

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO

CAMPUS LAGOA VERMELHA

CURSO DE DIREITO

Taina Pistore Colombelli

A VULNERABILIDADE DA MULHER NO MERCADO DE
TRABALHO: UMA ANÁLISE DO INCISO III, DA SÚMULA 244,
DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO (TST)

Lagoa Vermelha

2018

Taina Pistore Colombelli

A VULNERABILIDADE DA MULHER NO MERCADO DE
TRABALHO: UMA ANÁLISE DO INCISO III, DA SÚMULA 244,
DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO (TST)

Monografia apresentada ao curso de Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, sob a orientação do Professor Mestre Andre Friedrich Dorneles.

Lagoa Vermelha

2018

Taina Pistore Colombelli

A VULNERABILIDADE DA MULHER NO MERCADO DE
TRABALHO: UMA ANÁLISE DO INCISO III, DA SÚMULA 244,
DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO (TST)

Monografia apresentada ao curso de Direito, da
Universidade de Passo Fundo, como requisito
parcial para obtenção do grau de Bacharel em
Ciências Jurídicas e Sociais, sob a orientação
do Professor Mestre Andre Friedrich Dorneles.

Aprovado em _____ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Mestre Andre Friedrich Dorneles

Prof.

Prof.

Dedico esse trabalho aos meus pais, por abrirem mão dos seus próprios sonhos para que eu pudesse realizar o meu.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, primeiro pela saúde e pela força que me concedeu nessa caminhada para que eu pudesse realizar meu sonho, jamais me deixando sozinha.

Aos meus pais, por todo o esforço para me ver cursando uma Universidade, vocês são exemplo para a minha vida, obrigada pelo apoio e paciência neste momento, e por sempre acreditarem em mim, a vocês todo o meu amor e gratidão.

A minha amada irmã, pela compreensão e incentivo, me presenteando sempre com seus conselhos que levarei eternamente comigo, a você que nem imagina a importância que tem em minha vida.

Minha querida sobrinha Valentine, com seu sorriso e abraço apertado me fez enxergar a vida de forma diferente, me impulsionou a sempre buscar o melhor em mim, a você que me ensinou o sentimento mais puro do amor.

Ao Leonardo, agradeço por toda a compreensão e paciência durante todo esse tempo, sendo o meu refúgio nos momentos em que eu mais precisei, a você minha eterna gratidão e amor.

Ao meu orientador, Professor Andre Friedrich Dorneles, pelo apoio e por me incentivar a sempre buscar o melhor para o meu trabalho.

Assim, agradeço a Instituição da Universidade de Passo Fundo, por me proporcionar um ensino de qualidade, incentivando sempre a buscar novos horizontes dentro do Direito, também a todos os meus professores pelos ensinamentos teóricos e práticos durante toda a minha trajetória.

E por fim, a todos os meus amigos e familiares que me apoiaram e me impulsionaram neste momento.

RESUMO

A presente pesquisa concerne no estudo sobre o possível aumento da vulnerabilidade da mulher no mercado de trabalho, após a modificação do inciso III, da súmula 244 do TST nos contratos a prazo determinado, o qual objetiva demonstrar os efeitos decorrentes dessa alteração. De acordo com o estudo bibliográfico é possível demonstrar a preocupação existente em torno dessa súmula, uma vez que, o empregador diante desse fator oneroso, o qual busca economia diante de uma crise financeira, irá preferir a contratação de mão de obra masculina, ocasionando no aumento da vulnerabilidade do gênero feminino. Para a base teórica utilizou-se de doutrinas renomadas na área do direito do trabalho de pessoas com saber inquestionável, também se fez o uso de artigos publicados e jurisprudências. O método utilizado na pesquisa foi principalmente o qualitativo. Por fim, constatou-se que o efeito do TST, de proteger o nascituro poderá aumentar a vulnerabilidade da mulher nos contratos a prazo determinado, sendo esse efeito contrário ao seu propósito.

Palavras-chaves: Contrato. Estabilidade. Súmula. Vulnerabilidade.

LISTA DE ABREVEATURAS E SIGLAS

ADCT: Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

CF: Constituição Federal

CTPS: Carteira de Trabalho e Previdência Social

INSS: Instituto Nacional do Seguro Social

OIT: Organização Internacional do Trabalho

STF: Supremo Tribunal Federal

TRT: Tribunal Regional do Trabalho

TST: Tribunal Superior do Trabalho

UNESCO: Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL	11
2.1 Pensamento anterior à Constituição Federal de 1988	11
2.2 Pensamento posterior à Constituição Federal de 1988	18
3 O CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABALHO E A ESTABILIDADE DECORRENTE DE SUAS RELAÇÕES.....	25
3.1 Breves disposições gerais	25
3.2 Conceito	26
3.3 Contrato de trabalho a prazo indeterminado	29
3.4 Contrato de trabalho a prazo determinado	30
3.5 A estabilidade decorrente dos contratos	34
3.5.1 Estabilidade da gestante	37
4 A VULNERABILIDADE DA MULHER NO MERCADO DE TRABALHO: UMA ANÁLISE DO INCISO III DA SÚMULA 244 DO TST	42
4.1 Vulnerabilidade e a questão de gênero	44
4.2 O entendimento jurisprudencial da aplicabilidade do inciso III da súmula 244 do TST nos contratos temporários.....	49
4.3 Os reflexos positivos e negativos do inciso III da súmula 244 do TST	51
5 CONCLUSÃO	58
6 REFERÊNCIAS.....	61

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho refere-se à polêmica questão enfrentada no direito do trabalho desde 2012, após a modificação do inciso III, da Súmula 244 do Tribunal Superior do Trabalho, o qual prevê a estabilidade provisória para as gestantes contratadas a prazo determinado.

A definição quanto ao tema para o presente estudo envolveu a predileção pelo Direito do Trabalho, e principalmente pela igualdade do gênero no ambiente laboral, uma vez que, depois de tanta luta por direitos iguais as mulheres ainda são vistas como inferiores, e qualquer norma que as proteja e exonere o empregador, acarretará no aumento da vulnerabilidade diante do mercado de trabalho.

Pretende-se com esse estudo, demonstrar que o efeito de uma alteração jurisprudencial, que tem por objetivo buscar a proteção ao nascituro e proporcionar à gestante segurança e tranquilidade após o parto, por vezes não é eficaz, podendo ser capaz de vulnerar ainda mais o gênero feminino no ambiente de trabalho, pois o empregador pode sentir-se inseguro diante da possibilidade de aumentar o lapso de tempo contratado, impactando negativamente na boa-fé contratual.

Primeiro, se faz necessário à abordagem histórica do direito do trabalho, anterior e posterior à Carta Magna de 1988, como forma de compreender todo o fator histórico que está envolvido nas modificações de pensamentos atuais, com ênfase ao trabalho feminino da época, uma vez que, a Revolução Industrial foi um ponto marcante no direito do trabalho, utilizando a mão de obra feminina para visar economia na produção, sendo que, estas sujeitavam-se a trabalhar com excesso de carga horária e receber salários inferiores aos dos homens, sem nenhuma intervenção estatal na época. Ainda, no direito brasileiro, a marca de um Estado democrático foi a Constituição Federal de 1988, normatizando garantias e direitos fundamentais, com o fim de proporcionar dignidade aos trabalhadores e barrar a discriminação evidente contra as mulheres.

Posteriormente, é de extrema relevância o estudo dos contratos de trabalho, a prazo indeterminado e determinado, suas características e peculiaridades dentro da relação de emprego, e como é regido pelo nosso ordenamento. Sendo o prazo, a principal característica que difere ambos. O contrato a prazo determinado será o objeto principal desse capítulo, a fim de compreender se a edição da súmula 244 do TST ofende as características dessa modalidade.

Após, também será explanado sobre o instituto da estabilidade, fazendo diferenciação com a garantia de emprego, além de versar sobre a estabilidade definitiva e provisória, com enfoque à gestante, a qual é prevista no artigo 10, II alínea “b” do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Ainda, será feita a referência de como era entendida antes da modificação da súmula 244 do TST, a qual negava a estabilidade às gestantes contratadas por prazo determinado.

A partir daí o terceiro capítulo abrange o estudo da vulnerabilidade voltada ao gênero feminino, o que é apontado por alguns autores como fator fisiológico, assim, é trazido a obra, como forma de entender também, todo o fator cultural em volta desse assunto, e como a vulnerabilidade afeta as mulheres na conquista do emprego, sendo forma de discriminação, a qual é vedada pela CF/88.

Assim, é de suma importância expor o entendimento divergente quando o contrato é a prazo temporário, sendo que, o TST interpreta a legislação no sentido de não ser uma espécie de contrato a prazo determinado e por isso não carece de estabilidade do artigo 10, II alínea “b” do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

E por fim, será discutido os pontos positivos e negativos da modificação da súmula, uma vez que, deve-se ter em consideração que a gestante carece de estabilidade para objetivar a proteção ao nascituro, o que impossibilita a dispensa arbitrária ou sem justa causa da funcionária 5 meses após o parto, no entanto, é necessário analisar os possíveis pontos negativos, ou seja, uma das consequências pode ser a preferência no momento da contratação por homens, a fim de obterem uma garantia contratual e afastar a insegurança quanto ao tempo de duração do vínculo, e acontecendo isso, aumenta a vulnerabilidade do gênero feminino, dificultando a inserção no mercado de trabalho atual, diante de um cenário econômico em que não demonstra ser favorável à mulher.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL

O presente capítulo tem como objetivo relacionar o Direito do Trabalho e seu surgimento histórico, anterior à Constituição Federal de 1988 e após a promulgação da referida Carta Magna, trazendo justamente a evolução do ramo e principalmente do trabalho feminino, o que servirá de base para o presente trabalho, como forma de entender todo o fator histórico que está envolvido nas modificações do nosso ordenamento jurídico brasileiro.

2.1 Pensamento anterior à Constituição Federal de 1988

O direito do trabalho tem como marco de seu surgimento nos séculos XIX e XX, começando a sua história quando o homem utiliza a sua mão de obra não apenas para adquirir proveito próprio, mas também para o fornecimento deste serviço para a produção de riqueza alheia.

Cássia Cristina Moretto da Silva refere-se, sobre o surgimento do trabalho ao abordar que, este não obtém um marco exato de seu início, pois sabe-se que sempre houve a necessidade da prestação de mão de obra para a subsistência:

Assim, embora as relações de trabalho não disponham de um marco histórico específico que denotem o momento exato de seu surgimento, sabe-se que, o homem, sempre necessitou empreender suas forças humanas para garantir sua sobrevivência. (SILVA, 2012)

Para Mauricio Godinho Delgado, no Brasil o direito do trabalho surgiu desde a colonização e baseava-se economicamente na agricultura como atividade principal, explorando a mão de obra de escravos até fim do século XIX, elaborando em sua obra o seguinte pensamento:

[...] se a existência do trabalho livre (juridicamente livre) é pressuposto histórico-material para o surgimento do trabalho subordinado (e, conseqüentemente, da relação empregatícia), não há que se falar em ramo jurídico normatizador da relação de emprego sem que o próprio pressuposto dessa relação seja estruturalmente permitido na sociedade enfocada. Desse modo, apenas a contagem da extinção da escravatura (1888) é que se pode iniciar uma pesquisa consistente sobre a formação e consolidação histórica do Direito do Trabalho no Brasil. (DELGADO, 2008, p. 105)

Nesta época, de difícil constatação de condições mínimas de dignidade, não era possível identificar que o direito do trabalho existisse, mas serve como um marco

inicial desde o seu fim para o progresso normativo, como aponta Ipojuca Demétrius Vecchi (2014, p. 69):

Como a economia tinha base predominantemente rural e o trabalho prestado era preponderantemente escravo, isto tornava, de forma geral, impossível o florescimento de relações de trabalho e mesmo de uma regulamentação desse trabalho livre, pelo menos como forma de trabalho dominante.

Desta forma, pode-se apontar que a consolidação do direito no Brasil, formou-se a partir da abolição da escravidão, em 1888. Conforme Delgado (2008, p.105), esclarece “embora a Lei Áurea não tenha, obviamente, qualquer caráter jus trabalhista, ela pode ser tomada, em certo sentido, como marco inicial de referência Histórica do Direito do Trabalho brasileiro”. Pois com o fim da escravidão, houve de certa maneira, o rompimento com as condições horríveis e indignas daquelas prestações de mão de obra, possibilitando que o mínimo fosse almejado e proporcionado aos trabalhadores.

Entretanto, para as mulheres, mesmo após o fim da escravatura, continuavam a serem exploradas e tratadas de forma totalmente desigual aos homens, trabalhavam de maneira informal no comércio, em casas como domésticas, costureiras, cozinheiras, amas de leite, com salários extremamente baixos, com jornada de trabalho excessiva.

Já para Amauri Mascaro Nascimento, o direito do trabalho é uma consequência da Revolução Industrial, devido a questão social e também sobre a reação humanista que iniciou na época, com o objetivo de proporcionar a dignidade do ser humano trabalhador, sendo que, a nova fisionomia do trabalho fez com que houvesse a necessidade de disciplinar as relações trabalhistas:

[...] o direito do trabalho surgiu como consequência da questão social que foi procedida pela revolução industrial do século XVIII e da reação humanista que se propôs a garantir ou preservar a dignidade do ser humano ocupado no trabalho das indústrias, que, com o desenvolvimento da ciência, deram nova fisionomia ao processo de produção de bens da Europa e em outros continentes. A necessidade de dotar da ordem jurídica de uma disciplina para reger as relações individuais e coletivas de trabalho cresceu no envolvimento das “coisas novas” e das “ideais novas”. (NASCIMENTO, 2011, p. 32)

Como a época da Revolução Industrial não havia regulamentação de normas protetoras aos trabalhadores, as mulheres desde os primórdios mais vulneráveis do que os homens, eram usadas de forma indigna por industriários, na operação de

máquinas e por aceitarem salários bem mais inferiores aos dos homens, realizando o mesmo serviço e trabalhando em jornadas excessivas justamente para garantir o emprego, é o que leciona Sergio Pinto Martins (2014, p. 661) em sua obra:

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 das mulheres nas indústrias por que 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 da gestação da mulher, ou de amamentação.

A mulher era vista como uma mão de obra barata, sendo explorada em diversos setores da indústria, sem que o Estado interviesse nessa situação, deixando a mulher em situações precárias e desumanas, como é trazido na obra de Amauri Mascaro Nascimento (2011, p. 908-909):

Por ocasião da Revolução Industrial do século XVIII, o trabalho feminino foi aproveitado em larga escala, a ponto de ser preterida a mão de obra masculina. Os menores salários pagos à mulher consistiam a causa maior que determinava essa preferência pelo elemento feminino. O Estado, não intervindo nas relações jurídicas de trabalho, permitia, com a sua omissão, toda sorte de explorações. Nenhuma limitação de trabalho, idênticas exigências dos empregadores quanto às mulheres e homens, indistintamente, insensibilidade diante da maternidade e dos problemas que pode acarretar à mulher, quer quanto às condições pessoais, quer quanto às responsabilidades de amamentação e cuidados dos filhos em idade de amamentação etc. O processo industrial criou um problema que não era conhecido quando a mulher, em épocas remotas, dedicava-se aos trabalhos de natureza familiar e de índole doméstica. A indústria tirou a mulher do lar por 14, 15 ou 16 horas diárias, expondo-a a uma atividade profissional em ambientes insalubres e cumprindo obrigações muitas vezes superiores às suas possibilidades físicas.

E conforme Martins (2014, p. 661) “com base nesses problemas é que começou a surgir uma legislação protecionista em favor da mulher.” Também é mencionado no site da Associação dos Advogados Trabalhistas, que a Organização Internacional do Trabalho – OIT, editou a convenção de nº 003 em 1919 sobre a proteção à maternidade, a qual foi promulgada no Brasil em 1935 segundo o Decreto 423, a qual não autorizava a mulher trabalhar durante 6 semanas após o parto, e também previa uma indenização para a sua manutenção e de seu filho. Nota-se nesse

primeiro momento, que a proteção à gestante e ao nascituro já era regulamentada a nível internacional.

