

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO
FACULDADE DE DIREITO

Maida Emanuela Perin

A (IN) COMPATIBILIDADE DA ESTABILIDADE DA
GESTANTE NO CONTRATO DE TRABALHO POR
PRAZO DETERMINADO

Passo Fundo

2015

Maida Emanuela Perin

**A (IN) COMPATIBILIDADE DA ESTABILIDADE DA
GESTANTE NO CONTRATO DE TRABALHO POR
PRAZO DETERMINADO**

Monografia Jurídica apresentada ao curso de Direito,
da Faculdade de Direito da Universidade de Passo
Fundo, como requisito parcial para a obtenção do
grau de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, sob
orientação do professor Me. José Mello de Freitas.

Passo Fundo

2015

Maida Emanuela Perin

A (in) compatibilidade estabilidade da gestante no contrato de trabalho por prazo determinado

Monografia Jurídica apresentada ao curso de Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, sob orientação do professor Me. José Mello de Freitas.

Aprovada em 18 de junho de 2015.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Me. José Mello de Freitas – UPF

Prof. Me. Manoela de Bitencourt - UPF

Prof. Me. Vanderlei Schneider - UPF

AGRADECIMENTOS

*Em primeiro lugar, agradeço a Deus que me guiou
nesta longa jornada e me deu forças para nunca
desistir.*

*Agradeço a minha mãe Miriam, meu pai Jairo e meu
irmão João Pedro pela força, estímulo,
compreensão pelas minhas ausências e por sempre
acreditarem em mim.*

*Agradeço, ainda, ao meu amor, Luís Augusto, que
esteve ao meu lado ao longo dessa jornada, sempre
com muito apoio, carinho e compreensão.*

*Ao orientador, Professor José Mello de Freitas, pela
paciência e pelos ensinamentos transmitidos não só
neste trabalho, mas durante o curso.*

*A todos aqueles que de alguma forma estiveram e
estão próximos de mim, fazendo esta vida valer cada
vez mais a pena.*

RESUMO

A presente monografia, analisa os efeitos decorrentes da alteração da súmula nº 244 do Tribunal Superior do Trabalho, que estendeu a garantia de emprego ao contrato de trabalho com prazo determinado. Por força do artigo 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a gestante tem direito a garantia de emprego provisória desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. Até setembro de 2012, o entendimento consolidado na súmula nº 244 era de que a garantia de emprego abrangia apenas os contratos de trabalho com prazo indeterminado. Todavia, o órgão máximo trabalhista passou a adotar entendimento contrário, estabelecendo que a gestante contratada mediante contrato a termo tem direito à estabilidade, impedindo o empregador de despedi-la de forma arbitrária ou injusta. Em que pese o teor da súmula, muitos Tribunais inferiores têm entendido de maneira diversa. Assim, a justificativa para o presente estudo consubstancia-se na possível incompatibilidade entre o instituto da estabilidade da gestante e o instituto do contrato de trabalho com prazo determinado, visto que os efeitos de cada instituto são divergentes, isso porque a extinção do contrato por prazo determinado decorre do advento do termo final ajustado entre as partes no momento da contratação, sem que haja, portanto, despedida arbitrária ou sem justa causa provocada pelo empregador. Já a garantia de emprego, diversamente, visa justamente proteger a relação de emprego, restringindo o direito potestativo do empregador. Pode-se concluir que os efeitos decorrentes da alteração do entendimento sumulado além de infringirem preceito de ordem legal ante a impossibilidade de aplicação conjunta dos dois institutos, afetam a economia e o mercado de trabalho da mulher, causando efeito inverso ao almejado pela referida súmula.

Palavras-chaves: Contrato de trabalho. Garantia de emprego. Gestante. Incompatibilidade. Prazo determinado.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADCT: Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

ART: artigo

CF: Constituição Federal

CIPA: Comissão Interna de Prevenção de Acidente

CLT: Consolidação das Leis do Trabalho

DEJT: Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho

FGTS: Fundo de Garantia por Tempo de Serviço

OIT: Organização Internacional do Trabalho

SBDI-1: Subseção I Especializada de Direitos Individuais

STF: Supremo Tribunal Federal

TRT: Tribunal Regional do Trabalho

TST: Tribunal Superior do Trabalho

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 BASES PRINCIPIOLÓGICAS.....	11
1.1 Conceito	13
1.2. Aplicabilidade	17
1.3 Princípios constitucionais aplicados no Direito do Trabalho	21
1.3.1 Princípio da dignidade da pessoa humana.....	22
1.3.2 Princípio da Igualdade	25
1.3.3 Princípio da segurança jurídica.....	27
1.4 Princípios fundamentais para o Direito do Trabalho	29
1.4.1 Princípio da Proteção.....	29
1.4.2 Princípio da continuidade da relação de emprego	31
1.5 Proteção constitucional dos direitos sociais	34
2. A SEGURANÇA JURÍDICA DO CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABALHO	40
2.1 Contrato individual de trabalho.....	41
2.1.1 Natureza jurídica.....	43
2.1.3 Características do contrato individual de trabalho	46
2.1.4 Elementos	49
2.2 Classificação quanto à duração do contrato de trabalho.....	50
2.2.1 Contratos a prazo indeterminado	51
2.2.2 Contratos por tempo determinado	53
2.3 Formas de extinção da relação de emprego	58
2.3.1 Contratos de trabalho a prazo indeterminado	59
2.3.2 Contratos de trabalho a prazo determinado	62
2.4 Evolução da proteção do trabalho às mulheres	65

2.5 Direitos da gestante no contrato de trabalho	68
3 A SÚMULA 244 DO TST COMO IMPEDITIVO DO CONTRATO DE TRABALHO	74
3.1 A garantia de emprego no Direito brasileiro	74
3.2 As alterações trazidas pela súmula 244 do TST no mundo jurídico.....	87
3.3 Uma discussão do papel das súmulas do Tribunal Superior do Trabalho.....	93
3.4 O confronto entre a súmula e a definição de “extinção do contrato de trabalho” por prazo determinado.....	100
CONCLUSÃO.....	111

INTRODUÇÃO

O Direito do Trabalho tem como objetivo buscar a igualdade material entre aqueles que formam a relação jurídica trabalhista: empregado e empregador. Por meio de normas desiguais, busca esse ramo da ciência jurídica nivelar as desigualdades existentes. Para tanto, uma das regras é a presunção de que todo contrato trabalhista seja pactuado por tempo indeterminado, ou seja, é ajustado entre as partes de forma a se prolongar ao longo do tempo, sem prazo para sua extinção. O objetivo da relação duradoura no tempo é criar certa forma de estabilidade ao trabalhador e, para o empregador ser um meio de incentivar e investir nesse empregado para que este possa crescer profissionalmente.

No entanto, há uma exceção a essa regra que prevê a possibilidade de pactuação através de contratos com prazo determinado. Tais contratos, por serem a exceção dentro das regras trabalhistas, possuem hipóteses de contratação expressamente previstas na lei, bem como regras diversas dos contratos com prazo indeterminado, notadamente no que se refere a sua extinção, já que advindo o termo pactuado ou concluído o serviço será extinto o contrato de trabalho.

A fim de dar maior efetividade à manutenção do contrato de trabalho, o constituinte originário da Carta Constitucional de 1988, na parte que trata dos direitos sociais, mais precisamente em seu artigo 7º, inciso I, estabeleceu a proteção do emprego contra despedidas arbitrárias e sem justa causa prevendo, ainda, uma indenização complementar, mas tal dispositivo necessita ser regulamentado por meio de lei complementar.

Tratou então, o mesmo constituinte originário de estabelecer, provisoriamente, até que a lei complementar venha a ser elaborada pelo Poder Legislativo, norma disposta no artigo 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que garante a estabilidade provisória no emprego à empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

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

O entendimento pacífico daquele Tribunal, de que a proteção ao emprego apenas era permitida nos contratos firmados por tempo incerto, não se coadunando com contratos a termo em face da sua extinção natural, conferia segurança jurídica em relação à aplicabilidade da Súmula aqui referida.

Ocorre que, em setembro de 2012, o órgão máximo da seara trabalhista alterou o entendimento até então adotado, passando a estender a garantia de emprego aos contratos com prazo determinado.

Diante desse novo entendimento, o presente trabalho tem como objetivo analisar a compatibilidade ou não do instituto da garantia de emprego provisória da gestante estendida aos contratos com prazo determinado. O novo entendimento adotado gerou controvérsia entre doutrinadores e tribunais em razão dos efeitos divergentes, que decorrem de cada instituto.

É nesse sentido que se justifica o presente estudo, saber se há ou não compatibilidade entre os dois institutos, a garantia de emprego da gestante e o contrato a termo. Tal contraponto se justifica, pois, visto que nessa modalidade contratual, a extinção da relação jurídica decorre única e exclusivamente de cláusula contratual, em que as partes já sabem de antemão seu término, tratando-se de uma extinção natural, ao passo que a garantia de emprego busca proteger o empregado das despedidas arbitrárias ou sem justa causa e, se aplicada ao contrato por prazo determinado posterga o termo final do contrato de trabalho.

O presente trabalho visa analisar além da compatibilidade entre a garantia de emprego e os contratos a termo, os efeitos que o novo entendimento da súmula nº 244 traz à economia. Em que pese a alteração sumular ter como respaldo a proteção à maternidade e ao nascituro, deve-se ter em mente que os efeitos por ela almejados podem ser desvirtuados, tornando ainda mais distante o mercado de trabalho para a mulher. Esse novo entendimento cria passivos inesperados para as empresas, pois acaba dilatando contratos a termo que foram pactuados nas hipóteses permissivas da lei, que se qualificam pela inviabilidade de contratação a prazo indeterminado, tornando sem efeito esse preceito legal. Em suma, essa ampliação decorrente da alteração de entendimento do tribunal afeta diretamente a economia, bem como o mercado de trabalho da mulher.

Para desenvolver o presente trabalho utilizar-se-á o método de procedimento comparativo, bem como o método de abordagem dialético, que contrapõe duas teses distintas acerca do tema, encontradas na doutrina e na jurisprudência.

No primeiro capítulo, serão abordados os princípios aplicados aos Direito do Trabalho de forma a conceituá-los, demonstrar sua aplicabilidade dentro do ordenamento jurídico, bem como relacionar os principais princípios constitucionais e os princípios propriamente ditos do Direito do Trabalho afeitos ao tema abordado nesse estudo.

No segundo capítulo, será abordado o contrato de trabalho, demonstrando as suas características, natureza jurídica e elementos formadores. Nesse capítulo, ainda, há uma análise detalhada das duas modalidades de contratação de trabalho previstas dentro do sistema de regras

trabalhistas, os contratos com prazo determinado e indeterminado, apresentando as regras de cada modalidade, a forma pelo qual são extintos e os efeitos decorrentes dessa extinção. Nesse tocante, para finalizar esse capítulo serão analisados os direitos da gestante nos contratos de trabalho e a proteção da mulher no mercado de trabalho.

Por ter a gestante garantia de emprego em virtude de entendimento do órgão máximo trabalhista, no último capítulo será estudada a efetividade da garantia de emprego dentro do ordenamento jurídico brasileiro. A par disso, em razão da garantia de emprego ser sumulada pelo Tribunal Superior do Trabalho, será analisado o histórico da Súmula nº 244. Além disso, abordar-se-á de forma singela, visto a imensidão de conteúdo, as implicações das súmulas do Tribunal Superior do Trabalho para o ordenamento jurídico. E, por fim, é feita a análise entre o término do contrato de trabalho com prazo certo frente ao novo entendimento adotado pelo Tribunal, que estendeu a garantia de emprego da gestante a essa modalidade contratual.

