus Navegandi**, Teresina, ano 18, n. 3714, 1 set. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25202>>. Acesso em: 30 abr 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 4. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, Patrícia. **Da função social do contrato nas relações de trabalho: limites ao poder diretivo do empregador**. 2014. Disponível em:
<<https://patriciasilva1702.jusbrasil.com.br/artigos/143364893/da-funcao-social-do-contrato-nas-relacoes-de-trabalho-limites-ao-poder-diretivo-do-empregador>>. Acesso em: 16 jun 2017.

VIEIRA, Andreza. **A expansão do trabalho feminino no setor de serviços: uma análise nas cinco regiões do Brasil**. 2007. Disponível em:
<<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/122178/Economia293503.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 12 jun 2017.

Recebido para publicação em fevereiro de 2018

Aprovado para publicação em fevereiro de 2018