Sergio Pinto Martins estabelece em sua obra, outras declarações que foram determinantes para que a mulher pudesse conquistar seu espaço diante da forte presença laborativa masculina:

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10-12-1948, versou sobre regras de não discriminação por motivo de sexo. O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 16-12-66, em seu art. 3º, determina a igualdade de direitos entre homens e mulheres. (MARTINS, 2014, p. 662)

A Declaração Universal dos Direitos do Homem visava acima de tudo a proteção, com base na condição fisiológica da mulher para proibi-la de alguns serviços que não eram compatíveis com o seu gênero, como é apontado pelos autores Orlando Gomes e Elson Gottschalk (2012, p. 445):

Com o tratado de Versalhes e as Conferências Internacionais do Trabalho realizadas pela OIT, a partir de 1919, o trabalho da mulher e do menor começou a merecer a devida atenção dos povos cultos, que o regulamentaram sob o critério da duração, da idade, das condições de insalubridade ou periculosidade do serviço, as condições fisiológicas da mulher (proibição do trabalho antes e depois do parto) e proibição do exercício de determinadas profissões ou atividades não condizentes com a moralidade. [...].

Nesse contexto internacional de proteção à mulher, a melhor justificativa se faz com Nascimento (2011, p. 908) “em todos os sistemas jurídicos, a mulher merece tratamento particular, asseguradas condições mínimas de trabalho, diferentes e mais vantajosas do que aquelas estabelecidas em relação aos homens”. Como abordado anteriormente, justificava-se este amparo pela vulnerabilidade existente, muitas vezes nem pelo argumento fisiológico e sim cultural.

A política trabalhista toma a sua primeira forma com a Revolução de 1930, mais conhecida como a fase de institucionalização do Direito do Trabalho, a qual firma uma nova estrutura jurídica, além de criar o Ministério do Trabalho como aponta Ipojucan Demétrius Vecchi (2014, p. 87):

A partir de Revolução de 1930 a legislação relativa ao trabalho ganhou intensidade jamais vista até então no Brasil. É a partir dessa Revolução e dos desdobramentos políticos e socioeconômicos que dela decorrem que se pode falar de uma verdadeira institucionalização da regulação do trabalho contratual no Brasil, das relações de emprego e das relações coletivas de trabalho com elas relacionadas. Isso não significa que não tenha continuado a repressão aos movimentos reivindicatórios dos trabalhadores.

Este mesmo autor, Vecchi (2014, p. 88) afirma que “a partir daí o Brasil vivenciou um período marcado por um Estado intervencionista (embora de natureza tipicamente autoritária, não se configurando como Estado de bem-estar social) [...]”.

Da mesma forma, Amauri Mascaro Nascimento aborda sobre a Revolução de 1930:

A partir de 1930 deu-se a expansão do direito trabalho em nosso país, como resultado de vários fatores, entre os quais o prosseguimento das conquistas que já foram assinaladas, porém com um novo impulso quer no campo político, quer no legislativo. (NASCIMENTO, 2011, p. 98)

Contudo, a indignidade nas condições de trabalho subordinado era de extrema evidência, principalmente tratando-se de mulheres e menores, mesmo que estes desempenhassem o mesmo trabalho que homens, havia com clareza a discriminação, conforme Amauri Mascaro Nascimento (2011, p. 38-39) aponta:

A imposição de condições de trabalho pelo empregador, a existência de excessivas jornadas de trabalho, a exploração das mulheres e menores, que eram a mão de obra mais barata, os acidentes com os trabalhadores no desempenho de suas atividades e a insegurança quanto ao futuro e aos momentos nos quais fisicamente não tivessem condições de trabalhar foram constantes da nova era no meio proletário, às quais podem-se acrescentar também os baixos salários.

A crise mundial de 1929 prejudicou a exportação do principal produto do Brasil, o café, como aponta Vecchi (2014, p. 90) a maior consequência foi “o número de desempregados ou semidesempregados em 1931 chegou por volta de 2 milhões. A agitação de trabalhadores desempregados era reprimida de forma violenta pela polícia”.

Fica claro que, como consequência o proletariado sofria ainda mais com a redução de condições mínimas de dignidade para os trabalhadores, na opinião de Nascimento (2011, p. 39) “o trabalho das mulheres e menores foi bastante utilizado sem maiores precauções [...]”, como forma de economia, pois a mão de obra era barata.

Fabiana Larissa Kamada na obra de José Francisco Siqueira Neto e outros, estabelece um ponto importante da Revolução de 1930 para as mulheres:

Foi na Primeira República que se verificou um grande aumento da mão de obra feminina, principalmente nas fábricas e nas indústrias. Ocorrem grandes transformações na sociedade brasileira, em especial nos grandes centros urbanos, como São Paulo e Rio de Janeiro. (KAMADA, 2015, p. 96)

E continua, ao abordar que a procura pela mão de obra especializada nesta época era grande, uma vez que as mulheres ganharam espaço, visto que os operários tinham pouca qualificação, ou seja, faziam um serviço mais braçal, Kamada (2015, p.97) “o principal setor industrial da época era o têxtil, sobretudo o de algodão, responsável pela contratação de um grande número de trabalhadores, em especial a mão de obra feminina”.

Em 17 de maio de 1932, foi promulgado o primeiro decreto que estabelecia condições aos trabalhos femininos, reconhecendo sua vulnerabilidade e vetando que estas ocupassem alguns espaços, conforme leciona Sergio Pinto Martins (2014, p. 663):

A primeira norma que tratou do trabalho da mulher foi o Decreto nº 21.417 – A, de 17-5-1932. Tal mandamento legal proibia o trabalho da mulher à noite, das 22 às 5 h, vedando a remoção de pesos. Já se nota a proibição do trabalho da mulher em subterrâneos, em locais insalubres e perigosos, no período de quatro semanas antes e quatro semanas depois do parto. Concedia à mulher dois descansos diários de meia hora cada um para amamentação dos filhos, durante os primeiros seis meses de vida daqueles.

Em 1937, surge o Estado Novo como uma resposta à crise econômica, o qual perdurou até 1945, conforme afirma Vecchi (2014, p. 93) “É a partir desse período que se ergue toda a ossatura legislativa brasileira sobre as relações de trabalho, a qual ainda permanece em parte intocada, pelo menos em sua literalidade”.

Ainda, sobre o posicionamento de Ipojucan Demétrius Vecchi (2014, p. 93):

Na verdade, toda esta rede legislativa, anterior à CF de 1988, é marcada por um forte intervencionismo estatal nas relações individuais de trabalho, com a elaboração de regras legais de ordem pública e interesse social que reconhecem uma série de direitos individuais aos trabalhadores em nível infraconstitucional. O mote destas regras legais, além de estabelecer um mínimo de proteção aos trabalhadores, tem um viés voltado para a produção de bens e serviços com o objetivo de estabilizar as condições próprias para o desenvolvimento das empresas. Por outro lado, toda esta legislação é marcada por uma forte e autoritária repressão dos movimentos coletivos

obreiros, atrelando os sindicatos ao Estado, reiterando a autonomia e, assim, também impedindo a evolução do Direito Coletivo do Trabalho.

A luta das mulheres por igualdade e dignidade marcou-se em movimentos políticos, buscando o reconhecimento e aceitação, sendo um caminho árduo até a Constituição de 1988. Como estabelece Fabiana Larissa Kamada e Tonia Andrea Inocentini Galleti na obra José Francisco Siqueira Neto e outros:

As mulheres foram se organizando e construindo espaços de participação política, inserindo-se nos movimentos sociais, nos movimentos feministas, nos partidos políticos, nos sindicatos, entre outras instituições. Dessa forma, contribuíram para a eclosão do feminismo brasileiro nos anos 70, que também teve participação dos organismos internacionais, principalmente a Organização Internacional do Trabalho (OIT), e de novos pensamentos trazidos por mulheres que voltavam ao Brasil após o exílio. (KAMADA; GALLETI, 2015, p. 261)

Em 1943, o Decreto-Lei 5.452 aprovou a Consolidação das Leis Trabalhistas, sendo um fundamental marco na história do Brasil, como disserta Nascimento (2011, p. 103) “o Governo resolveu, então, reunir os textos legais num só diploma, porém foi mais além de uma simples compilação porque, embora denominada Consolidação, a publicação acrescentou inovações, aproximando-se de um verdadeiro Código”.

Contudo, as condições femininas no trabalho pouco mudaram, no início dos anos 50 as desigualdades eram evidentes no Brasil, como é apontado na obra Direito do Trabalho no Brasil de 1946 a 1985, por Fabiana Larissa Kamada (2015, p. 264):

Neste quadro de diferenças sociais, ficavam cada vez mais nítidos os diferentes postos de trabalho oferecidos às mulheres conforme a sua classe social. Para a mulher pobre a opção era trabalhar, pois muitas vezes ela era a única fonte de renda para a sua família; para a de classe média, os seus ganhos eram vistos como adicionais aos do marido. Havia, assim, as profissões tipicamente femininas, como, enfermeiras, costureiras, cozinheiras, vendedoras, secretárias, professoras do ensino primário.

É de suma importância ressaltar que a discriminação contra as mulheres no ambiente de trabalho era regulamentada na Constituição de 1946, o que configurava-se à época uma evolução quanto ao direito das mulheres, conforme é trazido pelo obra de Sergio Pinto Martins (2014, p. 664):

A Constituição de 1946 proibia a diferença de salário por motivo de sexo (art. 157, II); vedava o trabalho da mulher em indústrias insalubres (art. 157, IX); assegurava o direito da gestante a descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do emprego nem do salário (art. 157, X); reconhecia a assistência sanitária, inclusive hospitalar e médica, à gestante (art. 157, XIV); previa a previdência em favor da maternidade (art. 157, XVI).

E justamente para coibir a prática discriminatória, foi promulgada a Lei nº 6.136, transferindo o encargo de pagamento da licença maternidade para a Previdência Social, pois entendia-se que assim, o preconceito com a trabalhadora gestante diminuísse, conforme leciona Sergio Pinto Martins (2014, p. 664) “a Lei nº 6.136, de 7-11-74, transferiu da empresa para a Previdência Social o ônus da licença-maternidade”.

A luta das mulheres continuou, principalmente durante a ditadura militar sustentando que todas as profissões poderiam ser ocupadas igualmente por homens e mulheres, uma vez que, os cargos de confiança e chefia eram de exclusividade de homens.

2.2 Pensamento posterior à Constituição Federal de 1988

A Constituição Federativa do Brasil de 1988 traça um importantíssimo marco na história, inovando com princípios fundamentais ao Direito do Trabalho e garantias sociais, como esclarece os avanços Mauricio Godinho Delgado (2008, p. 123):

De ponto de vista da criação das condições favoráveis à mais ampla participação dos grupos sociais na geração de normas jurídicas a comporem o universo normativo do país, democratizando o sistema de gestão trabalhista vigente, parece claro que a nova Carta teve flagrante intenção de colocar a sociedade brasileira nesse caminho [...].

As inovações nas diretrizes jamais foram vistas até então no Brasil, proporcionando maior inclusão de direitos trabalhistas, desta forma aponta Amauri Mascaro Nascimento e Sonia Mascaro Nascimento (2014, p. 53), “é possível dizer, em princípio, que a Constituição de 1988, em seus aspectos gerais, é inovadora, ou pelo menos, é esse o seu traço marcante, mas é muito regulamentarista”.

Ao usar o termo “regulamentarista” entende-se pois, como uma Constituição baseada em regras gerais e especiais, existindo assim, traços fortes do direito do trabalho, é neste sentido que vigora o pensamento de Sergio Pinto Martins (2014, p.12):

Trata o art. 7º da Constituição de direitos individuais e tutelares do trabalho. O art. 8º versa sobre o sindicato e suas relações. O art. 9º especifica regras sobre greve. O art. 10 determina disposição sobre a participação dos trabalhadores em colegiados. Menciona o art. 11 que nas empresas com mais de 200 empregados é assegurada a eleição de um representante dos trabalhadores para entendimentos com o empregador.

Houve a significativa evolução quanto ao exercício dos sindicatos e da negociação coletiva, tornando um campo de acordos entre trabalhadores e empregadores, conforme traz Amauri Mascaro do Nascimento (2011, p. 109):

As ideias que cresceram são no sentido de dar maior espaço à autonomia privada coletiva, para que, sem prejuízo da função tutelar reservada à lei, mostre-se possível maior atuação das organizações sindicais. Para esse fim, a auto composição entre os interlocutores sociais é priorizada para promover enlances jurídicos com base quais regerão as relações de trabalho [...].

A Constituição Federal de 1988 lançou um marco histórico, o qual distingue o período anterior e posterior a sua vigência, como menciona em sua obra Curso de Direito do Trabalho, Mauricio Godinho Delgado (2008, p. 779):

Registra-se que o sistema constitucional de proteções contra discriminações, que tem caráter abrangente e diversificado, conta ainda na Carta Magna com um parâmetro normativo geral de natureza antidiscriminatória. Trata-se do dispositivo lançado no título magno que fixa os “Princípios Fundamentais” da república do país: “Art. 3º - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...) IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

Desta forma, as garantias dos trabalhadores são encaradas como direitos fundamentais, o que os torna incontestáveis e indisponíveis como Vecchi, (2014, p. 202) afirma “diante dessa nova realidade constitucional, não se pode mais, com relação aos direitos dos trabalhadores albergados como direitos fundamentais, continuar tratando como “meros” direitos trabalhistas”.

Direitos estes, posicionados de forma a torná-los garantias irrenunciáveis, pois a Constituição Federal de 1988 estabeleceu um grande rol de direitos individuais e coletivos, a fim de que seja preservada a condição mais benéfica ao trabalhador.

Mauricio Godinho Delgado (2008, p. 127) traz um exemplo de aplicação do direito:

Ampliou as proteções jurídicas à empregada gestante, seja através do mais largo prazo de licença previdenciária – 120 dias (art. 7º XVIII, CF/88), seja através da garantia de emprego instituída, com prazo até cinco meses após o nascimento (art. 10, II, “b”, ADCT, CF/88).

Como toda norma criada, a Constituição Federal de 1988 possui as suas diretrizes, como um sistema de características, as quais são vistas de forma marcante em letra de lei, neste sentido Amauri Mascaro Nascimento e Sonia Mascaro Nascimento (2014, p. 53) abordam sobre as diretrizes:

[...] B – DIRETRIZES. As linhas básicas adotadas pela Constituição Federal de 1988 são as seguintes: 1ª) adoção de um modelo prescritivo, não omissivo, segunda a diretriz do constitucionalismo social e seus objetivos fundamentais, que compreendem a ideia da inclusão de direitos sociais nas Constituições; 2ª) opção por um texto constitucional não sintético, de certo modo extenso e que, apesar de poucos artigos, contem inúmeros incisos dispondo sobre uma variedade de direitos trabalhistas, em dimensão até hoje desconhecida em nossas Constituições; 3ª) inclusão, na Constituição, de novos direitos trabalhistas, assim considerados aqueles até agora não previstos em nossa ordem jurídica, como também aqueles que eram apenas em nível de legislação ordinária, passando, com a Constituição a nível maior.

A certeza é que a Constituição Federal de 1988 surgiu possibilitando maior proteção aos mais vulneráveis e fornecendo respaldo constitucional aos trabalhadores, como disserta Amauri Mascaro Nascimento e Sonia Mascaro Nascimento (2014, p. 57):

O direito protetor, fim para o qual nasceu o direito do trabalho, expressa-se na permanência necessária das suas bases fundantes que encontram suporte na proteção do mais fraco para compensar a sua posição devedora, na prevalência da norma mais favorável como regra de hierarquia entre as normas que integram o ordenamento jurídico, na preservação da condição mais benéfica pelo trabalhador, que é a defesa jurídica da manutenção de suas conquistas para que não sejam reduzidas, no *in dubio pro operario* na interpretação dos casos concretos, na irrenunciabilidade dos direitos pelo seu portador, no combate à discriminação, ao trabalho escravo, à exploração do trabalho infantil, a defesa dos direitos de personalidade e a extensão dos deveres do empregador para o atendimento aos imperativos da família – ex.: licença a gestante, da mãe adotiva, estabilidade da gestante, intervalos especiais para a mãe em fase de amamentação, licença paternidade, proteção ao idoso, planos de saúde para os dependentes do trabalhador, escola para os filhos rurais.

Posto isto, a vigente Constituição rompeu com diretrizes e estruturação das anteriores constituições no Brasil, conferindo forma e conteúdo diferente, de maneira que a sociedade passou a trabalhar com dignidade, de forma livre e justa.