Por conseguinte, por meio da análise dos princípios que se aplicam às normas trabalhistas, o estudo do contrato de trabalho e a estabilidade no emprego dentro do ordenamento jurídico brasileiro, pretende-se demonstrar a possibilidade de aplicação ou não da garantia de emprego da gestante ao contrato com prazo determinado.

1 BASES PRINCIPIOLÓGICAS

No presente capítulo, abordar-se-á a importância dos princípios dentro das fontes orientadoras para o Direito do Trabalho, buscando definir o que são, ressaltando a sua importância para o ordenamento jurídico, a forma como são aplicados e interpretados e a solução para o caso de colisão. Dentre tantos princípios, que orientam o ordenamento jurídico serão abordados três princípios de notório destaque, o princípio da igualdade, o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da segurança jurídica. Quanto aos princípios que orientam a legislação trabalhista serão abordados o princípio da proteção e o princípio da continuidade.

De início, cumpre explanar sobre as fontes do Direito do Trabalho. A palavra fonte dá o sentido de início, origem, ou ponto de partida. Para a ciência do Direito, a palavra fonte é utilizada em um sentido metafórico, revelando, assim, a origem de todas as normas integrantes do sistema jurídico que regula a vida em sociedade, os fatores que ajudaram na criação das normas e os mecanismos de produção delas.

Segundo Reale (2002, p. 167), as fontes do Direito são “processos ou meios em virtude dos quais as regras jurídicas se positivam com legítima força obrigatória, isto é, com vigência e eficácia no contexto de uma estrutura normativa”.

No campo do Direito do Trabalho, o estudo das fontes mostra-se diferenciado dos demais ramos jurídicos, uma vez que as regras trabalhistas nem sempre emanam do poder competente para tanto, pois podem ser criadas pela iniciativa das partes (DELGADO, 2010, p. 128).

A doutrina divide as fontes em dois grupos, as fontes formais e as fontes materiais, contudo, como bem explanado por Vecchi (2009, v.1, p. 98), é impossível conceber a ideia de separação entre as normas do mundo jurídico e as normas do mundo fático, isso porque o Direito é uma ciência que acompanha a evolução da sociedade e a aplicação das normas se dá mediante os fatos.

As fontes materiais são constituídas pelos fatores sociais, históricos, políticos, econômicos, psicológicos e filosóficos que servem de base ao Direito, ao quais se resumem em fatores que a sociedade cultiva, que irão influenciar na criação das normas do Direito. As fontes materiais contribuem para o conteúdo da norma jurídica, haja vista que “não há como se conceber, se interpretar e aplicar o direito sem observar o contexto” em que a norma foi criada, pois é isso que o Direito visa proteger (VECCHI, 2009, v.1, p. 99).

As fontes formais do Direito do Trabalho são, segundo Delgado (2010, p. 130), “os meios de revelação e transparência da norma jurídica – os mecanismos exteriores e estilizados pelos quais as normas ingressam, instauram-se e cristalizam-se na ordem jurídica”. É o meio pelo qual a norma ingressa no ordenamento jurídico.

Com relação às fontes formais, existem duas correntes, que tentam explicar o meio de produção delas. A corrente monista, defendida por Hans Kelsen, dispõe que as fontes formais do Direito derivam de apenas um único centro, que é o Estado, pois apenas ele tem o poder de coerção e sanção (DELGADO, 2010, p. 130). Para a teoria pluralista, as fontes formais derivam de vários centros de positivação que, segundo Vecchi (2009, v.1, p. 100), o Direito do Trabalho nela está abarcado, em virtude do disposto no artigo 8^o da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), que prevê a possibilidade de usar a analogia, a jurisprudência, a equidade, os princípios gerais do direito, os usos e costumes e o direito comparado como forma de preencher o vazio legislativo.

Nesse dispositivo, segundo o autor, a utilização de outros meios que não sejam apenas aqueles advindos do poder estatal são também capazes de produzir normas jurídicas, evidenciando o pluralismo de fontes do Direito (VECCHI, 2009, v.1, p. 100).

Dentro das fontes formais do Direito, com enfoque ao ramo jus trabalhista, há duas classificações que dividem as fontes formais em autônomas e heterônomas utilizando os critérios de origem das regras e da sua forma de exteriorização.

Fontes formais heterônomas são as normas que possuem origem estatal, sem que haja a participação dos destinatários para sua elaboração (DELGADO, 2010, p. 132). São exemplos de fontes heterônomas a Constituição Federal, as leis, medidas provisórias, decretos, normas internacionais e sentença normativa.

As fontes formais autônomas caracterizam-se pela participação dos próprios destinatários das regras produzidas. “As regras autônomas [...] consubstanciam um autodisciplinamento das condições de vida e trabalho pelos próprios interessados tentando traduzir um processo crescente de democratização das relações do poder existentes na sociedade” (DELGADO, 2010, p. 132). São citados como exemplos de fontes autônomas as convenções e acordos coletivos de trabalho e os usos e costumes.

¹ Art. 8^o - As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público. Parágrafo único - O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste.

Embora alguns doutrinadores afirmem que os princípios não se tratam de fontes do Direito, sendo apenas um modo supletivo para a interpretação das leis, notadamente na seara trabalhistas, há uma corrente moderna, defendida por ilustres doutrinadores, que já reconhece a normatividade dos princípios, ou seja, o poder de ser norma no Direito, impondo obrigações e direitos.

Hodiernamente, percebe-se no mundo jurídico cada vez mais a importância dos princípios, os quais passam a ser invocados não apenas como forma de suprimir as lacunas deixadas pelo legislador, mas com força impositiva, criando normas entre os jurisdicionados. Nesse tocante, será abordada de forma breve a conceituação de princípio e como é sua aplicação no mundo jurídico.

1.1 Conceito

A palavra princípio remete a ideia de começo, fonte, nascedouro, entretanto, no campo jurídico, os princípios são muito mais que a semântica da palavra.

Por outro viés, princípios podem ser entendidos como valores comportamentais, oriundos de fatores sociais, culturais, familiares e outros, os quais as pessoas vão acumulando ao longo de sua história (CAMINO, 2004, p. 88).

No ordenamento jurídico possuem extrema importância seja por guiarem toda a elaboração das normas jurídicas, seja como fonte de interpretação delas.

Slaibi Filho (2009, p. 56) conceituou princípio como sendo

toda a norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (...), das quais determinam e, portanto, resumem potencialmente o conteúdo (...).

Em outras palavras, os princípios podem ser compreendidos como bases sobre os quais se sustenta todo o sistema jurídico, servindo de fonte de interpretação, criação e integração entre as normas. Além disso, são preceitos que possuem comandos legais, que incorporam valores fundamentais ao ordenamento e, portanto, “comandam todo o processo de criação e aplicação do direito”. Pode-se afirmar, ainda, que os princípios são a materialização de valores intrínsecos que a sociedade cultiva, e ao ingressarem no ordenamento como normas irão reger essa mesma sociedade (VECCHI, 2009, v. 1, p. 260-262).

Tamanha é a importância dos princípios para o ordenamento jurídico, que podem ser considerados “o oxigênio das Constituições na época do pós positivismo. É graças aos princípios que os sistemas constitucionais granjeiam a unidade de sentido e auferem a valoração de sua ordem normativa” (BONAVIDES, 2010, p. 288).

No entanto, nem sempre os princípios tiveram a importância que hoje possuem para o mundo jurídico. Passaram por três distintas fases: a jusnaturalista, a positivista e a pós-positivista.

Na fase jusnaturalista, “os princípios habitam ainda [a] esfera por inteiro abstrata e sua normatividade, basicamente nula e duvidosa, contrasta com o reconhecimento de sua dimensão ético-valorativa de ideia que inspira postulados de justiça” (BONAVIDES, 2010, p. 259).

Os princípios eram tidos apenas como fontes axiológicas de justiça, incapazes de gerar consequências jurídicas, ou seja, eram apenas normas morais que pautavam a conduta da sociedade.

Na fase positivista, que vigorou entre o século XIX até a primeira metade do século XX, após a decadência do Direito Natural, os princípios ingressaram nos Códigos apenas com a função de suprimir as lacunas deixadas nas leis, sendo, portanto, fonte subsidiária de norma, demonstrando sua irrelevância jurídica (BONAVIDES, 2010, p. 262-263).

Na terceira e última fase, o pós-positivismo, comandada pela persuasão de Dworkin, os princípios incorporam-se nas Constituições e em face disso “acentuam a [sua] hegemonia axiológica [...] [sendo] convertidos em pedestal normativo sobre o qual se assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais”, e, por serem considerados normas máximas de uma Constituição “uma vez constitucionalizados, se fazem a chave de todo o sistema normativo” (BONAVIDES, 2010, p. 257-258 e 264). Pode-se afirmar, ainda, que nesta fase houve um reencontro entre o Direito e a Ética e os princípios constitucionais serviram de ingresso para os valores cultivados pela sociedade adentrarem ao ordenamento jurídico (BARROSO, 2013, p. 344).

Assim, verifica-se que na fase jusnaturalista os princípios eram tidos como valores morais, e na segunda fase eram regras subsidiárias para a resolução de conflitos, para somente atingir na fase pós-positivista, o status de normas maiores, as quais respaldam todo o ordenamento.

A maioria dos doutrinadores ao tratarem dos princípios dedicam-se a distinção entre regras e princípios. Na origem, a doutrina tratava delimitar a diferença entre princípios e normas. Atualmente, é pacífico o entendimento de que regras e princípios são espécies de

normas. Isso porque regras e princípios são mandados de otimização que expressam deveres, proibições e permissões (VECCHI, 2009, v. 1, p. 263).

Na visão do ilustre doutrinador Canotilho (2003, p. 1160) são vários os critérios para a diferenciação entre as regras e princípios. Pelos critérios do grau de abstração e indeterminabilidade os princípios são definidos pela menor concretude e por serem vagos e indeterminados se comparados às regras. Estas, por sua vez, são aplicáveis ao caso concreto de forma direta, pois prescrevem condutas.

Cita, ainda, o caráter de fundamentalidade pelo qual os princípios são tidos como bases para o ordenamento jurídico, “devido à sua posição hierárquica no sistema de fontes”. Outra forma de distinção por ele elencada é a proximidade da ideia de direito, pela qual princípios são normas-padrão, enquanto que regras possuem “conteúdo meramente funcional”. Por fim, entende que os princípios são o fundamento das regras, devido a sua natureza normogênica (CANOTILHO, 2003, p. 1160).

A tese mais difundida no mundo jurídico e que serviu de base para as demais foi a de Robert Alexy, inspirado em Ronald Dworkin, que defendeu que a diferença entre regras e princípios se dá pelo critério gradualista-qualitativo (BONAVIDES, 2010, p. 277).

Pelo critério do grau de generalidade existente entre regras e princípios “os princípios são normas dotadas de alto grau de generalidade relativa, ao passo que as regras, sendo também normas, têm, contudo grau relativamente baixo de generalidade” (ALEXY, 1985 apud BONAVIDES, 2010, p. 277).

Quanto à qualidade como regra de distinção, os princípios podem ser entendidos como “normas de otimização, cuja principal característica consiste em poderem ser cumpridas em distinto grau e onde a medida imposta de execução não depende apenas de possibilidades fáticas, senão também jurídicas” e, as regras impõem exigências que devem ser cumpridas e que não dão margem para ampliar ou reduzir seu alcance (BONAVIDES, 2010, p. 279).