É neste sentido, que a Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região – nº 41 nos traz:

A inscrição de direitos fundamentais dos trabalhadores na Constituição de 1988, portanto, atende à melhor tradição jurídica e corresponde, no plano normativo, o avanço notável verificado na dogmática jurídica mais atualizada dos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais do trabalho objetivaram essa caracterização porque as prestações materiais a cargo do empregador ou do tomador do trabalho são um imperativo dirigido a assegurar não só o desenvolvimento profissional (art. 5º, XIII, da Constituição), mas também o digno e livre desenvolvimento da personalidade assegurado em regras elencadas no art. 5º. A integração entre os direitos fundamentais do trabalho e demais direitos fundamentais é conclusão emergente dessa realidade. (LEDUR, 2013, p. 42)

Os direitos fundamentais aplicam-se no sentido de proteger os direitos garantidos na Constituição Federal de 1988, a fim de, salvaguardar o núcleo de direitos fundamentais, com a finalidade de reequilibrar as relações contratuais, protegendo sempre a parte mais vulnerável da relação.

De forma que, tais direitos fundamentais dos trabalhadores não podem sofrer restrições e limitações, que atentem ao núcleo de garantias, sendo estes assegurados com cláusula pétrea, é neste sentido que o doutrinador Ipojuca Demétrius Vecchi (2014, p. 228) esclarece em sua obra:

As restrições aos direitos fundamentais, sejam elas advinhas de emendas constitucionais, leis infraconstitucionais, normas coletivas (acordos coletivos ou convenção coletivas de trabalho) ou negociações individuais, não podem simplesmente aniquilar com um direito fundamental. Bem como deve ficar preservado o seu núcleo essencial, sendo que, caso este seja afetado pela restrição, a mesma se torna inconstitucional. Cumpre enfatizar, ainda, que essas restrições só são admissíveis onde a própria Constituição autoriza e, ainda, observados os critérios acima apontados.

Entende-se então que, como apontado pelo doutrinador acima mencionado, o princípio da norma mais favorável deve ser considerado de forma que, essa restrição ou limitação não prejudique os direitos fundamentais e seu núcleo essencial, neste sentido, as restrições e limitações são exceções a serem observadas rigorosamente.

Algumas restrições existiam no Direito do Trabalho, principalmente para as mulheres, o que justamente foi tratado de forma rigorosa pela legislação, aniquilando de certo modo as proibições, é o indica Amauri Mascaro Nascimento (2011, p. 910), em sua obra Curso de Direito do Trabalho:

Cresceu a ideia de que o direito do trabalho deveria garantir o livre acesso da mulher no mercado de trabalho eliminando as proibições que antes restringiam a sua atividade profissional, daí as leis afastarem, como a do México, da França e da Itália, os obstáculos que apresentavam ao impedir a atividade da mulher em períodos noturnos, em atividades insalubres, com periculosidade e outras, sendo essa a característica atual das leis trabalhistas, como também a do Brasil a partir da Lei n. 7.855, de 1989.

As práticas discriminatórias antes evidentes no Brasil, foram barradas pela Constituição Federal de 1988, vindo a serem anuladas por dilatar o afastamento da mulher no mercado de trabalho, pela simples questão do gênero, como aponta Mauricio Godinho Delgado (2008, p. 782) em sua obra:

A constituição de 1988, entretanto, firmemente, eliminou do Direito Brasileiro qualquer prática discriminatória contra a mulher no contexto empregatício – ou que lhe pudesse restringir o mercado de trabalho – tutela. Nesse quadro, revogou inclusive alguns dispositivos da CLT que, sob o aparelhamento generoso manto tutelar, produziam efeito claramente discriminatório com relação à mulher obreira.

Sergio Pinto Martins estabelece alguns tópicos de maior relevância, que foram trazidos pela Carta Magna de 1988, como atividade insalubre, licença a gestante e dentre outros, os quais buscam como objetivo principal combater a discriminação existente no mercado de trabalho, como enfatiza este autor:

A constituição de 5-10-1988 não proibiu o trabalho da mulher em atividades insalubres, o que o tornou permitido. Assegurou a licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com duração de 120 dias (art. 7º, XVIII), quando anteriormente era de apenas 84 dias. Passou a haver uma previsão de proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, conforme fossem determinados em lei (art. 7º, XX). Proibiu a diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão por motivo de sexo (art. 7º, XXX). O art. 5º, I, da Constituição assegura que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, não mais se justificando qualquer distinção entre ambos. O art. 10, II, b, do ACDT prevê a garantia de emprego à mulher 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. (MARTINS, 2014, p. 664)

Mesmo com tantas matérias disciplinando direitos e garantias fundamentais na Constituição Federal de 1988, havia o tratamento diferenciado entre os gêneros, o que necessitou em 13.4.1995 a criação da Lei n. 9.029, e a Lei n. 9.799 promulgada em 26.5.1999, que significava que apenas com medidas impostas na Carta Magna de 1988, não era totalmente eficaz à época para combater a discriminação, assim, foram adotados diplomas que são apontados pelo autor Mauricio Godinho Delgado (2008, p. 783-784):

[...] com respeito especificamente à mulher considera também práticas discriminatórias a exigência de declarações, exames e medidas congêneres relativamente a esterilização ou estado de gravidez (art. 2º, Lei n. 9.029/95). Veda, ainda, a lei a indução ou instigamento ao controle de natalidade. Porém não considera como tal “o oferecimento de serviços de aconselhamento ou planejamento familiar, realizados através de instituições públicas ou privadas, submetidas às normas do Sistema Único de Saúde – SUS” (ART. 2º LEI N. 9.029/95).

A análise histórica do Direito do Trabalho após a Constituição Federal de 1988 reflete a evolução de um Estado que era conhecido como proibitivo e sem nenhuma segurança jurídica ao trabalho, a um Estado que regulou os direitos fundamentais, a sua indisponibilidade e de forma significativa aos direitos relacionados às empregadas, antes desamparadas, agora em situação de igualdade com os homens na Lei, conforme aponta Luciana Temer Castelo Branco na obra Manual dos Direitos da Mulher (2013, p. 88):

O constituinte de 1988 levou a sério o compromisso assumido e preocupou-se sobremaneira com a garantia da igualdade de gênero. Entendeu que o simples enunciado geral de que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza” não era suficiente. Explicitou a igualdade entre os sexos no art. 5º, I, ao determinar que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”. Achou ainda por bem colocar a igualdade dentro da família, no art. 226, § 5º, inovando ao afirmar que “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”.

Verifica-se que, a discriminação contra mulheres, não decorre apenas da normatização de regras e preceitos a serem seguidos, mas sim da mentalidade daqueles que afastam o direito de igualdade, assim, a cultura de visar o gênero feminino como um ser inferior que deve resiliência e obediência ao homem deve ser desentranhada da sociedade.

Amauri Mascaro Nascimento e Sônia Mascaro Nascimento demonstram as posições adotadas pela Constituição Federal de 1988 quanto a igualdade, de modo a proteger a todos:

A Constituição de 1988 deu maior amplitude ao princípio da igualdade. O art. 7º, XXX e XXXI, veda a “diferença de salários, de exercício de funções e de critério e admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil”, protege o portador de deficiência, declara que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade” (art. 5º, caput) e proclama que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações” (art. 5º, I). Proíbe “a diferença

de salários de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil” (art. 7º, XXX), e “qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência” (art. 7º, XXXI). (NASCIMENTO; NASCIMENTO, 2014, p. 124)

O princípio da igualdade é a base para coibir as desigualdades no mercado de trabalho, sejam elas quais forem, principalmente quando trata-se de gênero. A busca pela igualdade das mulheres no ambiente laboral é antiga e cansativa, pois mesmo com tantas normas repressoras a discriminação ainda é, evidente.

Assim, a Constituição Federal de 1988 é o ponto de partida para as garantias e direitos fundamentais dos trabalhadores, seja coibindo a desigualdade ou assegurando a equiparação salarial, para que todos tenham as mesmas condições de trabalho e tratamento, como forma de proteção a todos.

3 O CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABALHO E A ESTABILIDADE DECORRENTE DE SUAS RELAÇÕES.

O Direito do Trabalho, em todas as suas esferas apresenta a necessidade de regulamentar as relações hoje existentes, justamente para coibir os conflitos entre empregados e empregadores que crescem consideravelmente a cada dia.

Desta forma, o contrato de trabalho surge como mediador para que ambas as partes cumpram com as obrigações assumidas a termo, sendo este fenômeno de extrema relevância para as relações de emprego. Neste capítulo será abordado o Contrato Individual de Trabalho, suas características, requisitos e o estudo aprofundado quanto ao contrato a prazo indeterminado e determinado, e ainda sobre a estabilidade que decorre das relações contratuais, principalmente quanto a estabilidade da gestante.

3.1 Breves disposições gerais

O contrato de trabalho é originário de Roma pelos contratos de locação de serviço, cuja sociedade baseava-se no trabalho escravo como forma de produzir riquezas, conforme preceituam Orlando Gomes e Elson Gottschalk (2012, p. 119) em sua obra Curso de Direito do Trabalho:

[...] a relação de trabalho revestia juridicamente o aspecto de autêntica relação real de domínio. As classes dominantes consideravam-no atividade vil e desonrosa. Essas ideias levaram os romanos a cometer um equívoco quando disciplinaram juridicamente o trabalho dos que não eram escravos. Com efeito, o Direito Romano o regulou como fruto de um contrato denominado – locatio conductio. Era um contrato que se realizava quando “se prometia, por certa paga, uma coisa para fruir, um serviço para prestar, uma obra para fazer” [...].

Diante do cenário econômico da época, o Código Civil Brasileiro de 1916 adotou a expressão proveniente da Roma de locação de serviço para conceituar o contrato de trabalho, não realizando análise do equívoco jurídico que esta denominação trazia, produzindo analogia à escravidão da época, como dispõem os autores:

Enquanto o regime econômico permaneceu nos horizontes da pequena indústria, não se percebeu a improbidade dessa expressão. Os códigos a acolheram, situando o contrato de locação de serviços ao lado da locação de coisas. O Código Civil brasileiro anterior, a despeito de ter sido promulgado em 1916, não só conservou o nome clássico do contrato, como o regulamentou no pressuposto de ser uma modalidade da locação. Hoje, porém, já se abandonou essa terminologia inadequada. Reconheceu-se que a expressão romana dá ideia falsa do contrato que nomeia. Só os romanos, com efeito, que viveram em época na qual a estrutura econômica da humanidade se assentava no trabalho escravo, poderiam ter a ideia infeliz de equiparar o trabalho humano às coisas, para subordiná-lo à mesma disciplina jurídica. Na atualidade, o emprego dessa expressão não mais se justifica. [...] (GOMES; GOTTSCHALK, 2012, p. 129)

A mudança de denominação ocorreu segundo Sergio Pinto Martins (2014, p. 94) com a Lei nº 62, de 5-6-1935, que abordou sobre a rescisão do pacto laboral, além disso, o autor expõe que a relação de trabalho é gênero, o que entende-se como qualquer modalidade de trabalho, já o contrato de emprego versa quanto ao trabalho subordinado do empregado com vínculo ao empregador.

Os autores Orlando Gomes e Elson Gottschalk (2012, p. 131), entendem que o termo emprego tem o sentido mais limitado, sendo o objeto de seu conteúdo apenas o trabalho subordinado, por isso, consente como expressão mais adequada o contrato de trabalho, na sua amplitude de relação jurídica que cria o estado do empregado.

Assim, é por meio da formalização de um acordo, que tem o objetivo de designar obrigações decorrentes da prestação de serviço, que estabelecerá empregado e empregador no contrato de trabalho.

3.2 Conceito

Os contratos de trabalho visam gerar efeitos jurídicos nas relações empregatícias entre empregado e empregador quando há acordo de duas vontades. É desta forma que Amauri Mascaro Nascimento (2011, p. 869), estabelece o conceito na sua percepção de contrato de trabalho: “definimos contrato de trabalho como a relação jurídica de natureza contratual tendo como sujeitos o empregado e o empregador e como objeto o trabalho subordinado, continuado e assalariado”.

A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) no caput do seu artigo 442¹, denomina o conceito ao contrato individual de trabalho como “acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego”.

Para Leite (2017, p. 360) o conceito de contrato de trabalho é o que segue: “de forma simples, portanto, conceituamos o contrato de trabalho como negócio jurídico regulado pelo direito do trabalho que estabelece um conjunto de direito e deveres para o empregado e empregador”.

Neste mesmo sentido, Ipojucan Demétrius Vecchi define o contrato de trabalho na sua obra Direito Material do Trabalho como a manifestação de vontade das partes, visando sempre a boa-fé e a função social do contrato, como forma de preservar os princípios norteadores do direito do trabalho:

Entende-se que contrato é um negócio jurídico bilateral em que, por meio de comportamentos reconhecidos pela ordem jurídica como declaração de vontade, duas ou mais partes entram em contato (valorado normativamente como acordo) e, observada a ordem jurídica vigente, possibilitam, a auto e a heterorregulamentação de seus interesses. Esta concepção leva em conta a visão de que o contrato não está mais atrelado de forma visceral à chamada “autonomia da vontade”, pois outros princípios como a boa-fé objetiva (confiança) e a função social do contrato, incidem sobre comportamentos típicos reconhecidos pela ordem jurídica como contratuais. (VECCHI, 2014, p. 493-494)

Desta forma, a atenção e a importância aos interesses das partes no contrato de trabalho é principalmente proteger a parte mais vulnerável desta relação, destinando-se ao zelo pelos princípios, ou seja, o contrato de trabalho é uma forma de regulamentar as relações jurídicas existentes no ambiente laboral, de forma tácita ou expressa, produzida entre empregado e empregador, tencionando dignidade e garantias aos direitos trabalhistas.

Já para Carmem Camino, a obrigação que o empregado assume de prestar serviço de trato sucessivo e subordinado, tendo em contrapartida o empregador que delibera sobre esta prestação de serviço, e assumindo os riscos da atividade econômica, concede a remuneração devida ao empregado:

¹Art. 442 - Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego.

Contrato Individual de Trabalho é a relação jurídica de caráter consensual, *intuitu personae* em relação ao empregado, sinalagmático, comutativo, de trato sucessivo e oneroso pela qual o empregado obriga-se a prestar trabalho pessoal, não-eventual e subordinado ao empregador o qual, suportando os riscos do empreendimento econômico, comanda a prestação pessoal de trabalho, contra prestando-a através do salário. (CAMINO, 2004, p. 257)

Portanto, o contrato de trabalho representa um acordo de prestação de atividade, de forma contínua, em troca receberá o trabalhador uma remuneração por parte do empregador, sendo um ajuste de interesses particulares.

O que ocorre com frequência no contrato de trabalho, é a desigualdade existente entre as partes durante a sua pactuação, por que há uma carência de oferta de emprego e o aumento de índices de desemprego, levando o empregado a aceitar, muitas vezes, as cláusulas impostas pelo empregador como forma de garantir o emprego, sendo assim, não deixa de ser uma maneira de contrato de adesão, como menciona Carlos Henrique Bezerra Leite (2017, p. 361) em sua obra Curso de Direito do Trabalho:

[...] *de adesão* – portanto, via de regra, o empregado adere às condições impostas unilateralmente pelo empregador. Na prática, verifica-se que quanto mais baixa a qualificação profissional e formação educativa do empregado mais ele se sujeita à mera adesão ao contrato de trabalho que lhe é apresentado para assinatura pelo empregador. É importante lembrar que, nos termos do art. 423 do CC, quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente, *in casu*, ao empregado, sendo certo que, de acordo com o art. 424 do referido Código, nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estimulem a renúncia antecipada do aderente (empregado) a direito resultante da natureza do negócio. Tais normas civilistas são aplicáveis subsidiariamente ao contrato de trabalho (CLT, art. 8º, parágrafo único).

Isto posto, é que a Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT, em seus artigos 442², 443³ e 444⁴ caput, dispõem sobre os contratos individuais de uma forma limitadora da vontade das partes, ocorrendo desta forma a intervenção estatal como uma maneira de garantir a proteção ao trabalho digno, estabelecendo ainda, modalidades de contratos como expressos ou tácitos, individuais ou plúrimos e ainda,

²Art. 442 - Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego.

Parágrafo único - Qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviços daquela.

³Art. 443. O contrato individual de trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito, por prazo determinado ou indeterminado, ou para prestação de trabalho intermitente.

⁴Art. 444 - As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes.

quanto ao seu tempo de duração, que pode ser a tempo indeterminado ou determinado.

Desta forma, é por meio de um contrato individual de trabalho que será regulamentada a prestação de serviço de um trabalhador a um terceiro em troca de certa remuneração. Assim, com o objetivo de melhor compreender este estudo, necessário se faz a análise do contrato a prazo determinado e indeterminado, abordando suas características e peculiaridades na relação de emprego.

3.3 Contrato de trabalho a prazo indeterminado

Essa modalidade de contrato é a mais conhecida e utilizada no ambiente laboral, pois não existe um prazo pré-determinado no contrato individual de trabalho para o seu encerramento.

Maurício Godinho Delgado (2008, p. 521-522), conceitua o contrato a prazo indeterminado como “contratos indeterminados são aqueles cuja duração temporal não tenha prefixado termo extintivo, mantendo duração indefinida ao longo do tempo”. E continua, “a indeterminação da duração dos contratos constitui regra geral incidente aos pactos empregatícios”.

A regra para contratação de empregados é o contrato a prazo indeterminado, apenas ocorrendo a prazo determinado quando mencionado na Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS), com a determinação da data fim do contrato. Como menciona Amauri Mascaro Nascimento (2011, p. 622):

O contrato a tempo indeterminado é a regra geral em todos os sistemas jurídicos, de tal modo que será a forma normal de contratação, salvo se outra for observada. É mais frequente, pela característica da relação de emprego, a sua permanência no tempo, como contrato de trato sucessivo que é.

Ipojucan Demétrius Vecchi, também refere-se a este contrato como a regra a ser seguida, desta forma, sem estipulação de prazo para o seu fim:

Por prazo indeterminado é a modalidade de contrato de trabalho que o analisa sobre a possibilidade, a qual é a regra geral a ser seguida em todos os contratos de trabalho, de que seja realizado sem estipulação de prazo de duração para a sua vigência, tendo vigência por prazo indeterminado, indefinido. (VECCHI, 2014, p. 515)

Ou seja, o empregado será admitido sem ter o conhecimento da data fim do contrato, sendo assim, de trato sucessivo e visando a continuidade da relação de trabalho. Amauri Mascaro Nascimento (2011, p 867), estabelece sua obra sobre a indeterminação do tempo do contrato: “por duração indeterminada o que se deve entender é que o empregado foi admitido sem previsão do termo final do contrato, que vigera até que se desconstitua por meio de uma das formas normais de extinção”.

Esta modalidade de contrato, visa acima de tudo, oferecer ao empregado uma garantia de emprego, o sustento seu e de sua família, como menciona Ipojucan Demétrius Vecchi (2014, p. 355) “pela própria natureza sucessiva do contrato de trabalho, entende-se que o mesmo deve permanecer de forma indefinida, como garantia da produção e de sustento do empregado”.

O prazo indeterminado do contrato individual de trabalho está de forma inegavelmente atrelado ao princípio da continuidade da relação de trabalho, conforme menciona Mauricio Godinho Delgado, que aborda as repercussões em volta dessa modalidade de contrato:

[...] aquele que vive apenas de seu trabalho tem neste, e na renda dele decorrente, um decisivo instrumento de sua afirmação no plano da sociedade. Se está submetido a contrato precário, provisório, de curta duração (ou se está desempregado), fica sem o lastro econômico e jurídico necessário para se impor no plano de suas demais relações econômicas na sociedade. (DELGADO, 2013, p. 209-210)

Logo, o contrato a prazo indeterminado visa repassar ao trabalhador segurança e continuidade de seu serviço, de forma com que vise um futuro próspero no ambiente laboral, dedicando-se para alcançar e executar a excelente prestação de trabalho, como forma de crescimento.

3.4 Contrato de trabalho a prazo determinado

Os contratos a prazo determinado são à exceção à regra, e ao princípio da continuidade da relação de trabalho, pois estes já nascem com o prazo fim de sua duração, ou seja, contratante e contratado estipulam o prazo para cessar a prestação de serviço, de forma natural, sem aviso-prévio.

É o que menciona Sergio Pinto Martins (2014, p. 120) ao abordar que “a exceção é a contratação por prazo determinado, de acordo com as determinações específicas contidas na lei”, ou seja, as partes não poderão acordar da forma que

entenderem benéfica a eles, o contrato a prazo determinado é previsto em lei, de forma restrita, o qual não permite condição diversa.

Nas relações laborais, este determinado contrato limita o empregado a este lapso de tempo, acredita-se que rompe com direitos trabalhistas, conforme menciona Ipojucan Demétrio Vecchi (2014, p. 521) em sua obra:

O contrato por prazo determinado está taxativamente previsto na legislação, sendo considerado exceção dentro do sistema de contratos trabalhistas, visto que impossibilita a verdadeira inserção do empregado na empresa, bem como lhe impossibilita a aquisição de vários direitos.

O artigo 443, §1^o da Consolidação das Leis de Trabalho (CLT), determina o contrato a prazo determinado como: “considera-se como de prazo determinado o contrato de trabalho cuja vigência dependa de termo prefixado ou da execução de serviços específicos ou ainda da realização de certo acontecimento suscetível de previsão aproximada”.

Diante disso, é restrito a pactuação deste contrato de forma livre, ou seja, não é qualquer contrato que poderá ter fixado a data de início e fim, conforme o artigo 443 da CLT será válido apenas, de serviço cuja natureza ou transitoriedade justifique a predeterminação, atividades empresariais de caráter transitório e o contrato de experiência.

É o que leciona Maria Inês Moura S. A. da Cunha em sua obra Direito do Trabalho o que está em consonância com o dispositivo da Lei acima mencionado:

A lei brasileira permite o contrato a prazo determinado, em se tratando de atividade de caráter transitório, em serviço cuja natureza ou transitoriedade o justifique, e em contrato de experiência. Considera-se, assim, nos termos da lei, como de prazo determinado, o contrato de trabalho cuja vigência dependa de termo prefixado, ou da execução de serviços especializados, ou, ainda, da realização de certo acontecimento suscetível de previsão aproximada. Nessa última hipótese, por exemplo, inclui-se o contrato de safra, que depende das variações sazonais, e onde se sabe, aproximadamente, o período de início e de término do plantio e colheita de determinada cultura. (CUNHA, 2011, p. 97)

⁵ Art. 443. O contrato individual de trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito, por prazo determinado ou indeterminado, ou para prestação de trabalho intermitente.
§ 1º - Considera-se como de prazo determinado o contrato de trabalho cuja vigência dependa de termo prefixado ou da execução de serviços especificados ou ainda da realização de certo acontecimento suscetível de previsão aproximada.

Além do que foi previsto no artigo 443 da CLT, há pela Lei 6.019/74 o contrato temporário. Este contrato é firmado pelas empresas e trabalhadores principalmente quando há aumento de demanda de serviço em uma determinada época, e quando este acordo chega ao seu fim, as partes já têm ciência do feito, como determinado Maria Inês Moura S.A da Cunha, sobre o conhecimento de existir termo certo de extinção, sem a surpresa das partes, tanto no contrato determinado como no temporário:

O contrato por prazo determinado, atingindo seu termo final, se extingue de pleno direito, não fazendo jus o empregado ao aviso prévio, que se mostra incompatível com os contratos a termo. Com efeito, nos contratos a prazo determinado, nenhuma das partes pode dizer que foi colhida de surpresa com o término da pactuação, visto que, antecipadamente, já sabem o período, que deve durar o contrato estabelecido. (CUNHA, 2011, p. 98)

Desta forma, não há como alegar que foi surpreendido com a rescisão contratual, pois ambas as partes ao firmarem o contrato já tinham conhecimento do lapso temporal que este teria. E há autores que relacionam o contrato a prazo determinado ao aumento da globalização, em que há momentos de aumento e outros de diminuição de demanda, conforme afirmam Ana Maria Viola de Souza e Maria Cristina Alves Delgado de Avila (2015, p. 272):

Na realidade brasileira, pela influência do processo de globalização, cada dia mais tende a aumentar esse tipo de contratação, principalmente se considerar que o processo produtivo pode se apresentar com forte inclinação sazonal: há momentos de alta demanda e outros de estagnação.

Esta modalidade que determina o tempo de duração do trabalho é a exceção à regra, pois deve-se atender sempre a garantia e a estabilidade financeira do trabalhador. Ocorre que esta flexibilização tem aumentado a escolha por este contrato, principalmente quando a crise afeta o cenário financeiro global. Esta elasticidade é trazida por Ipojucan Demétrius Vecchi, que aborda como esta exceção tem se tornado prioridade na contratação:

[...] que o movimento de flexibilização do direito do trabalho tem proposto uma série de medidas que precarizam as relações de trabalho, entre as quais, avulta o aumento das formas de contratação por prazo determinado. Ocorre que, em nosso ordenamento essas medidas caminham na contramão da ordem constitucional, pois as contratações a prazo devem ser tidas como excepcionais, tendo em vista o princípio da norma mais favorável e o princípio da continuidade da relação de emprego. (VECCHI, 2014, p. 521-522)

Desta forma, o contrato a prazo indeterminado é relacionado como aquele que garante o bem-estar do trabalhador, oferecendo suporte e permanência no emprego, como leciona Mauricio Godinho Delgado (2008, p. 211), ao abordar sobre o princípio da continuidade da relação do emprego, “O mesmo princípio também propõe como regra geral o contrato trabalhista como tempo indeterminado, uma vez que este é o que melhor concretiza o direcionamento pela continuidade da relação empregatícia”.

Quando a palavra “emprego” é mencionada, faz-se relação direta a segurança e estabilidade, logo, uma pessoa que é contratada para determinado serviço em um curto lapso temporal fica de certa forma, desamparada daquilo que é realmente o objetivo do Direito do Trabalho, ou seja, a proteção. É válido trazer aqui, o que Amauri Mascaro Nascimento menciona como ideia de segurança no trabalho, o que é estritamente ligado ao contrato a prazo indeterminado:

Justifica-se o princípio da continuidade não só pela ideia de segurança. Há outro fundamento: o valor da antiguidade. Deve ser estimulada a antiguidade do empregado, mesmo porque diversos dos seus direitos são nela baseados. Nota-se que a antiguidade tem servido de critério de promoções em regimes estatutários, equiparada ao próprio merecimento, com o qual se alterna. Na empresa privada não pode ser diferente. A antiguidade em si não deve ser desvalorizada e pode se transformar em benefício da própria empresa na medida em que for bem utilizada. (NASCIMENTO, 2011, p. 624)

A segurança que trata o autor, tem ligação direta ao trabalhador buscar o crescimento profissional dentro da empresa, o que resultaria em benefício próprio. Mas mesmo com tantos pontos desfavoráveis, o contrato a prazo determinado tem crescido fortemente, principalmente em épocas de prosperidade ao aumento da economia, onde há contratação temporária de novos trabalhadores para suprir a alta demanda.

Como abordam as autoras Ana Maria Viola de Sousa e Maria Cristina Alves Delgado de Avila (2015, p. 272), que relacionam este tipo de contrato à crise econômica:

Apesar das críticas, o contrato por prazo determinado, continua sendo utilizado por muitos empregados e empregadores. Em momentos de crise econômica, pela qual o Brasil vem passando atualmente, atende não só os empregadores na continuidade de sua produção, como também aos empregados como opção para garantir sua sobrevivência digna [...]

Isto posto, deve-se analisar a estabilidade existente nestes contratos, suas garantias e formas, como a legislação brasileira aborda a questão, para que possa-se

compreender que, como o aumento dos contratos a prazo determinado, influencia na segurança da relação empregatícia.

3.5 A estabilidade decorrente dos contratos

Para o estudo do tema proposto, será abordado acerca da estabilidade nos contratos de trabalho, com o principal objetivo de demonstrar o papel da estabilidade durante e após a gestação, a qual proporciona proteção ao nascituro e decorrente disso, promove segurança e tranquilidade da gestante neste momento.

A estabilidade é a segurança no emprego, de forma que o empregador não poderá dispensar o trabalhador injustificadamente, sendo uma exceção a justa causa ou de força maior, desta forma, o trabalhador permanecerá no trabalho enquanto perdurar a estabilidade. Sergio Pinto Martins (2014, p. 457), determina o significado da palavra estabilidade “Estabilidade vem do *latim stabilitas. Tatis de stabilire* (fazer firme). Num sentido genérico tem significado de solidez, firmeza, segurança”.

E continua o autor, conceituando a estabilidade como a continuidade do trabalhador no emprego, mesmo contra o desejo do empregador:

Estabilidade é o direito do empregado de continuar no emprego, mesmo contra a vontade do empregador, desde que inexista uma causa objetiva a determinar sua despedida. Tem assim, o empregado o direito, de não ser despedido, salvo determinação de lei em sentido contrário. (MARTINS, 2014, p. 457)

A estabilidade está estritamente relacionada com o princípio da continuidade da relação de emprego, assim sendo, é a forma do trabalhador permanecer no ambiente laboral com dignidade, o que impossibilita que o empregador o dispense arbitrariamente. Conforme Sergio Pinto Martins que, continua a dissertar sobre a estabilidade:

A segurança social é a aspiração de todos, inclusive do Estado, sendo consecutória “à segurança no emprego”. A estabilidade importa a segurança que o trabalhador precisa ter para trabalhar, de não ser dispensado a qualquer momento sem justificativa por parte do empregador, de não implicar a perda de seu meio de sustento de uma hora para outra e de suas necessidades pessoais e familiares. Visa, por conseguinte, evitar dispensas arbitrárias, sem justificativas, por mero capricho do empregador. A estabilidade implica segurança do trabalho, a continuidade do contrato de trabalho por tempo indeterminado, a manutenção do recebimento de salário, para que o trabalhador possa sobreviver, juntamente com sua família. A

segurança no trabalho é a base para o bem-estar do trabalhador e da paz social. (MARTINS, 2014, p. 460)

Na realidade, a estabilidade vem em um período onde o trabalhador enfrenta momentos peculiares, o qual precisa afastar-se de suas atividades, ou que o mesmo passa por situações delicadas de sua vida, em que se não houvesse a estabilidade, estaria à mercê da boa vontade do empregador de dispensá-lo ou não. Conforme estabelece Carlos Henrique Bezerra Leite (2017, p. 570), o seu conceito sobre estabilidade:

Já a estabilidade no emprego também visa à manutenção da relação empregatícia, protegendo-a contra a vontade do empregador, salvo nos casos de falta grave cometida pelo empregado e apurada em inquérito judicial ajuizada pelo empregador, ou, ainda na hipótese de força maior devidamente comprovada.

A diferença entre estabilidade e garantia de emprego, é que esta, é a forma de assegurar a contratação de específicos trabalhadores, como a contratação de aprendizes em estabelecimentos que demandem a formação profissional.

Essa diferenciação é apontada por Amauri Mascaro Nascimento e Sônia Mascaro Nascimento, na sua obra *Iniciação ao Direito do Trabalho*, que estabelece que a garantia é mais extensa que a estabilidade, pois o Estado designa normas a serem acolhidas por empresas que se enquadram nos dispositivos de lei, como discorrem os autores:

[...] garantia de emprego é um instituo mais amplo que estabilidade. Compreende, além da estabilidade, outras medidas destinadas a fazer com que o trabalhador obtenha o primeiro emprego, como também a manutenção do emprego conseguido. Relaciona-se com a política de emprego. Se, por exemplo, uma lei obriga as empresas a admitirem determinado número de menores, essa é uma lei de garantia de emprego, mas não é uma lei de estabilidade [...]. (NASCIMENTO; NASCIMENTO, 2014, p. 408)

Desta forma, diferenciados ambos institutos, a estabilidade não garante o trabalhador no ambiente laboral, pois existindo justa causa e motivo superveniente expresso em lei, o mesmo será despedido e sua causa deve ser formalizada, não o fazendo, o empregador deverá permanecer com o seu empregado no quadro de seus funcionários.

Por conseguinte, a estabilidade, mesmo estando atrelada ao princípio da continuidade do contrato de trabalho, ela pode ser revogada, isso poderá acontecer

quando houver a justa causa do empregado, conforme Sergio Pinto Martins (2014, p. 458) leciona:

O exercício do direito potestativo do empregador quanto à rescisão contratual não só pode dar na estabilidade, ainda que por razões técnicas ou econômico-financeiras. Ao contrário, quando se fala em garantia de emprego, a dispensa pode ser feita, salvo a arbitrária, ou seja, aquela que não se fundar em motivos disciplinares, técnicos, econômicos e financeiros. Na estabilidade, o empregador somente poderá dispensar o empregado havendo justa causa ou encerramento de atividade.