Ou seja, os princípios não se diferem das regras apenas pelo caráter da generalidade, que se traduz pelo maior grau de abstração que aqueles possuem, mas principalmente, pelo critério qualitativo, isso porque ao invocar um princípio para a resolução de um caso, significa dar a ele a melhor interpretação possível dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes (VECCHI, 2009, v. 1, p. 263).

Logo, as normas jurídicas se bipartem em regras e princípios, sendo o principal ponto de distinção entre eles o caráter da generalidade, que se caracteriza pela possibilidade de ser aplicado mais de um princípio ao mesmo fato sem, contudo, que um deles seja anulado, ou seja, os dois vigoram dentro do ordenamento. Ao passo que as regras, no caso de colisão, apenas

uma das possibilidades poderá ser aplicada, em virtude do menor grau de abstração conferido a elas.

Além disso, o conteúdo das regras e dos princípios são diferentes, visto que as regras ditam condutas com coercibilidade específica, enquanto que os princípios ditam preceitos que dão as condições mais favoráveis a um caso concreto.

Pela presença de regras e princípios desempenhando diferentes funções dentro do ordenamento jurídico, este se qualifica como um sistema aberto (CANOTILHO, 2003, p. 1162) e assim,

o sistema jurídico ideal se consubstancia em uma distribuição equilibrada de regras e princípios, nos quais as regras desempenham o papel referente à segurança jurídica - previsibilidade e objetividade das condutas - e os princípios, com sua flexibilidade, dão margem à realização da justiça do caso concreto (BARROSO, 2013, p. 343).

Induvidoso é que deva haver equilíbrio entre regras e princípios dentro do ordenamento jurídico, caso contrário, se o sistema jurídico fosse composto apenas de regras, estas deveriam passar por um exaustivo processo legislativo, para que todas as possibilidades fáticas pudessem ser por elas abrangidas. Por outro lado, se o sistema fosse composto apenas de princípios, não haveria segurança jurídica, pois o grau de abstração dos princípios é elevado. Dessa forma, a segurança jurídica das regras aliada a possibilidade de discutir valores e interesses proporcionados pela aplicação dos princípios remetem a um sistema jurídico equilibrado (CANOTILHO 2010, p. 1162-1163).

Logo, percebe-se a importância dos princípios para o ordenamento jurídico em razão de que

são o fundamento de regras jurídicas e têm uma idoneidade irradiante que lhes permite ligar ou cimentar objectivamente [sic] todo o sistema constitucional, [consagrando] valores (liberdade, democracia, dignidade) fundamentadores da ordem jurídica e dispendo de capacidade deontológica de compreensão (CANOTILHO, 2003, p. 1163).

Acrescenta o ilustre jurista Bonavides (2010, p. 259) que “os princípios espargem claridade sobre o entendimento das questões jurídicas, por mais complicadas que estas sejam no interior de um sistema de normas”.

A supremacia conferida aos princípios em relação às demais normas do sistema jurídico, se deve ao fato de que expressam valores que fundamentam toda a ordem constitucional,

deixando para trás a antiga concepção de que princípios eram fontes de interpretação supletiva, para ocupar o cargo de normas máximas (BONAVIDES, 2010, p. 289).

Dito isso, percebe-se a evolução doutrinária dos princípios para que fossem reconhecidos como normas, dotados de eficácia e aptos a exprimirem obrigações, deveres e proibições às pessoas e que podem ser entendidos como normas de otimização. Assim, mostra-se necessário o estudo acerca da sua aplicabilidade no ordenamento jurídico.

1.2. Aplicabilidade

Como já visto alhures, os princípios são bases orientadoras para o sistema jurídico, do mesmo modo que funcionam como normas a serem aplicadas ao caso concreto. Considerados espécie de norma, os princípios buscam a produção de efeitos jurídicos que, caso descumpridos, são passíveis de sanção judicial, isto é, são dotados de eficácia jurídica.

Ronald Dworkin teve papel fundamental para o reconhecimento da aplicabilidade dos princípios, pois foi um dos primeiros juristas a admitir a característica da normatividade aplicada de maneira concreta, sendo que coube a Alexy complementar e corrigir as lacunas existentes em sua teoria (BONAVIDES, 2010, p. 281).

Com o ingresso nas Constituições da fase pós-positivista, os princípios ganharam a característica da normatividade para tornarem-se “normas-chaves”, ou seja, normas estruturantes do ordenamento jurídico. Em razão disso, as normas constitucionais perderam o conteúdo programático² que possuíam, uma vez que restringiam a eficácia dos direitos assegurados nas Cartas Constitucionais e passaram a ser dotadas de efetividade (BONAVIDES, 2010, p. 286).

Assim, a positivação dos princípios na ordem constitucional fez com que se tornassem normas supremas do sistema, fornecendo meios para verificação de todos os conteúdos normativos, e recebendo, assim, a qualidade de supremacia que é conferida às normas que se encontram nas Cartas Constitucionais. E mais, pela sua relevância são considerados “normas das normas” (BONAVIDES, 2010, p. 290).

Percebe-se, que o ingresso dos princípios nas cartas constitucionais garantiu a eles o status das normas constitucionais, mas com um plus a mais, confirmando a superioridade frente as normas restantes.

² Normas programáticas, segundo Alexandre de Moraes (2006, p. 9) , são aquelas que não regulam diretamente interesses ou direitos nela consagrados, mas [limitam-se] a traçar alguns preceitos a serem cumpridos pelo Poder Público.

O sistema interno de uma Constituição é pautado pelos princípios estruturantes, que definem a direção de toda a ordem constitucional, mas que podem ser complementados pelos chamados subprincípios e pelas regras constitucionais (CANOTILHO, 2003, p. 1174). Nesse ponto, importante afirmar que a utilização de subprincípios não retira o caráter normativo dos princípios, apenas lhes dão pontos de apoio por serem mais específicos que os princípios estruturantes (VECCHI, 2009, v.1, p. 265).

No que tange aos princípios constitucionais, por serem dotados de eficácia jurídica, podem ter eficácia direta, interpretativa ou indireta.

Pela eficácia direta “o princípio incide sobre a realidade à semelhança de uma regra, pelo enquadramento do fato relevante na proposição jurídica nele contida, (...) servindo como fundamento para a tutela do bem jurídico abrangido em seu relato” (BARROSO, 2003, p. 345).

Já pela eficácia interpretativa

o sentido e o alcance das normas jurídicas em geral devem ser fixados tendo em conta os valores e fins abrigados nos princípios constitucionais. Funcionam eles, assim, como vetores da atividade do intérprete, sobretudo na aplicação de normas jurídicas que comportam mais de uma possibilidade interpretativa (BARROSO, 2013, p. 346).

Ademais, esse caráter interpretativo dado aos princípios serve aos aplicadores do Direito quando as leis forem dotadas de “teor obscuro ou para suprir-lhes o silêncio” (DOMENICO FARIAS apud BONAVIDES, 2009, p. 274)

Por fim, a eficácia negativa ou indireta dos princípios constitucionais pode ser compreendida pela sustação de aplicação de uma norma que esteja em confronto com princípio (BARROSO, 2013, p. 347).

Vecchi (2009, v.1, p. 266), com base no grande jurista Américo Plá Rodrigues, define que as funções dos princípios se classificam em informadora, interpretativa e integradora. Pela função informadora os princípios fundamentam e orientam a elaboração das leis. Com a função integradora os princípios atuam quando houver lacuna na lei e, a função interpretativa se dirige ao magistrado quando da aplicação da lei ao caso concreto. Ressalta, contudo, que na atual fase pós-positivismo, os princípios não operam apenas como forma supletiva de interpretação das leis, mas como normas dotadas de eficácia para serem aplicadas ao caso concreto.

Deve-se consignar que a interpretação dos problemas jurídicos por meio de princípio não dá margem para o surgimento de várias respostas possíveis, pelo contrário, importa na aplicação de uma resposta correta e conveniente para aquele caso (VECCHI, 2009, v. 1, p. 262).

Dessa forma, a eficácia dos princípios positivados na Carta Maior não abrange somente a interpretação de normas com mais de um alcance, mas reflete também a negação de determinada norma quando confrontante com o teor de um princípio e, ainda, pela capacidade de pautarem condutas devido ao seu caráter normativo.

No entanto, o grande número de valores e interesses que busca a Constituição proteger resulta na diversidade de princípios que estão disponíveis no ordenamento, sendo inegável, portanto, que entre eles haja conflitos (BARROSO, 2013, p. 356).

Essa diversidade se deve ao fato de que os interesses protegidos pela Constituição são derivados de vários agentes da sociedade, os quais buscam defender suas ideias que, por sua vez, nem sempre são em comum, ao contrário, na maioria das vezes são antagônicas ou contraditórias (CANOTILHO, 2003, p. 1184).

Dessa forma, cada princípio é reflexo de um interesse por ele protegido. Logo, sempre haverá princípios colidentes dentro do ordenamento jurídico e que, para a sua aplicação em determinado caso concreto, será necessário utilizar-se da técnica da ponderação.

A subsunção, método padrão utilizado para interpretação da norma, em que a premissa maior, a norma, incide sobre a premissa menor, os fatos, produzindo um resultado, não pode ser utilizada para a resolução de conflito entre princípios, uma vez que por este método apenas uma norma incide sobre o fato e, por lógica, as demais que também incidiriam seriam descartadas (BARROSO, 2013, p. 361).

Para o mestre Dworkin (apud BONAVIDES, 2010, p. 282) as regras são aplicadas pela regra do tudo ou nada (*an all or nothing*), de modo que se a regra se adequar ao caso e der a solução jurídica para ele será considerada válida. Porém, se não se enquadrar ao fato não será aplicada. Logo, nos conflitos entre regras apenas uma delas será considerada válida, sendo que a decisão a fim de verificar tal validade deve se pautar em critérios como hierarquia de elaboração, critério temporal ou critério de especialidade (Grifo nosso).

Em relação aos princípios, Dworkin aplica a ideia de pesos ou valor. Segundo ele, havendo choque entre princípios a serem aplicados em um mesmo fato, um deverá prevalecer sobre o outro, mas nada impede que em futuras situações, o princípio que foi rejeitado venha a ser aplicado. Aos princípios não é dada a característica da validade (como nas regras), pois para ser aplicado ao caso concreto, a decisão deve se pautar em todos os princípios para que se possa escolher apenas um (BONAVIDES, 2010, p. 283).

Diante disso, a solução dada aos conflitos entre princípios é diversa da solução dada às regras. Nestas, recorre-se a ideia do tudo ou nada, enquanto que nos princípios busca-se a

ponderação e a concordância prática, diante do peso de cada um e das circunstâncias do caso concreto (CANOTILHO, 2003, p. 1182).

A solução dada aos conflitos entre princípios e entre as regras está atrelada a característica que os definem e os diferem um do outro. Os princípios por serem orientadores e dotados de abstração não são passíveis de invalidação, ponderando-se pelo melhor preceito ao caso concreto. Já no caso de colisão entre regras, em razão de serem dotadas de coercibilidade e possuírem comandos legais específicos uma delas será declarada inválida.

No conflito existente entre regras, ele somente poderá ser resolvido se no comando de umas delas houver a previsão de uma cláusula de exceção que retire a conflitualidade entre ambas, ou se uma dessas regras for declarada inválida (ALEXY apud BONAVIDES, 2010, p. 279).