A estabilidade pode ser definitiva ou provisória, ambas têm o ponto comum de que o empregador não poderá romper com contrato de trabalho no momento que acreditar conveniente, conforme dispõem Mauricio Godinho Delgado (2008, p. 1251):

As figuras de estabilidade no emprego e das estabilidades provisórias são extremamente próximas, como se percebe, já que ambas restringem as alternativas de extinção do contrato de trabalho. Ambas voltam-se, de modo essencial, contrariamente ao exercício unilateral do poder empregatício pelo empregador, inviabilizando a ruptura contratual por sua vontade meramente arbitrária, isto é, a dissolução do contrato sem motivo considerado relevante pelo direito.

Em contradição, ambas se diferem no tempo, porque a estabilidade definitiva perdura de forma indeterminada, sem previsão de extinção. Já a estabilidade provisória pelo próprio nome já relaciona a algo passageiro, com data prevista a terminar, ou seja, tem o período correto de vigência. Essa diferenciação é trazida na obra de Mauricio Godinho Delgado (2008, p. 1251):

Não obstante a forte proximidade entre duas figuras, elas não se confundem. A estabilidade é, sem rodeios, permanente, criando uma quase-propriedade do emprego pelo trabalhador. Este preserva seu contrato de duração indeterminada de modo indefinido no tempo, até que fato excepcional e tipificado em lei surja, com força bastante para extinguir o pacto empregatício: por exemplo, a morte, o pedido de demissão pelo próprio obreiro, a extinção efetiva da empresa, ou, ainda, a resolução culposa do contrato, por justa causa obreira. Em contrapartida, a estabilidade provisória, como a própria expressão indica, é de extensão apenas temporária, durante o restrito período de sua vigência estipulando pela ordem jurídica.

A modalidade provisória, está relacionada ao tempo de duração conforme a causa e a necessidade do trabalhador, com período certo e determinado, podendo ser prorrogado em conformidade com a premência do trabalhador, como a estabilidade do acidentado e da gestante. Conforme mencionam Nascimento e Nascimento (2014, p. 410) “[...] estabilidade especial é a que perdura enquanto existir a causa em razão

da qual foi instituída. Essa causa coincide com uma condição especial do empregado”. Ou seja, difere-se da estabilidade geral a qual tem sua indeterminação de período.

3.5.1 Estabilidade da gestante

A licença maternidade é o período em que a gestante adquire estabilidade no emprego. A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 7º, inciso XVIII⁶ dispõem sobre a licença à gestante com duração de cento e vinte dias, sem incorrer em prejuízo salarial e empregatício. Ademais, este artigo é a forma intrínseca de proteção à gestante e ao nascituro, de maneira a assegurar o bem-estar e a dignidade de ambos, sem a dispensa arbitrária por parte do empregador.

A proteção à gestante também é prevista no caput do artigo 392 da Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT⁷, a qual em perfeita consonância com a Constituição Federal de 1988, prevê a licença de 120 dias. Nascimento e Nascimento (2014, p. 204) estabelecem alguns propósitos normativos para este período “A licença tem dois objetivos: possibilitar à mulher a recuperação física do parto e a possibilidade da presença da mãe com a criança em tão importante período. [...]”.

A dispensa da empregada grávida caracteriza-se como a desumana discriminação ao gênero, pois, denota-se que os empregadores insatisfeitos com o período que as mulheres ficavam afastadas, acabavam por não contratá-las, com este fim, a Constituição Federal de 1988 prevê em seu artigo 201⁸ que a Previdência Social atenderá a proteção à maternidade. Conforme leciona Sergio Pinto Martins (2014, p. 668):

Inicialmente, o empregador era quem pagava o período em que a gestante ficava afastada para dar à luz. Em consequência, a contratação de mulheres era mais escassa, pois o empregador não interessava em ter esse encargo. Havia necessidade de a legislação determinar que o pagamento da licença-maternidade ficasse a cargo da Previdência Social, principalmente como uma forma de incentivar a contratação de mulheres como empregadas.

⁶ Art. 7.º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

XVIII – Licença maternidade, sem prejuízo do emprego e do salário, com duração de cento e vinte dias.

⁷Art. 392. A empregada gestante tem direito à licença-maternidade de 120 (cento e vinte) dias, sem prejuízo do emprego e do salário.

⁸Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e tenderá, nos termos da lei, a:

II – proteção à maternidade, especialmente à gestante;

Desta forma, o empregador poderá realizar o pagamento da empregada em seu período de licença-maternidade e descontá-lo na contribuição previdenciária tal como retoma Martins (2014, p. 669) “a empresa adianta o salário maternidade à empregada e compensa com o que deve a título de contribuição previdenciária na guia de recolhimento. O INSS pagará o salário maternidade da segurada especial e da empregada doméstica”. Ou seja, é uma maneira que julga eficaz no combate à discriminação, entendendo que os empregadores contratarão mulheres da mesma maneira que homens.

A estabilidade gestacional está prevista no Artigo 10⁹, inciso II, alínea b, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a qual designa a estabilidade da gestante desde a confirmação da gestação até cinco meses após o parto, proibindo desta maneira a dispensa arbitrária e sem justa causa da mesma.

Sabrina Cremes, em seu artigo A Aplicação da Súmula nº 244 do TST nos Contratos Temporários, fundamenta quanto ao surgimento do Artigo 10, II, b, do ADCT, o que revela-se seguidamente ao estudo aprofundado de que este surgiu após inúmeras jurisprudências versarem sobre o assunto:

O Artigo 10, inciso II, alínea b, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) surgiu do conjunto de jurisprudência consolidadas pelo Supremo Tribunal Federal (STF) com a intenção de aferir maior efetividade na proteção ao trabalho da gestante no sentido de conceder a estabilidade gestacional prevista às empregadas admitidas em contrato por prazo determinado. (CREMER, 2017)

A proteção ao trabalho da gestante desde os primórdios é ato contínuo daqueles que tem o dever de tutelar sobre seus direitos, de maneira que, as mulheres estavam à mercê da boa-fé do empregador, e justamente por isso que há jurisprudência versando sobre esta estabilidade. Diante do exposto, é necessário a exposição da jurisprudência, julgada pelo STF, em 29/09/2009, vejamos:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. SERVIDORAS PÚBLICAS E EMPREGADAS GESTANTES. LICENÇA-MATERNIDADE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. ART. 7º, XVIII, DA CONSTITUIÇÃO. ART. 10, II, "B", do ADCT. O Supremo Tribunal Federal fixou 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

⁹ 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.

meses após o parto, nos termos do art. 7º, XVIII, da Constituição do Brasil e do art. 10, II, "b", do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento¹⁰.

Desta forma, o Senhor Ministro Eros Grau sustenta que o argumento alegado pelo agravante de que o instituto da estabilidade é incompatível com os contratos a prazo determinado é módico e insuficiente para afastar o direito da gestante à estabilidade provisória

Frisa-se com esta jurisprudência que, independentemente do regime jurídico que foi adotado na relação contratual, deverá ser abrangido pela segurança naquele determinado período, impedindo desta forma a rescisão contratual desmotivada.

A estabilidade que é abrangida pela empregada grávida, funciona como uma vedação à sua dispensa sem justa causa neste determinado período, como prevê o artigo 391 da CLT¹¹, o qual estabelece que não será motivo justo da rescisão, o fato da mulher ter contraído matrimônio ou de estar grávida, sendo este o entendimento de Amauri Mascaro Nascimento (2011, p. 915):

A estabilidade da gestante é a proibição da sua dispensa sem justa causa em determinado período, que era prevista pelas convenções coletivas de trabalho, caso em que beneficiava apenas a categoria profissional, mas que foi generalizada para toda mulher pela Constituição Federal de 1988 (art. 10, II, b, das Disposições Transitórias), que dispõem: "II – fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa ou sem justa causa: ... b) da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto" A dispensa em desacordo com esse princípio é nula. A consequência da declaração da nulidade é a reintegração no emprego, continuando a proteção até o termo final da estabilidade. São assegurados também todos os direitos do contrato de trabalho do período dentro da estabilidade, quem que o empregador, imotivadamente, obistou o desenvolvimento do vínculo jurídico.

A proibição do inciso II, alínea b, do artigo 10 do ADCT, como demonstrada pelo autor, funciona com o objetivo de acabar com a dispensa arbitrária da mulher quando esta encontra-se em estado gravídico, pois a estabilidade é um direito de todo e qualquer trabalhador, justamente quando este, atravessa um período delicado de sua vida, o qual merece cuidado.

¹⁰ RE 600057 AgR, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 29/09/2009, DJe-200 DIVULG 22-10-2009 PUBLIC 23-10-2009 EMENT VOL-02379-10 PP-02124. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=604743>

¹¹ Art. 391. Não constitui justo motivo para a rescisão do contrato de trabalho da mulher o fato de haver contraído matrimônio ou de encontrar-se em estado de gravidez. Parágrafo único. Não serão permitidos em regulamentos de qualquer natureza contratos coletivos ou individuais de trabalho, restrições ao direito da mulher ao seu emprego, por motivo de casamento ou de gravidez.

O artigo 6º da Constituição Federal de 1988¹², refere-se aos Direitos Sociais, que abrange, dentre outros, a saúde, o trabalho, à proteção, à maternidade e à infância, justamente como uma maneira de garantir o mínimo a todos, relaciona-se com a estabilidade, pois o objetivo desta é exatamente proporcionar a segurança e a proteção ao emprego.

Antes da edição em setembro de 2012, a súmula 244 do TST já versava sobre a estabilidade, mas não reconhecia à empregada gestante contratada a prazo determinado esta segurança, ou seja, se engravidasse na vigência deste contrato, poderia ser dispensada pelo empregador ao final do prazo, não configurando arbitrária ou sem justa causa, com fundamento ligado intrinsecamente ao fato deste tipo de contrato já nascer com data fim, tendo as partes consciência de sua duração.

Em 28 de junho de 2005, esta jurisprudência aborda o assunto da estabilidade da gestante em contratos temporários, quando ocorrer inúmeras contratações da mesma empregada na empresa, estendendo a ela o artigo 10, II, b da ADCT, como forma de garantir que estas mulheres não fiquem desamparadas no momento gestacional e após ele, pois negar o direito a estabilidade, estará privando tanto a gestante quanto o nascituro de um direito social, relacionado com o princípio da dignidade da pessoa humana. Segue jurisprudência:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. LICENÇA-MATERNIDADE. CONTRATO TEMPORÁRIO DE TRABALHO. SUCESSIVAS CONTRATAÇÕES. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. ART. 7º, XVIII DA CONSTITUIÇÃO. ART. 10, II, b do ADCT. RECURSO DESPROVIDO. A empregada sob regime de contratação temporária tem direito à licença-maternidade, nos termos do art. 7º, XVIII da Constituição e do art. 10, II, b do ADCT, especialmente quando celebra sucessivos contratos temporários com o mesmo empregador. Recurso a que se nega provimento¹³.

Assim, ao abordarem sobre o presente caso, o Senhor Ministro Celso Melo, ao justificar seu voto, retoma a importância e a consciência que o empregador tem de assumir um contrato, com ciência das responsabilidades assumidas pelo Estado brasileiro diante do cenário internacional do direito do trabalho, o que visa acima de tudo, à tutela da maternidade e do nascituro, sendo que a obtenção à estabilidade

¹² Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

¹³ RE 287905, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 28/06/2005, DJ 30-06-2006 PP-00035 EMENT VOL-02239-03 PP-00466

efetiva-se no momento da confirmação da gravidez, o que independe da comunicação ao empregador.

Após jurisprudências abordarem e firmarem entendimento sobre a estabilidade da gestante em contratos a prazo determinado, o Tribunal Superior do Trabalho alterou o inciso III da a súmula em questão em setembro de 2012, após firmar entendimento nas jurisprudências, vejamos:

GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA¹⁴

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

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

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

A súmula 244 do TST protege a mulher nos contratos a prazo determinado, expandido a estabilidade provisória do artigo 7º, XVIII, da Constituição Federal, e artigo 10, II, b do ADCT, o que garante que mesmo na modalidade contratual a termo, realizada no âmbito laboral, será alcançado pela estabilidade, a qual resulta em um direito constitucional incoercível, devido ao nascituro e a gestante.

¹⁴ Redação do item III alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012 - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012. LEXSTF v. 28, n. 331, 2006, p. 247-268. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=260080>;

4 A VULNERABILIDADE DA MULHER NO MERCADO DE TRABALHO: UMA ANÁLISE DO INCISO III DA SÚMULA 244 DO TST

No presente capítulo, será estudado o tema da vulnerabilidade quanto ao gênero feminino no mercado de trabalho, de forma a demonstrar que, o fator fisiológico natural da mulher, como a gestação e a maternidade ainda é usado como justificativa para a propensa contratação de homens nos contratos a prazos determinados, assim, será exposto o quanto essa vulnerabilidade está associada ao fator cultural que envolve a mulher desde antiguidade, quando sua função era cuidar dos afazeres domésticos e dos filhos, sem nenhuma participação no mercado de trabalho.

Ainda, será apresentado o pensamento jurisprudencial nos contratos a prazo temporário, o qual não é abrangido pela estabilidade da gestante, mesmo sendo este um contrato a termo. O estudo abrangerá também, o item III da súmula 244 do TST, com o objetivo de verificar se essa mudança jurisprudencial atuou como causa de aumento da vulnerabilidade da mulher no mercado de trabalho, e os possíveis efeitos após a edição da súmula.

Como abordado no capítulo anterior, a estabilidade antes de 2012 não se estendia às mulheres no contrato a prazo determinado, de forma a deixar desamparado o nascituro e a gestante. Segundo o site de informações do Tribunal Superior Trabalho, a Segunda Turma julgou o Processo de nº RR - 403-82.2011.5.04.0733, conforme a nova redação da súmula 244 do TST, quando uma empregada na sétima semana da gravidez foi dispensada após o término de seu contrato de experiência de 30 dias.

Inconformada, ajuizou a pretensão de indenização ou reintegração no trabalho, o que foi julgado improcedente segundo a 3ª Vara do Trabalho de Santa Cruz do Sul/RS, que indeferiu os pedidos da gestante sob o fundamento de ser incompatível a estabilidade para os contratos a prazo determinado. Ocorre que, em recurso ao TRT-4 a empregada gestante teve seu pedido acolhido, recebendo o pagamento de todas as devidas verbas, referente ao período que foi afastada e a sua reintegração no emprego, usufruindo da estabilidade prevista no art. 10, II, b do ADCT. Jurisprudência:

GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. CONTRATO DE EXPERIÊNCIA. SÚMULA Nº 244, ITEM III, DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. O artigo 10, inciso II, alínea -b-, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias veda a dispensa arbitrária da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. O citado dispositivo da Constituição Federal foi interpretado pela jurisprudência desta Corte, consoante o disposto na Súmula nº 244, item I, do TST, segundo o qual: -O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade (art. 10, inciso II, alínea 'b', do ADCT) -. É condição essencial para que seja assegurada a estabilidade à reclamante o fato de a gravidez ter ocorrido durante o transcurso do contrato de trabalho, não sendo exigido o conhecimento da gravidez pelo empregador. No caso concreto, extrai-se da fundamentação do acórdão regional que a empregada se encontrava grávida quando admitida a título de experiência. A jurisprudência prevalecente nesta Corte superior firmou-se quanto à existência de estabilidade provisória da gestante, mesmo nos contratos por prazo determinado, conforme a nova redação dada ao item III da Súmula nº 244, que assim dispõe: -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. Assim, verifica-se que a Corte regional decidiu em sintonia com a jurisprudência indicada, o que impede a demonstração de divergência jurisprudencial e aferição de ofensa ao artigo 10, inciso II, alínea-b-, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, interpretado pela citada súmula, nos termos do artigo 896, § 4º, da CLT e da Súmula nº 333 do TST. Recurso de revista não conhecido¹⁵.