A invalidade da regra pode ser declarada por meio de regras de hermenêutica de caráter temporal, especial ou hierárquico, tais como lei especial revoga lei geral, lei posterior revoga lei anterior e lei superior revoga lei inferior (VECCHI, 2009, v.1, p. 270).

As cláusulas de exceção, por sua vez, devem ser entendidas levando em consideração o sistema jurídico como um sistema aberto, composto de valores, princípios e regras, sendo que as exceções podem resultar de outros meios do sistema, não necessariamente prevista na estrutura das regras conflituosas (VECCHI, 2009, v.1, p. 277).

Quanto aos conflitos entre princípios

em determinadas circunstâncias, um princípio cede ao outro ou que, em situações distintas, a questão de prevalência se pode resolver de forma contrária [...] se quer dizer que os princípios têm um peso diferente nos casos concretos, e que o princípio de maior peso é o que prepondera. (ALEXY apud BONAVIDES, 2010, p. 280).

Desse modo, quando houver colisão entre princípios apenas um prevalecerá, mas aquele que foi afastado não será declarado inválido e retirado do ordenamento. Ao contrário dos conflitos entre regras, em que a solução extrema será a invalidação de uma delas, mas que, do mesmo modo, deve-se primar pelo seu afastamento (VECCHI, 2009, v. 1, p 276).

Deve-se ter em mente que por trás da colisão de regras haverá um conflito de princípios, em razão de que, como já afirmado anteriormente, os princípios irradiam seus efeitos para as regras e assim, a invalidação da regra é medida extrema, a qual, *a priori*, deverá apenas ser afastada. E, para a resolução da colisão de regras poderá também ser aplicada a técnica da ponderação, desde que respeitados os limites impostos pelo legislador dentro das diretrizes contidas nos comandos legais (VECCHI, v. 1, 2009, p. 277).

A solução de conflitos entre princípios consiste na avaliação do peso de cada um. Para isso, recorre-se à ponderação que consiste em uma técnica com três etapas. Na primeira etapa, o intérprete deve identificar as normas colidentes. Na segunda fase, deverá analisar o fato, com todas as suas circunstâncias e sua influência com as normas, avaliando seus possíveis efeitos. Apenas na última fase é que a técnica da ponderação é propriamente utilizada, fundada no princípio da proporcionalidade ou razoabilidade, na qual os princípios serão aplicados com maior ou menor grau de intensidade (BARROSO, 2013, p. 362).

O princípio da proporcionalidade pode ser entendido simplificadaamente como a adequação entre os meios utilizados para a concretude dos fins almejados (MULLER, apud, BONAVIDES, 2010, p. 393). É por meio desse princípio que surge o Estado de Direito, protegendo o cidadão contra os excessos do Estado e servindo como defesa dos direitos e das liberdades constitucionais (BONAVIDES, 2010, p. 434).

Ademais, a lesão a um princípio é, sem dúvida, a mais grave das inconstitucionalidades, isso porque a ausência de princípios não faz a ordem constitucional e, sem esta, não há garantia para as liberdades (BONAVIDES, 2010, p. 435).

Portanto, a ascensão dos princípios como normas supremas significa dizer que eles espalham seus efeitos para toda ordem constitucional e infraconstitucional, em que as leis deverão obedecer aos preceitos por eles difundidos. Servem de apoio à interpretação de regras obscuras e para a aplicação no caso concreto, tendo em vista o caráter normativo.

Contudo, a grande quantidade de princípios dentro do ordenamento e as possíveis colisões entre eles existentes não os retiram do sistema, apenas haverá uma ponderação para averiguar qual deles possui maior relevância jurídica para o caso.

1.3 Princípios constitucionais aplicados no Direito do Trabalho

São vários os princípios de ordem constitucional existentes, os quais irradiam seus efeitos para todo o ordenamento jurídico, objetivando assegurar a coerência entre as normas existentes, de forma a preservar a unidade da ordem jurídica

No entanto, serão apenas abordados os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da segurança jurídica. Brevemente, o princípio da dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República brasileira, com disposição constitucional, o princípio da igualdade é um dos direitos fundamentais assegurado a todos indistintamente, com previsão no artigo 5º da Carta Magna e, o princípio da segurança jurídica, um dos pilares do Estado Democrático de Direito.

1.3.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

O princípio da dignidade humana se mostra de suma importância ao ordenamento jurídico brasileiro, pois, como se verifica, é um dos fundamentos da República previsto no inciso III do artigo 1º da Carta Magna de 1988 que, diante de tal posição ocupada, se torna o núcleo da Constituição e irradia seus efeitos para todas as demais normas vigentes no sistema jurídico, as quais deverão estar em conformidade com os valores defendidos por esse princípio. No campo do Direito do Trabalho, seus efeitos visam à proteção contra qualquer violação que os direitos sociais possam sofrer.

Além disso, no artigo 170 da Lei Fundamental o qual trata dos princípios gerais que regem a ordem econômica há a previsão de proteção à dignidade do trabalhador como forma de valorização do trabalho. Ademais, a Constituição da República prevê em seu artigo 193 “a ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais” (BRASIL, Constituição da República, 05 de outubro de 1988).

Diante de tantas menções à dignidade da pessoa, percebe-se uma preocupação e valorização do legislador na proteção da dignidade dentro do Estado brasileiro, de modo a garantir ampla vinculação individual, mas também coletiva.

Ingo Sarlet (2006, p.41-42), baseado nos ensinamentos kantianos, define o que vem a ser a dignidade humana conceituando-a como

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

Com efeito, este princípio destaca-se dentre os demais que estão previstos no ordenamento jurídico em razão da proteção por ele conferida, a qual alcança a essência do ser humano, estabelecendo

um grau de proteção e autonomia da pessoa humana perante o Estado e as demais pessoas humanas ou jurídicas públicas ou privadas, além de impor a satisfação de condições mínimas de existência capazes de tornar capaz ao ser humano realmente viver, não só sobreviver (VECCHI, 2009, v.1, p. 289).

Assim, sendo um princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana constitui um valor orientador para todo o ordenamento jurídico, o que justifica a sua caracterização como

princípio constitucional de maior hierarquia axiológica-valorativa, preponderando sobre outro princípio quando colidente com outro princípio (SARLET, 2006).

Com efeito, a dignidade é ínsita do ser humano, ninguém pode retirá-la. Ela nasce e permanece até o final da vida. É a sua positivação no ordenamento jurídico que legitima a proteção dos direitos fundamentais, permitindo que melhores condições de vida sejam garantidas pelo Estado.

E, por ser norma vértice do Estado, cabe à sociedade organizar-se de forma a exigir a atuação estatal a fim de que a dignidade da pessoa seja efetivada e respeitada, fazendo jus ao grau de norma que ocupa no ordenamento, ou seja, o valor que reina na ordem constitucional (CAMINO, 2004, p. 92).

A ascensão da dignidade humana como valor máximo protegido nas Constituições se deu em virtude da falência dos regimes totalitários, nos quais a principal característica era a violação de direitos humanos. A partir disso, viu-se a necessidade da imposição da dignidade como um princípio de modo que ele, atualmente, direciona o processo legislativo bem como delimita a conduta da sociedade (CAMINO, 2004, p. 94), para que a dignidade de cada pessoa seja respeitada.

Como referência da positivação da dignidade da pessoa tem-se a Carta das Nações Unidas de 1945, a qual proclama “fê nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor da pessoa humana”. Além dessa, em 1948, a Declaração Universal dos Direitos do Homem referiu que “o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constituem o fundamento da liberdade, da justiça e da paz mundial” e “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em seus direitos” (NASCIMENTO, 2011).

O marco de positivação da dignidade da pessoa no Brasil foi a Constituição de 1936. No entanto, ela não considerou a dignidade da pessoa como centro do ordenamento, mas apenas como uma consequência da garantia ao trabalho (DELGADO, 2006).

Com efeito, a proteção da dignidade humana foi apenas questionada quando os horrores da Segunda Guerra Mundial levaram o ser humano a ser tratado como algo descartável, que por não possuírem o mesmo credo, raça, etnia dos ditadores eram aniquilados. Diante de tamanha perversidade que dominou a época e causa repúdio até os dias de hoje, a dignidade da pessoa humana ganhou destaque, para proteger o ser humano com todas as suas características que o tornam um ser único

Ocorre que, mesmo diante de tamanha importância, o princípio da dignidade da pessoa mostra-se extremamente vago, funcionando “como um espelho: [no qual] cada um projeta nela a sua própria imagem, os seus valores e convicções”. Dessa forma, mesmo que posições totalmente antagônicas defendidas pelas partes, cada uma delas invoca em sua defesa a dignidade humana que o representa (BARROSO, 2013, p. 273).

Assim, “não há, em nosso ordenamento jurídico, a indicação dos meios que levem à sua efetivação. Essa lacuna dá margem a insegurança jurídica. [...] Tudo depende dos fatos e das configurações jurídicas que se apresentam no caso concreto” (NASCIMENTO, 2011, p. 463).

Percebe-se, o que é digno para um pode não ser digno para outro. É diante dessa divergência que a dignidade humana se preenche de vagueza. Todavia, ela é capaz de impor obrigações primordiais os quais garantam a todos o essencial para viver com dignidade.

Apesar de ser um princípio o qual pode ser suscitado em inúmeras situações, tendo em vista a posição que ocupa na ordem jurídica, a dignidade da pessoa opera de duas formas. Pela via interpretativa orienta a aplicação das normas jurídicas, principalmente a aplicação dos direitos fundamentais, consideradas nulas caso afrontem a dignidade. Pela via normativa, por sua vez, em que opera como fonte de direitos e obrigações (BARROSO, 2013, p. 273).

Com fundamento Luís Roberto Barroso (2013, p. 274) destaca três elementos que definem o conteúdo da dignidade da pessoa. São eles: “(1) valor intrínseco de todos os seres humanos, assim como (2) a autonomia de cada indivíduo, (3) limitada por algumas restrições legítimas impostas a ela em nome de valores sociais ou interesses estatais (valor comunitário)”.

O valor intrínseco significa a qualidade do ser humano como ser especial, diferenciando-se de outros seres vivos e coisas, em que a dignidade constitui um valor inestimável que não pode ser comprado. Quanto à autonomia entende-se pela prerrogativa do ser humano na condução do seu próprio futuro, escolhendo suas opções ideológicas sem interferências externas. Nesse ponto, tem-se a ideia do mínimo existencial relacionada aos direitos sociais segundo o qual para o ser humano ser livre, igual e exercer sua cidadania, ele deve, primeiramente, satisfazer suas necessidades físicas e psíquicas. E, por fim, quanto ao valor comunitário vê-se a dignidade do ser humano ligada aos valores da comunidade em que convive (BARROSO, 2013, p. 275-277).

Deve-se atentar para o fato de que a dignidade da pessoa não abrange tão-somente o sentido individualista, como os direitos de personalidade. Ela extrapola os limites do individualismo para alcançar o plano social, como forma do indivíduo se firmar perante a comunidade, como por exemplo, mediante um trabalho digno (DELGADO, 2006).

Assim, a dignidade apenas será efetivada quando não houver limitações na vida do ser humano, sendo-lhe asseguradas as condições mínimas para uma existência digna e onde os direitos fundamentais da liberdade e da igualdade sejam reconhecidos em sua máxima dimensão. Da mesma forma, a sua proteção pelas normas jurídicas deve garantir a todos um tratamento igualitário e respeitoso do Estado e da comunidade (SARLET, 2006, p. 54 e 59).

Pode-se inferir assim, que sendo a dignidade inseparável da condição humana, a sua positivação na ordem constitucional como princípio fundamental a torna o centro do sistema jurídico, que deverá nortear a criação de suas normas. Pode ser considerada como um dos pilares da Constituição, sendo que em torno dela e, subordinante a ela, gravitam não só normas jurídicas, mas normas de conduta moral, que visam enaltecer a valorização do ser humano como um ser livre e independente.

1.3.2 Princípio da Igualdade

O princípio da igualdade vem estampado no artigo 5^o³, *caput*, da Constituição Cidadã, o qual estabelece o tratamento igualitário de todos diante da lei, sem diferenciação de qualquer natureza. Tal preceito faz alusão à igualdade formal entre as pessoas, no sentido de que a lei trata a todos de forma igualitária, sem considerar as diferenças que há entre os grupos. (SILVA, 2011, p. 211 e 214).

A igualdade é vista como “direito-chave”, o núcleo do Estado Social, sendo este o responsável pela implementação da igualdade fática, isso porque o preceito principiológico obriga o Estado a estabelecer prestações positivas como meio de efetivar a isonomia entre os cidadãos (BONAVIDES, 2010, p. 378).

Dessa forma, o princípio o qual estabelece que todos são iguais perante a lei destina-se necessariamente ao legislador, pois a ele é incumbido o dever de elaborar normas com os mesmos ônus e vantagens para os beneficiários e, além disso, estabelecê-las de forma proporcional às situações distintas. Quanto ao executor da norma, em função de que o princípio já está enraizado nessa, a situação a ser executada já encontra-se respaldada na isonomia (SILVA, 2011, p. 215-216).

Com efeito, a igualdade proferida no *caput* do artigo 5^o da Constituição Cidadã refere-se à igualdade formal, que coloca a todos em um mesmo plano, sem considerar as desigualdade

³ Art. 5^o Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] (BRASIL, Constituição da República, 05 de outubro de 1988).

existentes entre os indivíduos. É a partir desse preceito que as normas são elaboradas com o fito de buscar a igualdade material ou igualdade de fato, aquela que efetivamente produz a igualdade dentro da sociedade.

Contudo, não necessariamente todos devam ser tratados de forma igualitária, uma vez que aquilo se busca com a efetivação do princípio da isonomia é que os grupos sejam tratados de acordo com os seus aspectos peculiares, cabendo as normas disciplinar a forma de tratamento para esses grupos. É por meio disso, que a igualdade busca tutelar aqueles que ocupam posição econômica inferior (SILVA, 2011, p. 216). A isonomia fática é o grau mais justo e grandioso que o princípio da igualdade pode assumir dentro do ordenamento (BONAVIDES, 2010, p. 378).

Uma forma de se compreender a delicadeza do assunto é usar a analogia do acessório que segue o principal, estabelecendo nesse caso que igualdade seria o acessório em relação à dignidade da pessoa, que é o principal, pois esta abrange a todos independente das diferenças e particularidades de cada um, ao passo que a igualdade busca nivelar as situações criadas entre pessoas que se encontram no mesmo grupo (PLÁ RODRIGUEZ, 2000).

Em consonância com o que se entende por igualdade formal e material, com maestria e sabedoria Rui Barbosa (1997, p. 26) na Oração aos Moços proclamou que

A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigalam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real.

Tem-se por conseguinte que a igualdade abordada na Carta Magna não é meramente formal, “mas também material (ou substancial), ou seja, de se tratar igualmente os iguais e de forma diferenciada os desiguais, na medida de suas diferenças” (VECCHI, 2009, v.1, p. 293).

A proteção aos direitos sociais é a forma de positivação da igualdade material dentro da Lei Maior. Assim, o princípio da isonomia se consolida em várias regras previstas no artigo 7º da Constituição Federal (VECCHI, 2009, v. 1, p. 293) que se caracteriza por um extenso rol de direitos que são garantidos aos trabalhadores urbanos e rurais.

Assim, na seara trabalhista, as normas criadas pelo legislador efetivam muito mais a proteção do trabalhador em relação ao empregador. Isso se justifica pela desigualdade econômica existente e a relação de sujeição de um sobre o outro, onde o trabalhador é subordinado ao empregador, detentor do capital e dele necessita para trabalhar

Logo, o princípio da igualdade visa assegurar a isonomia formal entre as pessoas, considerando que todas são iguais. Contudo, esse princípio em matéria trabalhista sob a forma de desigualdades criadas na legislação busca promover a igualdade material, tratando com regras diferenciadas os sujeitos da relação trabalhista.

1.3.3 Princípio da segurança jurídica

O convívio em uma sociedade sem regras seria caótico, seja pelas diversas opiniões e entendimentos seja pela diversidade cultural existente. Para isso, surgiu a Ciência do Direito e com ele normas capazes de impor limites, restringindo a plena liberdade das pessoas, mas, ao mesmo tempo, lhes garantindo uma série de direitos.

A segurança jurídica nada mais é que a previsibilidade da conduta humana, que está disciplinada pelas normas impositivas criadas pelo Estado, as quais fundamentam o Estado Democrático de Direito.

Cabe aqui, explicar brevemente, visto a sua profundidade em conteúdo, o que é Estado Democrático de Direito. Primeiramente, constitui-se por ser um princípio que rege a sociedade. Pelo Estado Democrático de Direito a Constituição de determinado Estado irá moldar as atuações do poder político e da sociedade em conformidade com o Direito. Assim, por meio de regras, medidas, formas e procedimentos o Direito ordena a vida da comunidade de forma racional, impondo obrigações e deveres a todos (CANOTILHO, 2003, p. 243).

Em um sentido mais amplo a segurança jurídica representa

[um] direito da pessoa à estabilidade em suas relações jurídicas. Este direito articula-se com a garantia da tranquilidade jurídica que as pessoas querem ter; com a sua certeza de que as relações jurídicas não podem ser alteradas numa imprevisibilidade que as deixe instáveis e inseguras quanto ao seu futuro, quanto ao seu presente e até mesmo quanto ao seu passado. [...] Segurança jurídica diz, pois, com a solidez do sistema. É desta qualidade havida no ordenamento que emana a sua credibilidade e a sua eficácia jurídica e social (ROCHA, 2005, apud NUNES, 2009, p. 82).

Em outras palavras, a segurança jurídica pode ser tida como umas das manifestações do Estado Democrático de Direito, que tem como objetivo resguardar e garantir que as pessoas confiem nos atos do Poder Público e, para, tanto, proíbe a execução de medidas executivas, legislativas e judiciais com o propósito de distorcer essa confiança (CARRAZA apud CUNHA, 2013)

Deve-se ter em mente que, se um ordenamento jurídico for impreciso pelo fato de tantas decisões divergentes serem prolatadas, o número de conflitos irá aumentar em decorrência do conteúdo indefinido das normas. Tem-se, assim, que o sistema jurídico deve estar entrelaçado, em harmonia e coerência e, principalmente, com a previsibilidade das decisões (CABRAL, 2013).

Assim, o Direito positivado deve transparecer tranquilidade e previsibilidade, para que as pessoas possam acreditar nas instituições, de modo a não se depararem com surpresas que possam causar lesões a direitos já adquiridos.

A segurança jurídica está atrelada, de igual forma, ao poder de decisão do magistrado. O juiz deverá sempre decidir o caso sob sua análise de acordo com as normas jurídicas, de modo a evitar imprevisibilidade em suas decisões. Esse é um direito do cidadão de ter suas decisões baseadas na ordem jurídica, desvinculadas das ideias pessoais do magistrado (NUNES, 2009).

Dois aspectos refletem a segurança jurídica nas decisões do Poder Judiciário, que são a qualidade da decisão judicial pela sua previsibilidade, que dá ou não o bem da vida pretendido ao jurisdicionado e a utilização da mesma fundamentação legal às decisões de casos semelhantes, a qual nem sempre é possível pela carga de subjetivismo exercida pelo juiz (NUNES, 2009).

É de se ressaltar que a certeza ou previsibilidade que prega a segurança jurídica não se refere à imutabilidade das normas, mas sim, a uma estabilidade no movimento de mudança, na qual tenha o cidadão a capacidade de perceber em que sentido está andando a mudança, de modo a pautar suas condutas futuras (CUNHA, 2013).

Em confronto com a segurança jurídica das normas está a devota vinculação dos aplicadores do direito, principalmente na área do Direito do Trabalho, aos precedentes judiciais, as súmulas. Isso acontece quando o juiz afasta a interpretação de uma norma elaborada pelo poder legitimado, o Legislativo, ou um argumento jurídico contundente dos quais contrarie entendimento sumulado (GRILLO, 2011).

Nesse tocante, principalmente os magistrados que são os maiores aplicadores do Direito deverão, levando em conta uma postura hermenêutica, sob pesar o valor da jurisprudência e da lei para o caso concreto, primando pela aplicação da lei e subsidiariamente à jurisprudência (GRILLO, 2011).

Pode-se inferir assim que “a segurança jurídica é o mínimo de previsibilidade necessária que o estado de Direito deve oferecer a todo cidadão, a respeito de quais são as normas de convivência que ele deve observar e com base nas quais pode travar relações jurídicas válidas e eficazes” (NICOLAU JUNIOR apud COELHO, 2005).

A segurança jurídica, portanto, pode ser compreendida pela estabilidade das relações jurídicas pautadas em preceitos legais, previamente conhecidos pelas partes, impossibilitando que fatos inesperados tumultuem essas relações, reinando a certeza e a previsibilidade nas relações sociais.

1.4 Princípios fundamentais para o Direito do Trabalho

Como já referido anteriormente, o conteúdo protetivo dos princípios integra a estrutura normativa das regras ou, em outras palavras, a elaboração das regras é baseada nos preceitos delineados pelos princípios orientadores da ordem jurídica.

Para o Direito do Trabalho, os princípios são meios de suprir as lacunas deixadas pela lei, diante do que dispõe o artigo 8º da CLT. Ocorre que, tal disposição é da redação original da Consolidação. Hoje, a função dos princípios transcende a supletiva para tornar-se interpretativa.

Delgado (2010, p. 173) assinala a importância dos princípios para a ciência do Direito, declarando que são “proposições fundamentais que informam a compreensão do fenômeno jurídico. São diretrizes centrais que se inferem em um sistema jurídico e que, após inferidas, a ele se reportam, informando-o.”

Com os avanços o qual o ramo do Direito do Trabalho sofre constantemente em virtude das demandas que a sociedade impõe, o número de princípios, da mesma forma, acompanha essa evolução.

Contudo, nesse estudo serão abordados os princípios relacionados ao tema em debate, que são: princípio da proteção e o princípio da continuidade da relação de emprego.

1.4.1 Princípio da Proteção

A relação entre trabalho e capital é, como sabido, materialmente desigual. O capital detêm o poder e, aos trabalhadores resta a dependência, a subordinação. Na busca do tratamento igualitário, o princípio da proteção, o mais importante princípio do Direito do Trabalho, busca a igualdade material entre as partes na relação empregatícia.

Américo Plá Rodríguez (2000, p. 35) enuncia que o princípio da proteção “se refere ao critério fundamental que orienta o Direito do Trabalho, pois este, ao invés de inspirar-se num propósito de igualdade, responde ao objetivo de estabelecer um amparo preferencial a uma das partes: o trabalhador”.

Esse princípio tem como objetivo “nivelar a desigualdade material entre patrões e empregados, por meio de uma desigualdade jurídica”, a fim de buscar um equilíbrio no mundo jurídico, pois a igualdade formal não enseja o seu efeito pretendido na relação de trabalho, ao contrário, ela gera injustiças e condições contratuais prejudiciais (VECCHI, 2009, v. 1, p. 325).