Os desembargadores ao justificarem o voto a favor da gestante, abordam o fato da mulher já se encontrar grávida no momento da contratação, sendo assim, jamais poderia ficar desamparada e sem a devida concessão de proteção ao nascituro, concedendo a ela a estabilidade desde a confirmação da gestação e encerrando apenas cinco meses após o nascimento da criança:

Não obstante se conheça jurisprudência expressiva no sentido de que incompatível o contrato por experiência com a garantia de emprego em face da gravidez, no caso em tela impõem-se considerar o relevante fato de que a empregada já se encontrava grávida por ocasião da admissão. Não se pode dizer que aquela gestação, já iniciada, estivesse ao desabrigo da proteção. (TUNHOLI, 2013)

Assim, desde 2012, este entendimento é pacificado no Tribunal de forma que todo o sistema que antes não garantia a estabilidade passou a vigor de forma incontestável, sendo que os empregadores passaram a enfrentar algo novo no momento da contratação a prazo determinado, ou seja, o prazo será dilatado com a gestação da empregada.

¹⁵ RR - 403-82.2011.5.04.0733, Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 06/03/2013, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 15/03/2013. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/web/guest/consulta-unificada>.

4.1 Vulnerabilidade e a questão de gênero

A vulnerabilidade em seu mais amplo sentido é algo ou alguém que está sujeito a ser ofendido, é a pessoa frágil e incapaz de algum feito ou quando comparado a um determinado grupo, geralmente alusivo às mulheres e crianças, ou até mesmo pessoas com mais idade, como é relacionado por Camila Luce Madeira (2013, p. 29):

[...] vulnerável é o que se pode vulnerar, penetrar, atacar, derrotar, prejudicar ou ofender. Designa o lado fraco de um assunto ou questão. Trata-se, assim, de condição inferior de tratamento e de poder e não apenas de diferenciação ou distinção. O vulnerável se encontra em situação que autoriza seja em algum momento alvo provável ou efetivo de ações ou omissões onde estará em desvantagem, em situação de desigualdade perante outro ou outros.

A Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos - UNESCO, em seu artigo 8^o¹⁶ que versa sobre o Princípio de Respeito pela vulnerabilidade humana e integridade pessoal, o qual aborda que indivíduos e grupos particularmente vulneráveis devem ser protegidos, respeitando a integridade pessoal destes.

Assim, a condição da vulnerabilidade está vinculada a todo o ser humano de alguma forma, pela cultura, gênero, condição financeira e origem, como apontam Ana Maria Viola de Sousa e Maria Cristina Alves Delgado De Avila (2015, p. 276):

Todas essas noções confirmam que a vulnerabilidade afeta a todos os seres humanos. Em maior ou menor grau são todos vulneráveis, seja pela condição socioeconômica, pelo país de nascimento, por origem étnica, por gênero, por incapacidade, por enfermidades, por fatores políticos ou por uma infinidade de motivos que implicam riscos e insegurança.

Neste sentido, a vulnerabilidade do gênero está atrelada a mulher em níveis mais altos, a qual enfrenta desvantagem em muitos setores sociais, principalmente nas relações de emprego. Tamara Amoroso Gonçalves (2013, p. 42) ressalta que a discussão sobre o assunto, iniciou-se com as teorias feministas no campo das ciências, as quais buscavam a desconstrução de todo um fator histórico, que baseava-se na biologia humana pra determinar os papéis entre homens e mulheres.

¹⁶Artigo 8^o. Respeito pela vulnerabilidade humana e integridade pessoal: Na aplicação e no avanço dos conhecimentos científicos, da prática médica e das tecnologias que lhes estão associadas, deve ser tomada em consideração a vulnerabilidade humana. Os indivíduos e grupos particularmente vulneráveis devem ser protegidos, e deve ser respeitada a integridade pessoal dos indivíduos em causa.

Todo este fator histórico apontado pela autora remete à luta pela igualdade das mulheres como uma condição digna para a sua vida, a vulnerabilidade associada ao gênero feminino está correlacionada à natureza e a cultura da espécie humana, como definem as autoras Ana Maria Viola de Sousa e Maria Cristina Alves Delgado De Avila (2015, p. 276):

Não é novidade para ninguém que em toda história da humanidade, as mulheres conviveram e ainda convivem em situação de desvantagem econômica, política, social e cultural em relação ao homem, suscitando, muitas vezes, a discriminação e o tratamento inferiorizado. Também não é novidade a restrição e a exclusão das mulheres no âmbito do trabalho, principalmente: no processo de divisão sexual, em que sua força de trabalho é social e culturalmente desvalorizada; no aspecto financeiro, em que recebe menores salários e baixa qualificação profissional; no setor de serviços, em que há predominância do trabalho manual e repetitivo; e na intensidade do trabalho, em que as mulheres acumulam, além da atividade profissional, também as domésticas e familiares.

Segundo Nascimento (2011, p. 909) o direito brasileiro passou por muitas transformações para buscar a proteção da mulher, o qual exercia inúmeras proibições nos ambientes laborais ocupados pelas mulheres, assim, a segunda fase do ordenamento jurídico é a busca pela igualdade de gênero, com o objetivo de cessar com as proibições antes impostas.

São apontados os fundamentos, para explicar a intervenção estatal na defesa dos direitos daqueles que se entendiam como vulneráveis:

São os seguintes fundamentos apontados pela doutrina para justificar a intervenção do direito na defesa da mulher que trabalha profissionalmente: 1) Fundamento Fisiológico: a mulher não é dotada da mesma resistência física do homem e a sua constituição é mais frágil, de modo a exigir do direito uma atitude diferente mais compatível com o seu estado; 2) Fundamento social: interessa a sociedade, a defesa da família, daí por que o trabalho da mulher deve ser especialmente protegido, de tal modo que a maternidade e as solicitações dela decorrentes sejam devidamente conciliadas com as ocupações profissionais. O filho em idade de amamentação necessita da presença da mãe. A mulher por ocasião do parto, precisa de repouso conveniente. O tempo dedicado pela mulher ao trabalho fora de casa não deve ser um entrave a impossibilitar-lhe o cumprimento dos seus deveres domésticos. Nem toda atividade industrial ou comercial é própria para a mulher, impondo-se um critério seletivo por meio de determinadas proibições legais. A criança em idade escolar não pode dispensar a assistência da mãe, complementar ao estudo e à formação pedagógica obtida na escola. Assim, as leis trabalhistas devem refletir, na medida adequada, os valores principais que devem presidir a regulamentação jurídico-social do trabalho feminino. (NASCIMENTO, 2011, p. 909-910)

Ambos fundamentos restringiam a mulher de alguma forma no trabalho, sendo o fisiológico quanto o social, o trabalho noturno por exemplo, era proibido para as mulheres, nos artigos 379 e 380, o qual teve sua revogação posteriormente. Nesta primeira fase do ordenamento jurídico brasileiro, não havia apenas a proteção da mulher em momentos peculiares, mas sim usando deste fundamento social para que a mulher sofresse proibições, simplesmente pela cultura da vulnerabilidade do gênero feminino, as quais eram ligadas ao lar e os afazeres domésticos.

Segundo Gomes e Gottschalk (2012, p. 446) os biólogos e fisiológicos tratam as mulheres como inferiores quanto a resistência dos homens, remetendo o gênero feminino a trabalhos leves e que não exijam esforço físico e espiritual, de tal forma que os homens são insubstituíveis quanto aos trabalhos fatigantes. Desta forma, a autora Maria Inês Moura S.A Cunha, aborda em sua obra este mesmo pensamento:

A maioria dos autores aponta razões fisiológicas, e mesmo de eugenia, biólogas e familiares para a proteção especial ao trabalho da mulher. Justifica-se assim a licença-maternidade e os períodos de aleitamento, considerando a função reprodutora e de fortalecimento da raça; a maior debilidade física, para estabelecer a proibição de trabalhos em atividades perigosos, insalubres e penosas; e o convívio familiar e a manutenção da mulher no lar, para a proibição do trabalho extraordinário e noturno. (CUNHA, 2011, p. 220)

A diferença entre os gêneros deve ser tratada com cuidado e cautela, uma vez que, as desigualdades não estão apenas atreladas ao fator fisiológico, e sim, a cor da pele, a condição financeira, etnia e oportunidades, e muitos estudos foram realizados para justificar a distinção entre homens e mulheres, como mencionado na obra *Gênero, Sexualidade e Educação* de Guacira Lopes Louro (2003, p. 45):

Relacionada, a princípio, às distinções biológicas, a diferença entre os gêneros serviu para explicar e justificar as mais variadas distinções entre mulheres e homens. Teorias que foram construídas e utilizadas para “provar” distinções físicas, psíquicas, comportamentais; para indicar diferentes habilidades sociais, talentos ou aptidões; para justificar os lugares sociais, as possibilidades e os destinos “próprios” de cada gênero [...].

O que se percebe, é que a vulnerabilidade do fator fisiológico do gênero feminino está mais associada a todo um sistema cultural e histórico, determinante para a discriminação feminina, e não simplesmente pelo fator natural, como é lecionado pelos autores:

É bem verdade que antigas normas, ainda hoje consolidadas, a despeito do elevado espírito protecionista de que se revestiam, ao longo dos anos, revelaram-se discriminatórias do trabalho feminino, isso em face da extraordinária emancipação de um certo espírito feminista, que tenta levar às últimas consequências a realidade da atual revolução política, econômica, financeira, social e até sexual da mulher. Mas, sua frágil constituição física e biológica está a recomendar especiais cautelas, sobretudo no trabalho industrial da operária de fábrica. (GOMES; GOTTSCHALK, 2012, p. 447)

Mas toda cautela apenas se justifica no momento que a mulher detém períodos peculiares do gênero, como a gestação e maternidade, distante disso, deve haver a equiparação e igualdade de tratamento, não podendo afastar da mulher o direito de trabalhar igualmente no ambiente laboral. Como determina Sergio Pinto Martins (2014, p. 665):

As medidas de proteção, porém, só se justificam em relação ao período da gravidez e após o parto, de amamentação e a certas situações peculiares à mulher, como de sua impossibilidade física de levantar pesos excessivos, que são condições inerentes à mulher. As demais formas de discriminação deveriam ser abolidas.

O tratamento diferenciado é justificado apenas em determinados momentos, como leciona Garcia (2017, p. 1097) “A proteção, em seu sentido mais tradicional, deve ficar restrita ao estado de gestante e de maternidade da empregada, em que a mulher deve receber tratamento especial, condizente com esse relevante momento de sua vida”

Assim, Amauri Mascaro do Nascimento aborda a crescente ideia de igualdade de tratamento no ambiente de trabalho entre os gêneros nos demais países, como um direito promocional, o que possibilitou que as restrições fossem afastadas e que a mulher uma vez considerada incapaz, ocupasse o mesmo espaço:

Cresceu a ideia de que o direito do trabalho deveria garantir, o livre acesso da mulher no mercado de trabalho eliminando as proibições que antes restringiam a sua atividade profissional, daí as leis afastarem, como a do México, da França e da Itália, os obstáculos que apresentavam ao impedir a atividade da mulher em períodos noturnos, em atividades insalubres, com periculosidade e outras, sendo essa a característica atual das leis trabalhistas, como também a do Brasil a partir da Lei 7.855, de 1989. (NASCIMENTO, 2011, p. 910)

Segundo Delgado (2008, p. 774), discriminar é oferecer a uma determinada pessoa tratamento desigual, em face de uma característica que esta possui, negando a ela um tratamento padrão a que se daria as demais pessoas.

O Estado deve promover a garantia a todos os que se entendem fragilizados, amparados pelo princípio da dignidade da pessoa humana e da proteção, uma vez que, a lei deve ser justa a todos, conforme aborda Luiz Alberto David Araujo (2013, p. 25) no Manual de Direitos das Mulheres:

Portanto, em um Estado Democrático de Direito, todos devem ser considerados e, mais do que isso, deve haver um cuidado especial com os setores fragilizados. No caso, a mulher pode se enquadrar perfeitamente nesta situação. Ao garantir o Estado Democrático de Direito, sob o império do juiz e da lei, falamos de uma lei justa. E a lei justa é aquela que contempla a todos, protegendo os que necessitam de ajuda diante de sua eventual vulnerabilidade. Desta forma, verificamos, desde logo, a marca da igualdade e da proteção quando o Estado Democrático de Direito é consagrado como um princípio fundamental.

O combate à discriminação está atrelado ao princípio da isonomia, o qual busca equilibrar e igualar o tratamento entre os indivíduos, Mauricio Godinho Delgado leciona sobre o princípio do não-discriminatório nas relações de gênero:

É um exemplo de aplicação do princípio não-discriminatório no Direito de Trabalho a proibição de tratamento jurídico-contratual desigual à empregada em desfavor do emprego, em face de ser ela mulher. Hoje, a diferença sexual não pode ser utilizada, em si, como critério de valoração; hoje, se essa diferença for utilizada como fator desqualificante, será tida como fator injusto, inaceitável, discriminatório. Rejeitar a ordem jurídica tal diferenciação significa, pois, estar ela assegurando, de fato, um piso mínimo de civilidade para as relações contratuais entre os pactuantes. (DELGADO, 2008, p. 776)

Assim, nenhuma prática que prejudique a mulher ou afaste esta do tratamento padrão usado para os demais empregados será justificada, sendo que a vulnerabilidade do gênero feminino não é justificativa para uma tomada de decisão injusta, pois sabe-se que, a vulnerabilidade está muito mais inserida no campo cultural e social, do que no fisiológico do gênero.

Ao longo dos anos, inúmeras normas foram revogadas do nosso ordenamento pátrio, pois apresentaram efeito diverso daquele pretendido, uma vez que, ao invés de proteger a mulher, acabavam por promover discriminação no mercado de trabalho, como exemplos trazidos na obra de Gustavo Filipe Barbosa Garcia (2017, p. 1095):

Merece destaque, ainda, a Lei 7.855, de 24.10.1989, por ter revogado: os arts. 379 e 380 da CLT, pois estes proibiam o trabalho noturno da mulher, estabelecendo certas especificações; os arts. 374 e 375 da CLT, que restringiam as possibilidades de prorrogação e de compensação da jornada de trabalho da mulher; o art. 387 da CLT, o qual proibiu o trabalho da mulher em subterrâneos, minerações em subsolos, pedreiras e obras de construção civil, bem como em atividades insalubres e perigosas.

E continua esse mesmo autor ao justificar o porquê é tão importante a exclusão de algumas normas do nosso ordenamento jurídico, sendo que, embora tenha o objetivo da proteção, o efeito era diferente do pretendido:

Como se nota, foram excluídas do ordenamento jurídico as disposições que, embora com o objetivo inicial de proteção ao trabalho da mulher, estabeleciam restrições e diferenciações que não mais se justificavam. Tais medidas, surgidas em outro momento histórico, em vez de proteger, passaram a desencadear condutas discriminatórias, quanto ao gênero, por parte das empresas e dos empregadores, nos aspectos da admissão, exercício de funções e remuneração das mulheres no mercado de trabalho. (GARCIA, 2017, p. 1096)

Essas atitudes do Estado de afastar normas que aumentam a discriminação da mulher estão intrinsecamente relacionadas ao objetivo de não ver aumentar a vulnerabilidade do gênero feminino, visto que, historicamente esse é um fator que prejudicou a inserção feminina no mercado de trabalho, por ser vista como um “ser inferior ao homem”.

4.2 O entendimento jurisprudencial da aplicabilidade do inciso III da súmula 244 do TST nos contratos temporários.

Antecedentemente, se faz necessário entender o contrato temporário, o qual é regulamentado pela Lei 6.019/74, e conforme seu Artigo 2º¹⁷ é o contrato prestado por uma pessoa física a uma jurídica, quando há o aumento da demanda de serviços, e de caráter transitório quando houver a necessidade de suprir a falta de outro funcionário.

Vecchi (2014, p. 544), determina que a empresa que necessita da mão de obra é a tomadora de serviços, e essa contratação é intermediada por outra empresa que fornece os funcionários, para os casos previstos no artigo acima citado. A definição desta empresa que dispõem a mão de obra está prevista no artigo 4º da Lei 6.019/74¹⁸.

¹⁷ Art. 2º Trabalho temporário é aquele prestado por pessoa física contratada por uma empresa de trabalho temporário que a coloca à disposição de uma empresa tomadora de serviços, para atender à necessidade de substituição transitória de pessoal permanente ou à demanda complementar de serviços.

¹⁸ Art. 4º Empresa de trabalho temporário é a pessoa jurídica, devidamente registrada no Ministério do Trabalho, responsável pela colocação de trabalhadores à disposição de outras empresas temporariamente.