Agregado está a esse princípio, também, a dignidade da pessoa humana, pois o princípio da proteção “é onde mais se materializa [...] o princípio da dignidade da pessoa humana” (VECCHI, 2009, v.1, p. 325), uma vez que trabalhar não se relaciona apenas ao fator financeiro, mas também psicológico, como sentir-se útil e crescer pessoalmente.

O renomado jurista Américo Plá Rodríguez (2000) subdivide o princípio protetor em três outros princípios, quais sejam, o *in dubio pro operario*, a prevalência da norma mais favorável ao trabalhador e a preservação da condição mais benéfica.

O princípio do *in dubio pro operario* significa dizer que entre tantas as possibilidades de interpretação de norma jurídica a serem aplicadas pelo julgador ao caso concreto, deverá ele se inclinar para a hipótese interpretativa que for mais benéfica ao trabalhador (PLÁ RODRIGUEZ, 2000).

Com relação ao princípio da prevalência da norma mais favorável ao trabalhador, trata-se de uma regra de hermenêutica para o Direito do Trabalho, segunda a qual havendo mais de uma norma possível a ser aplicada no caso posto, deverá o juiz eleger aquela cujos efeitos serão mais benéficos ao obreiro. E por último, o princípio da condição mais benéfica se refere aos direitos já adquiridos pelo trabalhador, como forma de proteção da norma mais vantajosa no tempo (PLÁ RODRIGUEZ, 2000).

Deve-se ressaltar que os fundamentos do princípio ora analisado, assim como foram dirigidos ao legislador, devem orientar o aplicador da norma trabalhista, para posicionar-se no mesmo sentido que a norma visa proteger (PLÁ RODRIGUEZ, 2000, p. 36).

Efetivamente, o princípio da proteção enlaça-se com o princípio da igualdade para juntos efetivarem a isonomia material entre os indivíduos através de normas mais favoráveis aos trabalhadores se comparadas as regras que são aplicadas aos empregadores.

Além disso, parte da doutrina entende que o princípio da proteção influencia sobre todos os demais princípios que orientam o Direito do Trabalho, isso porque seu conteúdo protetivo em relação a parte mais frágil, o trabalhador, se expande a todos os outros princípios que visam retificar o desequilíbrio que há entre os sujeitos do contrato de trabalho (DELGADO, 2010, p. 184).

Dessa forma, o princípio da proteção busca igualar os sujeitos do contrato de trabalho, o empregador e o trabalhador, em virtude da disparidade econômica existente entre eles, por meio de normas mais favoráveis ao empregado.

1.4.2 Princípio da continuidade da relação de emprego

A continuidade da relação de emprego é a regra no Direito do Trabalho, consolidada pelos contratos com prazo indeterminado. O princípio visa um dos objetivos do Direito do Trabalho que é assegurar melhores condições de vida ao trabalhador. Esse princípio está positivado na ordem constitucional no inciso I do artigo 7º da Lei Fundamental, o qual prevê a proteção da relação de emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa.

A continuidade do contrato de trabalho é vista na Constituição como matéria de interesse social e público, pois prevê o trabalho e a busca do pleno emprego como princípios da ordem econômica (VECCHI, 2009, v.1, p. 329).

Deve-se ter em mente que o desemprego em um primeiro momento causa inúmeros prejuízos econômicos, psicológicos e sociais à vida do trabalhador e de sua família, que se agravado por uma crise maciça de desemprego atinge a sociedade num todo, ocasionando diversos conflitos sociais, em razão das inúmeras ideologias existentes (DELGADO, 2010, p. 1023).

Com isso, a proteção para que trabalhador permaneça vinculado ao contrato de trabalho é de extremo interesse ao Direito do Trabalho, pois só assim, segundo ensinamento de Maurício Godinho Delgado (2010, p. 1023) é que esse ramo jurídico conseguirá cumprir de forma satisfatória o seu objetivo, de forma a assegurar melhores condições do mercado de trabalho aos empregados.

A despedida, portanto, nas relações jurídicas trabalhistas constitui

uma anomalia jurídica, porquanto atentaria contra o princípio da estabilidade no emprego, princípio que é chave no direito individual do trabalho, uma vez que a tendência natural da atividade profissional é precisamente sua continuidade e permanência no tempo até os limites da própria capacidade profissional (PASTOR, 1968 apud PLÁ RODRIGUEZ, 2000, p. 112).

Tal princípio é destinado ao trabalhador, apenas. Nesse sentido, pode o trabalhador não querer a proteção conferida pelo princípio sem que se configure renúncia a esse direito, pois, pensar em sentido contrário, seria impor uma duração eterna ao contrato, objetivo este que não quis o legislador. O empregador, por sua vez, não poderá gozar da proteção conferida pelo

princípio da continuidade quando o empregado abandonar ou renunciar o emprego, pois o trabalhador tem a faculdade de denunciar o contrato no momento em que lhe for mais propício (PLÁ RODRIGUEZ, 2000).

Uma das características do contrato de trabalho é ser de trato sucessivo, em que as obrigações e direitos dele decorrentes perduram-se no tempo. Assim, a relação de emprego não é instantânea, gera um vínculo duradouro entre as partes. Não significa dizer que a relação empregatícia será eterna, mas se preza pela sua continuidade, para que o empregado possa ter com o que sustentar-se.

Dessa forma, a regra no Direito do Trabalho é a indeterminação dos contratos de trabalho, pois “[...] quanto mais demorada for a relação de emprego, maior será o equilíbrio pessoal e familiar do empregado. Havendo também significativas vantagens para o empregador, que pode planejar suas rotinas de trabalho sem sobressaltos” (PINTO, 1995 apud PEREIRA, 2014, p. 77).

O objetivo desse princípio está atrelado aos preceitos do princípio da dignidade da pessoa humana, por vários motivos, dentre eles pode-se citar três pontos benéficos ao trabalhador.

O primeiro motivo pode ser compreendido como estímulos pecuniários os quais são dados pelo empregador ao longo do contrato, em razão do tempo que o trabalhador permanece sob o mesmo vínculo empregatício. O segundo, por sua vez, refere-se a investimentos feitos em educação e profissionalização como forma de aperfeiçoamento técnico do trabalho, compensando os investimentos feitos pelo empregador que verá sua produção cada vez mais qualificada. Por fim, com um trabalho contínuo e duradouro, refutada a precariedade, o trabalhador se afirma perante a sociedade pelos anos de trabalho prestados ao mesmo empregador (DELGADO, 2010, p. 193-194).

Além disso, a continuidade da relação de emprego não é apenas favorável ao empregado, mas em relação ao empregador também, uma vez que a segurança de um trabalho estável faz com que o trabalhador disponha do melhor de si nas tarefas a ele incumbidas e, segundo Plá Rodrigues (2000) “redunda em benefício da própria empresa e, através dela, da sociedade, na medida em que contribui para aumentar o lucro e melhorar o clima social das relações entre as partes”.

Dessa forma, a dependência entre os sujeitos do contrato de trabalho é recíproca. Com efeito, não se trata de uma dependência de igual significado, pois enquanto o trabalhador necessita do seu trabalho para garantir sua subsistência, o empregador necessita do trabalhador para manter sua força de trabalho. Assim, desta relação de dependência surge a necessidade da

manutenção do contrato de trabalho, principalmente como forma de garantir a paz social e o progresso, embasado na função social da empresa que é a promoção do trabalho (CAMINO, 2004).

Pode-se citar, ainda, que todas as regras de Direito do Trabalho se voltam à proteção da continuidade da relação de emprego, criando impeditivos para as dispensas arbitrárias, por meio da imposição do pagamento de multa sobre os recolhimentos do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), maior número de verbas rescisórias devidas, a excepcionalidade da contratação com prazo determinado. Todas essas normas resguardam o caráter duradouro do contrato de trabalho.

Assim, em virtude da prescrição contida no princípio da continuidade, a regra no Direito do Trabalho é a indeterminabilidade dos contratos de trabalho, tornando-se exceção os contratos por tempo determinado, denominados “a termo”.

Cabe esta exceção apenas a hipóteses permitidas em lei, descritas nos incisos do artigo 443 da CLT, a saber, a provisoriedade da atividade empresarial se assim justificar, a transitoriedade do serviço, ou nos casos de contrato de experiência (DELGADO, 2010, p. 195).

Deve-se ressaltar que todas as hipóteses se justificam pela brevidade do serviço, ou no caso do contrato de experiência, em curto período no qual as partes possuem para avaliar uma a outra.

O propósito da inserção dos contratos a termo no ordenamento jurídico decorre da manutenção do contrato de trabalho tornar-se inviável, bem como foi uma forma encontrada pelo legislador aumentar as oportunidades do mercado de trabalho.

Em decorrência da preferência dos contratos com prazo indeterminado sobre os determinados está a incidência das garantias e estabilidade de emprego, as quais restringem o término do pacto laboratório, inviabilizando a arbitrariedade do empregador em pôr fim à relação de emprego (DELGADO, 2010, p. 1029).

Não é por acaso que a determinação do prazo do contrato de trabalho é a exceção dentro do ordenamento jurídico, visto que essa modalidade contratual impede o trabalhador de inserir-se no contexto da empresa, de forma a reduzir seu comprometimento com o trabalho a ser desempenhado, bem como gera discriminação em relação aos demais empregados contratados por tempo indeterminado. Além disso, o prazo certo impõe ao trabalhador insegurança, pois sabe que após o rompimento contratual estará desempregado. Esse fator, faz com que o trabalhador viva em constante busca por colocação no mercado de trabalho (CASSAR, 2014).

A preferência aos contratos com duração indeterminada se deve ao fato de possuírem uma tendência natural de prolongação no tempo. Quando denunciado o contrato pela vontade

patronal é devida ao empregado uma verba indenizatória pela ruptura inesperada, ao contrário dos contratos com termo, em que o fim já é sabido pelas partes e, assim, nada é devido a título de indenização. De igual modo, o contrato com prazo indeterminado é mais complacente com o empregado, visto que pode denunciar o contrato a qualquer momento, enquanto que nos contratos com termo incorrerá em responsabilidade (PLÁ RODRIGUEZ, 2000).

A proteção à continuidade do contrato de trabalho também faz surgir efeitos no fenômeno conhecido por sucessão de empregadores, no qual a alteração da atividade econômica ou alteração da estrutura societária da empresa não afetará os contratos de trabalho vigentes (CAMINO, 2004). Acresça-se a isso, a possibilidade de transformação do contrato por prazo determinado, quando não cumpridas as suas formalidades, em contrato de trabalho por prazo indeterminado e, por fim, a hipótese de suspensão que não configura extinção do contrato de trabalho (VECCHI, v.1, 2009).

No campo do direito processual, o princípio da continuidade gera certas presunções favoráveis ao trabalhador em conformidade com o disposto na súmula nº 212⁴ do Tribunal Superior do Trabalho (TST) que podem ser entendidas como a inversão do ônus da prova em favor do trabalhador, cabendo, assim, a defesa do empregador provar que a ruptura do contrato de trabalho se deu por dispensa por justa causa ou que o empregado manifestou sua vontade na rescisão (DELGADO, 2010, p. 194).

Nessa senda, a manutenção do contrato de trabalho, dentro da legislação trabalhista, destina-se à proteção do trabalhador, tendo como escopo protegê-lo contra despedidas arbitrárias e inesperadas, criando para tanto, normas que dificultam ou que impõem sanções, limitando o direito potestativo do empregador.

Essa proteção tem como escopo a garantia de uma vida digna ao trabalhador e à família para que, por meio de um trabalho estável, possa firmar-se socialmente perante a comunidade em que vive.

1.5 Proteção constitucional dos direitos sociais

A proteção aos direitos sociais no Brasil está disciplinada nos artigos 6º a 11 da Carta Maior. Além disso, um dos fundamentos do Estado brasileiro, previsto no inciso IV do artigo 1º da Constituição Federal são os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e, como um

⁴ Ônus da Prova - Término do Contrato de Trabalho - Princípio da Continuidade. O ônus de provar o término do contrato de trabalho, quando negados a prestação de serviço e o despedimento, é do empregador, pois o princípio da continuidade da relação de emprego constitui presunção favorável ao empregado.

dos seus objetivos disposto no artigo 3º, inciso III, prevê a erradicação da pobreza e a marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais.

Inicialmente, cumpre consignar que os direitos fundamentais⁵ estão subdivididos em três dimensões aceitas irrefutavelmente pela doutrina: a primeira dimensão compreende os direitos civis e políticos; a segunda dimensão abrange os direitos sociais, econômicos e culturais; a terceira dimensão engloba os direitos de solidariedade e fraternidade.

Assim, os direitos sociais são compreendidos por direitos fundamentais de segunda geração, que visam garantir a igualdade entre aqueles mais vulneráveis, através de prestações positivas do Estado.

Desde as primeiras civilizações, a fim de ver reconhecida a proteção aos direitos fundamentais, o homem sempre lutou contra as dominações, discriminações e exclusões que sofria, por entender que os direitos fundamentais são inerentes à dignidade da pessoa e, por assim serem, são o caminho para o desenvolvimento dessa dignidade (VECCHI, 2009, v.1, p. 159-160).

No século XIX, iniciaram-se os primeiros movimentos pelo reconhecimento dos direitos de segunda geração, que deveriam ser tutelados pelo Estado por meio de condutas comissivas. Estes movimentos foram acarretados pelas transformações advindas da era industrial e os problemas sociais que dela decorreram. No entanto, anterior a esse período, pode-se dizer que de forma rudimentar os direitos sociais já haviam sido disciplinados nas Constituições francesas de 1793 e 1848 (SARLET, 2012, p. 47).

Em 1917, a Constituição Mexicana positivou os direitos sociais sistematicamente (SILVA, 2011, p. 285). Mas, foi no pós-guerra, diante das atrocidades as quais aconteceram nesse período, que surgiu a necessidade de que os direitos humanos fossem respeitados internacionalmente, afastando a ideia de que esses direitos eram de interesse interno dos Estados (pois até então a comunidade internacional tinha a concepção de que eram inerentes ao homem e, por assim serem, não precisam ser regulamentados), para serem efetivados pelos sistemas jurídicos (PIOVESAN, 2012, p. 118).

Em 1948, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, estes foram elevados ao patamar de indivisibilidade e unicidade, havendo uma interdependência entre direitos civis,

⁵ Segundo Canotilho (1994 apud MORAES, 2006, p. 26), os direitos fundamentais cumprem duas funções para o indivíduo. Sob uma perspectiva “constituem, num plano jurídico-objectivo [sic], normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; implicam [em um segundo plano] jurídico-subjectivo [sic], o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).

políticos e socioeconômicos. Porém, a Declaração Universal não possuía força vinculativa sobre os Estados, carecendo, assim de obrigatoriedade. Diante disso, iniciou-se em 1949 um processo de “juridicização” que foi concluído em 1966, com a elaboração de dois tratados internacionais, quais sejam, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, cujo objetivo era torná-los obrigatórios e vinculantes pelos Estados (PIOVESAN, 2012, p. 118).

O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o qual estabelece deveres direcionados aos Estados para efetivarem e implantarem políticas públicas voltadas à execução dos direitos sociais foi ratificado pelo Brasil em 1992 (PIOVESAN, 2012, p. 118).

No Brasil, a primeira Constituição que previu a proteção dos direitos sociais foi a de 1934, influenciada pela Constituição de Weimar (SILVA, 2011, p. 285). Porém, somente na Constituição de 05 de outubro de 1988 é que ocorreu ampla proteção aos direitos fundamentais, inovando em sua legislação para o Estado Social ir ao encontro do Estado de Direito (SILVA, 2011, p. 548).

Dessa inovação surgiu o artigo 6º da Constituição da República, que positivou a proteção aos direitos sociais e os elenca como direito à educação, à saúde, à alimentação, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, proteção à maternidade e à infância e também, assistência aos desamparados.

O artigo (ART) 7º da mesma Carta, por sua vez, disciplina os direitos garantidos a todos os trabalhadores urbanos e rurais e, mais recentemente, aos trabalhadores domésticos, com a promulgação da emenda constitucional nº 72 de 2013 a qual estendeu parte dos direitos disciplinados nesse artigo a essa categoria. Os direitos trabalhistas definidos no artigo 7º da Lei Maior são, dentre eles: a proteção do emprego contra a despedida arbitrária; fundo de garantia por tempo de serviço (FGTS); licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias; licença-paternidade; proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei; aposentadoria; assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até cinco (cinco) anos de idade em creches e pré-escolas e proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil.

O dispositivo constitucional supra referido é a aplicação do princípio da norma mais favorável, pois estabelece um rol mínimo de direitos, com a possibilidade de serem ampliados que se estendem todos os trabalhadores, haja vista que a aplicação da norma trabalhista tem a finalidade de agregar melhores condições de vida aos empregados (VECCHI, 2009, v.1, p. 121-122).

Alexandre de Moraes (2006, p. 177), no entanto, faz uma ressalva quanto ao alcance dos direitos sociais previsto na Carta Magna, pois os direitos nela previstos apenas se aplicam aos trabalhadores que são subordinados a outrem, bem como nos que nela estão expressamente previstos como o trabalhador avulso, o rural, o doméstico e o servidor público. Aos demais que restaram excluídos do texto constitucional, como o trabalhador eventual, o autônomo e o temporário cabe ao legislador infraconstitucional disciplinar os direitos que lhe são garantidos.

Todavia, os direitos fundamentais dos trabalhadores não se esgotam no rol positivado na Constituição, mas podem ser encontrados em princípios e em regras decorrentes de tratados internacionais, pelo disposto no artigo 5º, §2º, da Constituição Federal⁶ (VECCHI, 2009, v.1, p. 176).

Logo, os direitos sociais podem ser compreendidos como a

liberdade por intermédio do Estado, [caracterizando-se] por outorgarem ao indivíduo direitos a prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação, trabalho e etc, revelando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas (SARLET, 2012, p. 47).

Os direitos sociais são, portanto, prestações positivas as quais estão previstas na ordem constitucional e que são oferecidas pelo Estado, de forma direta ou indireta, a fim de propiciarem melhores condições de vida aos mais frágeis (SILVA, 2011, p. 286). “Encontram-se intimamente vinculados às tarefas de melhoria, distribuição e redistribuição dos recursos existentes, bem como à criação de bens essenciais não disponíveis para todos os que deles necessitem” (SARLET, 2012, p. 284).

Como já referido anteriormente, os direitos de segunda dimensão fazem parte do conjunto dos direitos fundamentais. Estes são inerentes ao homem e, por consequência disso, possuem caráter inviolável e universal (CANOTILHO, 2003, p. 407).

A positivação dos direitos fundamentais na ordem constitucional confere legitimidade ao sistema jurídico, uma vez que estão no topo do ordenamento, cujo conteúdo por eles protegidos constituem a base da estrutura do Estado. Os direitos sociais buscam proteger a pessoa humana e lhe assegurar os valores fundamentais da liberdade, igualdade, dignidade da pessoa humana, vida e solidariedade (VECCHI, 2009, v. 1, p. 163).

⁶ Art. 5º, § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Como consequência disso, são tidos como cláusulas pétreas, em razão do disposto no parágrafo 4^o7 do artigo 60 da Carta Magna (VECCHI, 2009, v.1, p. 174), tornando-se imutáveis dentro do ordenamento jurídico.

Em virtude do ingresso como cláusulas pétreas na ordem constitucional os direitos fundamentais de segunda dimensão são tidos como verdadeiros princípios. Assim, havendo colisão de direitos sociais aplica-se a mesma regra utilizada para a solução dos conflitos entre princípios, ou seja, a ponderação (VECCHI, 2009, v.1, p. 268).

Por serem normas imutáveis dentro do ordenamento jurídico, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ao mesmo tempo que reconheceu os direitos sociais, disciplinou-os de modo que possam ser implementados de forma progressiva dentro das forças possíveis do Estado. Contudo, a fim de impedir o descumprimento de tais preceitos, o Pacto previu a chamada cláusula de proibição do retrocesso social, segundo a qual o Estado fica vedado em retroceder na implantação desses direitos ou reduzir as políticas públicas para torná-los eficazes (PIOVESAN, 2012, p. 124), enaltecendo a força obrigatória dos direitos de segunda geração.

Assim, cabe ao Estado sempre buscar o aprimoramento da efetividade dos direitos sociais, sendo-lhe vedado retroceder na implantação de tais prestações, como por exemplo extinguir do ordenamento um determinado direito social.

Como consequência dessa atuação positiva do Estado, os direitos sociais possuem relevância na ordem econômica, isso porque para sua implementação são necessários investimentos em maior número pelo Poder Público do que em relação aos demais direitos fundamentais. Desse caráter econômico, os direitos sociais foram colocados sob o enfoque da “reserva do possível”, que consiste na possibilidade do Estado em efetivar esses direitos sociais, assim como na necessidade do seu titular. A reserva do possível pode ser considerada como fator de limite à efetivação dos direitos sociais, mas, por outro lado, como forma de defesa deles (SARLET, 2012, p. 284), ou seja, deve haver uma ponderação entre a real necessidade de seu titular e os limites do Estado. Contudo, jamais poderá servir como óbice para o seu descumprimento ou para negar-lhes eficácia (VECCHI, 2009, v. 1, p. 188).

Embora todas as normas constitucionais possuam certo grau de eficácia, as normas que preveem as prestações de direitos sociais são consideradas, dentro do Direito Constitucional, normas programáticas, uma vez que são normas cujos efeitos não são integralmente irradiados, necessitam, pois, da atuação legislativa para alcançarem os efeitos pretendidos. Estas normas

⁷ § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] IV - os direitos e garantias individuais.

estabelecem diretrizes, programas ou tarefas a serem implementadas pelo Estado. Com efeito, todos os direitos fundamentais, que estejam positivados na Constituição Federal produzem efeitos. No caso dos direitos sociais, estes produzem alguns dos efeitos pretendidos pela norma, cabendo a execução dos demais à atuação legiferante (SARLET, 2012, p. 293).

É o caso do inciso I do artigo 7º da Constituição Federal, o qual prevê a proteção do trabalhador contra despedida arbitrária ou sem justa causa, mas condiciona tal proteção a regulamentação por meio de uma lei complementar. Assim, o constituinte originário prescreveu a referida proteção ao trabalhador, mas delegou ao Poder Legislativo a forma de garantir a efetividade desse direito.

Deve-se ressaltar que a proteção aos direitos fundamentais não se destina apenas contra os abusos do Estado, mas também, sua defesa pode ser invocada perante os particulares, em uma relação jurídica que não tenha a presença estatal, a fim de proteger a dignidade da pessoa (VECCHI, 2009, v. 1).