Há este vínculo, quando uma empresa de trabalho temporário coloca ao dispor de outras empresas, funcionários para a prestação de serviço com prazo certo, conforme é estabelecido por Amauri Mascaro Nascimento e Sônia Mascaro Nascimento, que diferenciam os contratos temporários dos contratos por prazo determinado, vejamos:

[...] B – TRABALHO TEMPORÁRIO E POR PRAZO DETERMINADO. Não se confundem também às figuras do trabalhador temporário e do empregado contrato a prazo certo. Aquele é contratado pela empresa de trabalho temporário, que o envia para prestar serviços ao seu tomador ou cliente. Assim, a presença física do trabalhador temporário nas dependências do tomador ocorre não porque mantém vínculo jurídico direto com este, mas porque lá está em nome de uma empresa de trabalho temporário. O empregado contratado a prazo certo está numa empresa porque tem um contrato de trabalho direto com ela, que, por tal motivo, responderá por seus direitos e subordinará. Observa-se, dessa maneira, que as necessidades transitórias de pessoal de um empregador podem ser satisfeitas de dois modos diferentes, com empregados a prazo certo ou com trabalhadores temporários. (NASCIMENTO; NASCIMENTO, 2014, p. 183)

O acordo realizado nos contratos a prazo determinado, é efetuado pela respectiva empresa que necessita da mão de obra, a qual fará a avaliação do funcionário por conta própria, diferente de um contrato temporário, em que a contratação ocorre por intermédio de uma empresa que fornece os funcionários para suprir a necessidade e a demanda da empresa contratante, assim, consoante com o entendimento de Sabrina Cremer (2017, p. 5):

Sua principal diferença com o contrato de experiência é seu caráter transitório e a forma da contratação do profissional. Enquanto no contrato de experiência o empregador realiza diretamente a contratação do empregado utilizando desta modalidade para avaliar a aptidão de seu empregado com o intuito da permanência posteriormente por prazo indeterminado, no contrato temporário a contratação é realizada por intermédio por uma empresa terceirizada especializada no fornecimento de trabalhadores temporários, sendo a contratação destinada para as necessidades excepcionais do tomador dos serviços de forma provisória.

Diante da referida diferenciação exposta pelos autores, o Tribunal Superior do Trabalho também entende que ambos contratos são diferentes quanto aos objetivos, ou seja, o contrato temporário detém características particulares, que não estão em consonância com a CLT, uma vez que, a estabilidade provisória prevista art. 10, inciso II, alínea "b", do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, não abrangerá o contrato temporário, conforme Processo nº TSTRR-1163-28.2014.5.09.0655. Jurisprudência sobre julgado:

RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. GESTANTE. TRABALHO TEMPORÁRIO (LEI 6.019/74). GARANTIA PROVISÓRIA DE EMPREGO. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA Nº 244 DO TST. Não é possível equiparar o contrato por prazo determinado, referido no item III da Súmula nº 244 do TST, ao de trabalho temporário, regido pela Lei nº 6.019/74, que apenas pode ser firmado nas situações excepcionais de atendimento de necessidade transitória de substituição de pessoal regular e permanente ou acréscimo extraordinário de serviços, não gerando expectativa de continuidade. Em tais hipóteses, não subsiste o direito à garantia provisória de emprego prevista no art. 10, inciso II, alínea "b", do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Precedentes desta Primeira Turma. Recurso de revista conhecido e provido¹⁹.

No entendimento do Tribunal Superior do Trabalho, ambos contratos tem características que diferem entre si, pois a natureza é distinta, uma vez que o contrato a prazo determinado tem fundamento na CLT e o contrato temporário pela Lei de nº 6.019/74, os prazos são diferentes, e as condições de admissibilidade do contrato temporário é restrita às hipóteses do artigo 2º, assim, não haverá estabilidade à gestante pelo inciso III da súmula 244 do TST, por não se tratar de modalidade de contrato a prazo determinado.

4.3 Os reflexos positivos e negativos do inciso III da súmula 244 do TST

O notável entendimento do TST, firmado nos princípios constitucionais que abrangem o nosso ordenamento jurídico brasileiro, merece respeito, pois entende-se que o único objetivo desta mudança é o amparo ao nascituro, e também de certa forma, garantir à gestante segurança e tranquilidade. Porém, esse efeito pode ser contrário quando empregadores se veem inseguros quanto a dilatação do tempo do contrato.

Desta forma, há que se verificar que, o contrato de trabalho a tempo determinado realmente perde a sua característica essencial: o prazo. Nesta lógica, um contrato a termo, com data de duração certa e determinada, em que ambas as partes estão cientes do seu término, se vê perdurando por mais tempo que o planejado, quando há o comunicado da gestação da empregada, que por força da

¹⁹ RR - 1163-28.2014.5.09.0655, Relator Ministro: Walmir Oliveira da Costa, Data de Julgamento: 15/03/2017, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 24/03/2017. Disponível em: <[http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas com indice/Sumulas Ind 201 250.html](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas%20com%20indice/Sumulas%20Ind%20201%20250.html)>.

estabilidade prevista no artigo 10, II, b, do ADCT terá o contrato a prorrogação do vínculo, que irá permanecer da comunicação da gravidez até 5 meses após o parto.

Sergio Pinto Martins aborda de forma clara seu posicionamento, quanto a estabilidade nos contratos a prazo determinado, entendendo assim, que não caracterizaria dispensa arbitrária, pois estariam apenas cumprindo com o que foi acordado:

No contrato a prazo determinado as partes sabem desde o início quando o pacto irá terminar. Assim, se a empregada ficar grávida no curso do ajuste laboral, será indevida a garantia de emprego, pois não está havendo dispensa arbitrária ou sem justa causa. Há apenas o decurso do prazo do pacto de trabalho celebrado entre as partes. Situações que ocorram no curso do pacto laboral de prazo determinado não podem ser opostas para modificar a sua cessação, salvo se houver ajuste entre as partes. (MARTINS, 2014, p. 475)

Também, firma seu entendimento neste mesmo prisma a autora Maria Inês Moura S. A da Cunha, que entende que há discordância entre os dois institutos, ou seja, entre a estabilidade e o contrato a prazo determinado, pois houve acordo de vontade entre as partes, e deve valer a boa-fé contratual:

Anoto que tal garantia não se aplica às mulheres que tenham sido contratadas por prazo determinado, e isso inclusive por total incompatibilidade entre os institutos. Não se mostra razoável que o empregador em tal hipótese se veja constrangido a manter em seus quadros empregada que foi contratada a termo certo ou que não foi aprovada em período de experiência, visto que tal implicaria ingerência em seu poder diretivo. Ademais, o acordo de vontades já estabelecia o termo certo, de sorte que nada autorizaria sua prorrogação sem igual ajuste. (CUNHA, 2011, p. 228)

O maior desacordo de ambos autores é quanto o prolongamento do prazo, o que não poderia ocorrer, tendo em vista que, as partes já acordaram de boa-fé a data fim de sua vigência. Mas, no entender de Mauricio Godinho Delgado, a estabilidade da gestante vai muito além da pactuação contratual, pois a principal proteção é a maternidade e o nascituro:

O novo entendimento do item III da referida súmula traz de forma clara que em qualquer contrato de prazo determinado, seja ele de experiência ou temporário, aquela tem o direito adquirido à estabilidade, amoldando-se com os julgados do STF. De fato, ocorreu a devida alteração pelo TST, ao entendimento de que as garantias à gestante não devem ser limitadas em razão da natureza da modalidade contratual. Aliás, a estabilidade provisória instituída a favor da gestante visa proteger a maternidade e o nascituro, portanto, a forma pela qual a gestante foi contratada, não exclui a devida proteção. (DELGADO, 2012, p. 602)

Elayne Cristina da Silva Moura, trata em seu artigo o contraponto de ambas as partes, de um lado, a melhora para as empregadas gestantes, mas de outro, gera o efeito da insegurança e o aumento da despesa não planejada pelo empregador:

Não restam dúvidas de que esta mudança nos contratos a termo trouxe uma significativa melhora para os empregados, mas, por outro lado, trouxe prejuízos aos empregadores e divergências quanto às características dos contratos a termo, muitos de forma forçada acabam por tornarem-se contratos indeterminados mesmo contra a vontade do empregador tendo em vista que a duração máxima de um contrato a termo é de até dois anos, ultrapassando este período, tornar-se-á o contrato indeterminado. (MOURA, 2015)

Uma possível consequência, é que a vulnerabilidade natural do gênero feminino, poderá ser usada de maneira a afastar da mulher a oportunidade da contratação a prazo determinado, quando o empregador usa deste fator como um ponto negativo na hora da pactuação, assim, visando maior segurança, buscaria contratar a mão de obra masculina, tornando essa escolha a forma intrínseca de discriminação, como determinam as autoras Ana Maria Viola de Souza e Maria Cristina Alves Delgado de Avila, pelo temor de ser esta súmula uma possível causa de aumento da vulnerabilidade:

Todo empregador já sabe que ao contratar mulher trabalhadora grávida, enfrentará situações delicadas que podem afetar o desenvolvimento de atividades e da produtividade: muitas vezes a gestante necessita de constantes acompanhamentos médicos; ou de repouso; em determinadas situações pode até trocar de função na empresa; a concessão de licença-maternidade de cento e vinte dias, que pode ser dilatada por mais sessenta. Soma-se agora, a estabilidade provisória, mesmo em caso de contrato por prazo determinado. Todos esses motivos podem fazer com que o empregador opte pela contratação de mão de obra masculina. E mais uma vez, a mulher se verá em situação precária, pois em vez de se beneficiar da modificação da mesma, na verdade, essa virá com um sentido prático negativo, lhe tornando vulnerável. (SOUZA; AVILA, 2015, p. 281-282)

A modificação da súmula 244, inciso III do TST, a qual com o objetivo de proteger o nascituro e amparar a mulher nesta modalidade de contrato a termo, jamais poderia prever que, talvez, a vulnerabilidade desta, pudesse aumentar de maneira a afastar a possibilidade da trabalhadora exercer atividade laboral por tempo determinado.

Outra justificativa é usada além da prorrogação do prazo do contrato, e está associada ao custo despedido pelo empregador nesse período, que não era previsto

no momento da contratação, como aponta Cremer (2017, p. 19) “outro importante ponto a ser visto, é em relação ao custo que o empregador terá, pois este, sendo impossibilitado de dispensar a empregada gestante, deverá mantê-la durante o período de estabilidade”. E essa despesa não planejada, pode ser um dos fatores que vulnera o gênero feminino, pois os empregadores contratam de forma determinada, justamente para suprir aquele período de alta da produção, por exemplo, e não querem ter o ônus de prolongar esse vínculo.

E assim, Aline Rafaela Ramos de Lima, observa que está prorrogação ao tempo do contrato, fere os princípios da boa-fé contratual e da livre contratação, sustentando que, como consequência a contratação de empregadas será discriminada:

Obriga o empregador, portanto, a manter na função uma empregada que considerou despreparada, durante o contrato de experiência, ou desnecessária, após o término do prazo do contrato temporário, afrontando os princípios da livre contratação e da boa-fé contratual. Ainda por cima, contribuiria para a discriminação na contratação de pessoas do sexo feminino, diante do receio de sustentar uma relação obreira por mais tempo e de majoração dos custos empresariais. (LIMA, 2013, p. 29)

A estabilidade compreende acima de tudo a proteção e cuidado ao nascituro, e que a mãe tenha subsídios suficientes para o cuidado nos primeiros meses de vida, o desamparo, fere a Constituição Federal de 1988 e os princípios da dignidade da pessoa humana e da proteção, conforme preceitua o inciso XVIII do artigo 7º da CF/88²⁰ que a gestante não terá prejuízo durante a licença maternidade.

Os efeitos desta modificação foram estudados pelas autoras Ana Maria Viola de Souza e Maria Cristina Alves Delgado de Avila, que abordam como uma possível consequência, a instigação das mulheres a engravidarem neste período da relação contratual, afrontando a boa-fé e colocando em risco a segurança jurídica desta relação:

Outro efeito possível é o incentivo que se dá à mulher obreira de engravidarem, propositadamente, a fim de obter o benefício e elastecer a duração do seu contrato de trabalho, desvirtuando as características do contrato, afrontando a boa-fé contratual, assim como, a própria segurança jurídica que era garantida às partes pelas particularidades que são atreladas à contratação por prazo determinado. (SOUZA; AVILA, 2015, p. 282)

²⁰ Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

XVIII – licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com duração de cento e vinte dias.

No entanto, a inquietação não refere-se apenas às questões jurídicas quanto a flexibilidade do contrato a termo, mas sim, se esta modificação origina o aumento da vulnerabilidade da mulher, que naturalmente já existe, diante de um cenário econômico nada favorável, como aponta a renomada Revista Veja, em sua publicação de 8 de março de 2018, a qual indica a diferença de gênero diante do desemprego “a taxa de desemprego ficou situada em 10,4% para as mulheres no final de 2017, e pela primeira vez superou dois números, o que é 1,4 vezes superior ao índice de desocupação dos homens.”

Isso significa que as mulheres encontram-se na primeira opção na hora da despedida do emprego, diante de um cenário econômico desfavorável, o índice de desemprego do gênero feminino é maior que o masculino. Como é trazido na reportagem do G1 – Globo, em que as mulheres mesmo diante do avanço em relação ao trabalho feminino, ainda ocupam o espaço mais alto na pirâmide do desemprego. Com base em dados fornecidos pela OIT, comprova-se o maior índice de dispensa feminina:

Os dados da OIT indicam que, proporcionalmente, há mais mulheres com dificuldade de encontrar trabalho do que homens – e essa tendência vem piorando. Enquanto a taxa de desemprego para os homens no mundo é de 5,2%, para as mulheres é de 6%. (TREVIZAN, 2018)

Não há como evitar que a crise econômica afeta o Direito do Trabalho, como Nascimento e Nascimento (2014, p. 76) estabelecem que a crise econômica tem várias dimensões, a qual varia de acordo com o sistema financeiro mundial e nacional, o que é determinante para o setor empresarial, objetivando uma adversidade para empregados que necessitam da manutenção do seu emprego.

E desta forma, as autoras Ana Maria Viola de Souza e Maria Cristina Alves Delgado de Avila, colaboram quanto ao entendimento de que a crise econômica, afeta inevitavelmente os empregados, e assim, os contratos a prazo determinado em épocas de retardação econômica ficam em evidência, apenas quando há aumento da demanda nos serviços:

A crise do atual momento econômico empresarial brasileiro pode provocar uma postura mais austera do empregador, culminando com a redução de postos de trabalho, até mesmo aqueles considerados de curta duração ou sazonal. Tendo como consequência a dificuldade de recolocação dos trabalhadores em geral. O trabalho feminino se tornará ainda mais vulnerável ocasionando maior discriminação na relação de emprego. (SOUZA; AVILA, 2015, p. 283-284)

Esse receio que existe em volta da discriminação do gênero feminino é latente, uma vez que, poderá vir a ocasionar a preferência por homens nesta modalidade de contrato, assim, não teriam o risco da prorrogação do acordo, e não suportariam o ônus de ter em seu quadro de funcionário alguém que, não demonstrou aptidão para o serviço, como no contrato de experiência, que é o momento para verificar se aquele empregado é compatível para aquela função, e ocorrendo a estabilidade neste período o empregador deverá estender o vínculo. É o que a Revista Alumni - A Revista Jurídica do Caco, aborda sobre a inquietação quanto ao aumento da discriminação e da vulnerabilidade da gestante:

A nossa preocupação com a concessão da estabilidade provisória da gestante garantida em todas as modalidades de contrato de trabalho é que as empregadas não sejam mais admitidas em contratos a termo determinado, principalmente quando falamos do contrato de experiência cuja duração não excede noventa dias. Isto porque o empregador nunca saberá se, ao término do contrato, terá que prorrogá-lo por um período que não estava em suas previsões em decorrência de uma gravidez. (MENEZES, 2014, p. 10)

Na mesma linha de opinião, Amanda Silva Pacca se posiciona no sentido que a alteração jurisprudencial, não considerou o fato do empregador estar obrigado a preservar uma relação empregatícia com uma funcionária que não estava apta para função, conforme verificado em contrato de experiência, e possivelmente este será um fato gerador de discriminação da mulher:

Não andou bem o Tribunal Superior do Trabalho ao alterar a súmula 244, pois, além de afrontar, diretamente o quanto disposto no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, ainda obriga o empregador a manter em seu quadro funcional uma empregada que estava apenas em período de experiência, indo de encontro às necessidades de avaliação do empregador. Isso porque o período de experiência serve, justamente, para verificar a adaptação e competência do empregado para a vaga disponível. (PACCA, 2013)

É claro que, a mudança da súmula é algo muito recente em nosso ordenamento jurídico, para possibilitar que, os efeitos sejam identificados de forma conclusiva, e nem por isso, deve-se desamparar a mulher no mercado de trabalho no momento peculiar em que carece de proteção tanto à maternidade quanto ao nascituro.

Não se pode ainda, garantir às mulheres que elas não irão sofrer discriminação no momento contratual desta modalidade de emprego, justamente pelo

impacto econômico e a insegurança contratual que o empregador deverá enfrentar, assim, seria para os empregadores muito mais cômodo e seguro para o lapso temporal do contrato, a admissão de homens.

5 CONCLUSÃO

Através da presente pesquisa, foi possível verificar em primeiro plano, os avanços históricos que envolveram o direito do trabalho, em especial o trabalho feminino, pois com a promulgação da Constituição Federal em 1988, possibilitou que as práticas discriminatórias fossem repudiadas a fim de promover maior igualdade a todos, sem fazer referência de cor, sexo, idade e etnia, por serem todos iguais perante a lei. No decorrer desta linha traçada para o presente estudo, é notório apontar o crescimento da mulher no mercado de trabalho, por meio de muita luta e persistência ao longo dos anos, principalmente conquistando garantias que asseguram a saúde e proteção à gestação e ao nascituro.

Quanto aos contratos determinados, reconhecidos como exceção à regra no direito individual, por designar o tempo de duração do vínculo, não garantiam a estabilidade em caso de gestação durante esse tempo de contrato, por entender a antiga redação da súmula 244 do TST incompatível com o fim para que foi estipulado o contrato a termo. Deixando as gestantes desamparadas até setembro de 2012.

Após, passou ao estudo sobre a vulnerabilidade da mulher, em que foi possível constatar que, está intrinsecamente relacionada aos momentos peculiares do gênero, ou seja, no momento da gravidez e após o parto, pois necessita de maior cuidado e proteção da legislação, de forma que, deve-se garantir a tranquilidade à ela e a criança. Contudo, a discriminação da mulher não ocorre apenas quando ela exerce seu direito maternal, pois a cultura brasileira é propensa a vulnerar o gênero feminino, simplesmente por ser mulher, e pelos costumes apontarem que o papel da mulher é em casa, exercendo o cuidado com os filhos e o lar.

Verifica-se ainda, que o contrato a prazo temporário previsto pela Lei nº 6.019/74, não é abrangido pela estabilidade do artigo 10, II, b, do ADCT, pois conforme jurisprudência trazida ao estudo, o TST não interpreta como uma espécie de contrato a prazo determinado, visto que, esse não é abrangido pela CLT, e sendo assim, mesmo havendo a estipulação de data fim, não haverá sua prorrogação quando houver a gestação da empregada, por se tratar de um contrato com situações especialíssimas em que estão previstas na própria Lei e não abrem exceções quanto ao motivo da contratação.

O entendimento do TST, quando proferiu a modificação jurisprudencial visou maior proteção ao nascituro, e ao mesmo tempo, proporcionar segurança e

tranquilidade à gestante. Desta forma, a estabilidade prevista no artigo 10, II, b, do ADCT proporciona a efetividade do princípio da continuidade da relação de emprego, em que o empregador ficará impedido a dispensar sem justa causa ou de forma arbitrária a empregada grávida.

Assim, o prazo que é a principal característica do contrato a termo será atingido. Uma vez que, ocorrendo a gestação durante um contrato com tempo certo, será a gestante abrangida pela estabilidade, e não poderá o empregador dispensá-la, ocorrendo a prorrogação do prazo do contrato, que antes já havia “nascido” com data final, ajustada pelas partes.

Quanto ao empregador, este pode ficar com receio de efetivar a contratação com prazo determinado de mulheres, pois a boa-fé contratual fica à mercê e dependendo de uma possível gestação, porque caso não ocorra a gestação, o contrato cumpre o seu objetivo, e poderá o empregador encerrá-lo no momento que ficou estipulado, e caso ocorra a gravidez, poderá se entender que, a boa-fé contratual e a segurança jurídica se perdem no momento que o empregador não poderá cumprir com o que foi acordado.

Decorrente disso, poderá sobrevir o aumento da vulnerabilidade da mulher, uma vez que, os empregadores demonstrarão preferência por homens para a contratação a prazo determinado, em razão de não terem o risco de dilatar o contrato, e esse efeito talvez não tenha sido previsto no momento da modificação da súmula 244 do TST, sendo assim, mais uma vez, as mulheres sofrem com a discriminação no mercado de trabalho, por terem uma condição natural, que é a gravidez.

Nesta situação, é possível visualizar um problema jurídico latente, em virtude do contrato a prazo determinado não ser mais eficaz para a contratação de mulheres, pois como mencionado no estudo, o aumento da crise da financeira enfrentada em um país, acarreta em demissões, e o contrato a prazo determinado é eficaz quando há o aumento da demanda nos serviços, e provavelmente, os empregadores sabendo das condições da súmula 244 do TST, não sentirão segurança para contratar mulheres, sendo que, o empregador quando faz essa opção de contrato, já tem um orçamento determinado, e chegando ao fim do prazo haveria seu encerramento, o que não acontecerá no caso de contratar uma mulher e esta vir a engravidar.

A preocupação quando escolhido este tema para estudo, foi justamente comprovar que a vulnerabilidade da mulher no mercado de trabalho aumentou após a edição da súmula 244 do TST, e isso é um grande retrocesso no direito brasileiro, já

que as mulheres diante de tanto esforço sofreram para haver uma igualdade de gênero nas relações de emprego, e toda a insegurança do empregador poderá ocasionar na pior consequência: a perda de espaço da mulher no mercado de trabalho, a prazo determinado.

6 REFERÊNCIAS

ARAUJO, Luiz Alberto David. *Manual dos Direitos da Mulher*. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRANCO, Luciana Temer Castelo. *Manual dos Direitos da Mulher*. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. *Lei nº 6.019, de 03 de Janeiro de 1974*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6019.htm>. Acesso em: 15 mai 2018.

BRASIL. *Consolidação das Leis do Trabalho*. Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de Maio de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 18 mai. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CAMINO, Carmem. *Direito Individual do Trabalho*. 4. ed. Porto Alegre: Sintese, 2004.

CREMER, Sabrina. *A aplicação da súmula nº 244 do TST nos contratos temporários*. 2017. Disponível em: <<https://sabinacremmer.jusbrasil.com.br/artigos/428994130/a-aplicacao-da-sumula-n-244-do-tst-nos-contratos-temporarios>>. Acesso em: 24 abr. 2018.

CUNHA, Maria. Inês Moura S. *A Direito do Trabalho*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Direito do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2011.

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

_____. *Curso de Direito do Trabalho*. 11. ed. São Paulo: Ltr, 2012.

_____. *Curso de Direito do Trabalho*. 12. ed. São Paulo: Ltr, 2013.

EFE. *OIT: mulheres ganham 15% a menos que homens na América Latina*. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/economia/oit-mulheres-ganham-15-a-menos-que-homens-na-america-latina/>>. Acesso em: 8 mar. 2018.

DESCONHECIDO. *OIT: A importância da igualdade de gênero no mundo do trabalho*. Disponível em: <<http://www.abrat.adv.br/index.php/noticias/3499-oit--a-importancia-da-igualdade-de-genero-no-mundo-do-trabalho>>. Acesso em 15 mar. 2018.

FERRAZ, Carolina V. (coord.); *Manual dos Direitos da Mulher*. Saraiva: São Paulo, 2013.

GARCIA, Gustavo. Felipe. Barbosa. *Curso de Direito de Trabalho*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de Direito do Trabalho*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

GONÇALVES, Tamara Amaroso. *Direitos Humanos das mulheres e a comissão interamericana de Direitos Humanos*. 2012. São Paulo: Saraiva, 2013.

HUMANOS, Direitos. Unesco. UNESCO. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org>>. Acesso em: 25 abr. 2018.

KAMADA, Fabiana. Larissa; GALLETI, Tonia Andrea Inocenti. *Trabalho da Mulher*. Apud em J. F. NETO; P. T. MARTINS. *Direito do Trabalho no Brasil de 1946 A 1985*, p. 261-287. São Paulo: Atlas, 2015.

LEDUR, Jose Felipe. *A Constituição de 1988 e os Direitos Fundamentais dos Trabalhadores*: Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região , 39-44.2013. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/26996/008_ledur.pdf?sequence=4>. Acesso em: 20 mar. 2018.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito do Trabalho*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LIMA, Aline Rafaela Ramos de. *A Estabilidade provisória da gestante nos contratos por prazo determinado*. Campina Grande-PB, 2013. Disponível em: <<http://dspace.bc.uepb.edu.br/jspui/bitstream/123456789/2782/1/PDF%20-%20ALINE%20RAFAELE%20RAMOS%20DE%20LIMA.pdf>>. Acesso em: 20 mar. 2018.

LIMA, Francisco Meton Marques.de. *Elementos de Direito do Trabalho e Processo Trabalhista*. 10. ed. São Paulo: LTR, 2004.

LIMA, Juliana. Nexo Jornal Ltda. Domingues. *O que é abuso financeiro e como ele é tratado por esta campanha*. 11 jul. 2017. Disponível em: <<https://www.nexojornal.com.br/expresso/2017/07/11/O-que-%C3%A9-abuso-financeiro-e-como-ele-%C3%A9-tratado-por-esta-campanha>>. Acesso em: 16 out. 2017.

LOURO, Guaraci Lopes. *Gênero, Sexualidade e Educação*. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 2003.

LUZ, Gabriela de Almeida Ribeiro. *Evolução da mulher no mercado de trabalho*. Monografias Brasil Escola. Disponível em: <[https://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/a-evolucao-mulher-no-mercado-trabalho.htm#capitulo_3.2_\(s.d.\)](https://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/a-evolucao-mulher-no-mercado-trabalho.htm#capitulo_3.2_(s.d.))>. Acesso em: 02 fev. 2018.

MADEIRA, Camila Luce. *A vulnerabilidade de gênero revisitada a partir dos standards jurídicos no julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos relacionados à discriminação contra a mulher*. São Leopoldo, Rio Grande do Sul, Brasil. 2013. Disponível em: <<http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/3994>>. Acesso em: 8 fev. 2018.

MARTINS, Sergio P. *Direito do Trabalho*. 30 ed. São Paulo: Atlas S.A., 2014.

MENEZES, T. *A estabilidade provisória da gestante nos contratos trabalhistas por prazo determinado à luz da nova redação da Súmula nº 244 do Tribunal Superior do Trabalho (Tst)*. *Alumni*. A Revista Jurídica do Caco, 12.2014.

MOURA, Elayne Cristina da Silva. *Impactos sociojurídicos no trabalho da mulher em face das modificações trazidas pela súmula 244, inciso III, do Tribunal Superior do Trabalho*. Junho de 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/40508/impactos-sociojuridicos-no-trabalho-da-mulher-em-face-das-modificacoes-trazidas-pela-sumula-244-inciso-iii-do-tribunal-superior-do-trabalho>>. Acesso em: 2 fev. 2018.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro. *Iniciação do direito do trabalho*. 39 ed. São Paulo: LTR, 2014.

NERI, Marcelo; CAMARGO, Jose . Mario; REIS, Mauricio. Cortez. *Mercado de trabalho nos anos 90: fatos estilizados e interpretações*. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Julho de 2000. Disponível Em: <http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/TDs/td_0743.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2018.

NETO José Francisco Siqueira Neto; BERTOLIN, Patrícia Turma Martins. *Direito do Trabalho no Brasil de 1930 a 1946*. São Paulo: Atlas, 2015.

NETO, Antonio. *Mulheres profissionais e suas carreiras sem censura: estudos sob diferentes abordagens*. São Paulo: Atlas, 2015.

NETO, José Francisco. Siqueira; BERTOLIN, Patrícia Tuma. Martins. (coord.). *Direito do Trabalho no Brasil de 1930 a 1946*. Vol. I. São Paulo. Editora Atlas S.A. 2015

_____. *Direito do Trabalho no Brasil de 1946 a 1985*. Vol. II. São Paulo. Editora Atlas S.A. 2015.

OIT, O. I. *Convenção nº 003*. TRT. São Paulo, 26 de Abril de 1934: Disponível em: <http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/LEGIS/CLT/OIT/OIT_003.html>. Acesso em: 13 mar. 2018.

PACCA, Amanda Silva. *Alargamento da estabilidade, mudança em norma para gestante pode ter efeito negativo*. Consultor Jurídico, 15 de Junho de 2013: Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-jun-15/amanda-pacca-mudanca-norma-gestante-efeito-negativo>>. Acesso em: 13 mar. 2018.

PROCESSO: RR-403-82.2011.5.04.0733. RE 287905. *Recurso de Revista*. Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 15/03/2013. Data de Julgamento: 06/03/2013. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/web/guest/consulta-unificada>>. Acesso em: 05 abr. 2018.

PROCESSO: RR-1163-28.2014.5.09.0655., *Recurso de Revista*. Relator Ministro: Walmir Oliveira da Costa, Julgamento: 15/03/2017, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 24/03/2017. Data de Julgamento: 15/03/2017. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/web/guest/consulta-unificada>>. Acesso em: 29 mar. 2018.

SANTA CATARINA-SC. RE 287905. *Recurso Extraordinário*. Relator(a): Min. Ellen Gracie, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Joaquim Barbosa. Órgão Julgador: Segunda Turma. Julgamento: 28/06/2005. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=260080>>. Acesso em: 22 mar. 2018.

SANTA CATARINA –SC. RE 600057. No *Recurso Extraordinário*, Órgão Julgador: Segunda Turma, Relator: Min. Eros Grau, Julgado Em 29/09/2009. Dje-200 Divulg 22-10-2009 Public 23-10-2009 Ement VOL-02379-10 PP-02124. Julgamento: 29/09/2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=604743>>. Acesso em: 08 abr. 2018.

SILVA, Cássia Cristina Moretto da. *A Proteção ao trabalho na Constituição Federal de 1988 e a adoção do permissivo da flexibilizante da Legislação Trabalhista no Brasil*. Academia Brasileira de Direito Constitucional, 274-301.2012. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista8/protecaoCassia.pdf>>. Acesso em: 05 abr. 2018.

SOUZA, Ana Maria Viola de; AVILA, Maria Cristina Alves Delgado de .A. *Vulnerabilidade do genero mulher no mercado de trabalho em face da mudança ocorrida no Inciso III, da Súmula 244, do Tribunal Superior do Trabalho (TST)*. 2015. Disponível em: <www.conpedi.org.br>. Acesso em: 05 abr. 2018.

SÚMULA Nº 244 DO TST. *Gestante. Estabilidade Provisória*. Redação do item III, alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012. Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_201_250.html>. Acesso em: 05 abr. 2018.

TELES, Maria Amelia de Almeida. *Breve história do feminismo no Brasil e outros ensaios*. São Paulo: Alameda, 2017.

TRABALHO, T. S. *Recurso De Revista Interposto. Na Vigência Da Lei Nº 13.015/2014. Gestante. Trabalho Temporário (Lei 6.019/74). Garantia Provisória De Emprego. Inaplicabilidade Da Súmula Nº 244 Do Tst*. 24 Março de 2017. Disponível em Tribunal Superior do Trabalho: <<http://www.tst.jus.br/web/guest/consulta-unificada>>. Acesso em: 23 abr. 2018.

TREVIZAN, Karina. *Participação das mulheres no mercado de trabalho segue menor que a dos homens*. 07 de Março de 2018. Globo.com. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/concursos-e-emprego/noticia/participacao-das-mulheres-no-mercado-de-trabalho-segue-menor-que-a-dos-homens-diz-oit.ghtml>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

TUNHOLI, Leticia. *Grávida admitida por prazo determinado faz jus à estabilidade provisória*. 8 de Março de 2013. Tribunal Superior do Trabalho: Disponível <http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/gravida-admitida-por-prazo-determinado-faz-jus-a-estabilidade-provisoria>. Acesso em: 20 abr. 2018.

VECCHI, Ipojucan D. *Direito Material do Trabalho: noções introdutórias*. Relação de Emprego e Controle do trabalho. Vol. I. Curitiba: Juruá, 2014.