Portanto, a positividade dos direitos fundamentais na Carta Constitucional faz com que esses direitos passem de mera expectativa de que sejam respeitados pelo Estado, para que se tornem regras e princípios dotados de obrigatoriedade quanto a sua aplicação e, de vedação quanto à ingerência do Estado na esfera individual. Ou seja, impõe ao Estado uma conduta negativa e positiva ao mesmo tempo.

Os direitos sociais estão ligados ao princípio da isonomia, pois visam reduzir as desigualdades existentes, tratando de forma diferenciada os desiguais, por meio de prestações positivas do Estado.

2 A SEGURANÇA JURÍDICA DO CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABALHO

Como já visto, vigora no Direito do Trabalho o princípio da continuidade, o qual preza pela duração indeterminada dos contratos de trabalho. Essa preferência é decorrente de ser mais benéfico ao trabalhador tanto pela estabilidade que a duração do contrato proporciona em sua vida social como também pela maior amplitude de direitos que abarcam o trabalhador nessa modalidade contratual, principalmente no momento da extinção do contrato.

Nessa lógica, os contratos de trabalho com prazo determinado são a exceção para o Direito do Trabalho, de tal forma que são restritas as hipóteses de contratação, bem como possuem regras entabuladas expressamente na legislação que, se descumpridas, geram automaticamente a indeterminabilidade do contrato.

Tudo isso, visa enaltecer a importância do trabalho para a vida de uma pessoa, pois é por meio dele que o trabalhador conquista uma vida digna e a amplia para sua família. Dessa forma, o contrato com prazo indeterminado é o reflexo da proteção constitucional contra despedidas arbitrárias ou injustas do trabalhador.

Cumpra agora tecer algumas informações acerca dos contratos de trabalho. Primeiramente, embora já consagrada a denominação de contrato individual de trabalho, faz-se mister assinalar que na doutrina nacional e internacional há divergências quanto à nomenclatura utilizada para o contrato de trabalho, em virtude de que esta direciona-se mais ao gênero do que propriamente a espécie de denominação para as relações de emprego. Há quem diga ser mais propício a designação contrato de emprego, uma vez que a expressão contrato de trabalho por ser vaga demais, não consegue identificar a natureza jurídica de determinado contrato. (CAMINO, 2004, p. 248).

Importante destacar, ainda, que o contrato dividiu duas fases da história: a fase da escravidão e o período da liberdade para o trabalho. Sua criação, sem dúvida, mudou a história, porquanto com a liberdade de trabalho o homem pode dirigir suas escolhas, livrando-se da subordinação e do trabalho forçado, podendo escolher para quem prestar seus serviços. Dessa forma, o contrato de trabalho é uma afirmação da dignidade da pessoa humana e uma forma de liberdade para a livre escolha do emprego. (NASCIMENTO, 2011, p. 548-549).

Portanto, a fim de melhor compreender o objeto deste estudo será abordada a estrutura do contrato de trabalho, a sua classificação e o modo pelo qual são extintos do mundo jurídico. Além disso, serão abordados os direitos da gestante dentro do contrato de trabalho.

2.1 Contrato individual de trabalho

O Direito do Trabalho por meio de suas normas protetoras visa reduzir as desigualdades existentes entre o capital e o trabalho, privilegiando aqueles que são hipossuficientes. Tais medidas protetivas se destinam, principalmente, àqueles que mantêm uma relação de emprego, fundada no elemento da subordinação.

O contrato pode ser compreendido, no mundo jurídico, como o ato pelo qual as partes celebram um acordo de vontades, estabelecendo entre elas direitos e obrigações. O contrato individual de trabalho, por sua vez, é conceituado como

a relação jurídica de caráter consensual, intuito personae em relação ao empregado, sinalagmático, comutativo, de trato sucessivo, e oneroso pelo 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, contraprestando-a através do salário (CAMINO, 2004, p. 249).

O *caput* do artigo 442 da Consolidação das Leis Trabalhistas define o contrato de trabalho como “acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego”.

Primeiramente, pode-se observar do dispositivo certa redundância, isso porque as expressões acordo e contrato possuem o mesmo significado. Ambas referem-se ao mesmo objetivo, unir os anseios das partes para uma finalidade comum, que pode ser a aquisição, modificação, resguardo ou extinção de direitos (CAMINO, 2004, p. 249). Além disso, o conceito não demonstra quais são os elementos do contrato de trabalho.

No entanto, embora a ambiguidade do dispositivo e tendo em vista a proteção que o Direito do Trabalho visa dar ao trabalhador, o legislador deixou para trás a adoção de um conceito complexo, para dar maior flexibilidade às inúmeras relações de trabalho que surgem no mundo fático (CAMINO, 2004, p. 249).

O contrato de trabalho está atrelado a existência de uma relação de emprego que, para a sua formação, necessita que estejam presentes os requisitos da prestação de serviço, pessoalidade, salário, não eventualidade e, o elemento primordial, a subordinação. Presentes esses requisitos é constituída a relação de emprego entre empregado e empregador.

Empregado e empregador são as partes que formam o contrato de trabalho. Por empregado¹ entende-se a pessoa física que presta serviços de maneira não eventual, sob

¹ Art. 3º da CLT - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

subordinação e tem como retribuição o pagamento de salário. Assim, a subordinação é o elemento essencial, que diferencia o empregado dos demais trabalhadores. É a subordinação, por conseguinte, que diferencia o contrato de trabalho amparado pelas leis celetistas das demais modalidades contratuais.

Em relação ao conceito de empregador há fortes discussões na doutrina acerca da denominação utilizada na Consolidação para defini-lo. Sua previsão está no artigo 2^o da CLT que, para Valentin Carrion (2012, p. 34) a utilização da expressão empresa no referido dispositivo dá a ideia de “pessoa física ou jurídica que contrata, dirige e assalaria o trabalho subordinado”, bem como assume os riscos da atividade, arcando com os lucros e com os prejuízos do empreendimento.

Assim, empregador pode ser tanto a pessoa física ou jurídica, ou entes despersonalizados como o condomínio e a massa falida. Em síntese, aquele que trabalha como empregado, o seu respectivo tomador de serviços será o empregador (VECCHI, 2009, v.1, p. 399).

Portanto, da relação entre empregado e empregador surge um contrato de trabalho, que amparará as partes de acordo com as normas celetistas

Em vista disso, pode-se afirmar que o elemento da subordinação, presente nas relações de emprego, é elemento que o distingue o contrato de trabalho dos demais contratos existentes no mundo jurídico (GOMES; GOTTSCHALK, 2012, p. 127).

Ademais, o objeto ou matéria tutelado pelo contrato de trabalho o qualifica como um contrato especial, diferente dos demais contratos, pois o trabalho é inerente a sobrevivência do homem, não podendo ser comparado a uma mercadoria (NASCIMENTO, 2011, p. 551).

É por ter um objeto diferenciado dos demais contratos existentes no mundo jurídico que, na legislação trabalhista, é controlado pela lei. Isso decorre do caráter protetivo da legislação trabalhista, que visa diminuir as desigualdades entre as partes do contrato, impondo restrições à autonomia da vontade. As normas são impostas às partes e, por meio disso, é que o ramo jus trabalhista conseguiu consolidar o princípio da igualdade (NASCIMENTO, 2011, p. 549).

² Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

§ 1º - Equiparam-se ao empregador, para os efeitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados.

§ 2º - Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.

Dessa forma, o exato conceito de contrato individual de trabalho permite que se possa definir se determinada relação de trabalho está ou não protegida pela Consolidação das Leis do Trabalho para que o trabalhador possa acobertar-se dos direitos trabalhistas nela previstos. Direito do Trabalho para que o trabalhador possa acobertar-se pelos direitos trabalhista nela previstos.

2.1.1 Natureza jurídica

Fazer um estudo sobre a natureza jurídica do contrato de trabalho consiste no objetivo de querer enquadrá-lo em um determinado ramo jurídico, verificando, pois, a sua essência e em que consiste. Há duas correntes que discutem a natureza jurídica dos contratos de trabalho. São elas: a contratualista que defende ser um contrato e a anticontratualista que nega aquela.

A teoria contratualista surgiu, efetivamente, em decorrência das novas relações socioeconômicas advindas da Revolução Industrial, sendo que a essas relações foram aplicados conceitos e soluções do Direito Civil. Aliás, a teoria mais antiga acerca do contrato de trabalho originou-se do direito romano, classificando-o como um *locatio*. O contrato de trabalho era equiparado ao contrato de arrendamento, em razão de que naquela época predominava a escravidão e, como consequência, o homem era considerado uma coisa, logo era pago um aluguel a ele pela sua mão de obra e força dispendida. Disso, surgiram as ideias de ser um contrato de arrendamento (NASCIMENTO, 2011).

Além de considerar a natureza jurídica dos contratos de trabalho advinda do contrato de arrendamento, outras teses surgiram tais como o contrato de trabalho ter origem da compra e venda, ser um contrato de sociedade, uma associação ou, ainda, um contrato de mandato.

Pode-se dizer, que na Idade Média, a mesma concepção de contrato de arrendamento se tinha em relação ao contrato de trabalho. Nesse período, o contrato de trabalho esteve codificado no Código de Napoleão, no capítulo que retratava o contrato de arrendamento, o qual se subdividia em contrato de obras e contrato de serviços (NASCIMENTO, 2011, p. 582).

Percebe-se que como ainda não havia um ramo específico da ciência jurídica para disciplinar as relações trabalhistas, os preceitos de Direito Civil foram sendo utilizados para regular o trabalho prestado pelo homem.

Todos esses entendimentos foram desconstruídos, em razão de que os elementos caracterizadores desses contratos civilistas não se enquadram aos caracteres do contrato de trabalho. Por exemplo, a compra e venda não subsistiu pelo fato de que colocava o trabalho

humano como mercadoria e, atualmente, causa repúdio tal pensamento em virtude dos preceitos da dignidade humana (NASCIMENTO, 2011, p. 584).

Delgado (2010, p. 292) afirma que a falência da teoria contratual tradicional se deu em virtude da tentativa de enquadrar o novo fenômeno que era a relação de emprego naquele momento histórico em espécies de contratos civilistas, cujas teorias já estavam consolidadas.

Críticas a essa teoria surgiram no sentido de que nos contratos de Direito Civil, como compra e venda e o próprio arrendamento, a coisa separa-se do vendedor ou arrendante, enquanto que, nos contratos de trabalho, a força é inerente ao homem e não há como separá-la, o que se separa é o resultado, os efeitos dessa mão de obra empregada. Além disso, nos contratos em geral, o que é transferido integra o patrimônio de alguém, já no contrato de trabalho, a força física e o intelecto não pertencem ao patrimônio da pessoa, ao contrário, são a ele inerentes (NASCIMENTO, 2011, p. 583).

Na fase atual, Carnelluti (apud NASCIMENTO, 2011, p. 586) manifestou-se no sentido de que o objeto do contrato de trabalho não é a força disposta pelo empregado para o empregador, mas sim, o próprio trabalhador, como sujeito de direitos e obrigações, deixando para trás as ideias civilistas antigas da locação e do arrendamento, para que o contrato de trabalho seja classificado, pelos doutrinadores, como um contrato de natureza especial, *sui generis* (Grifo nosso).

Assim, na fase moderna a ideia de contrato de trabalho se desvinculou do Direito Civil, tendo em vista a assimetria entre os dois institutos, pois o ramo civilista regula de modo geral as relações entre os homens e as coisas (*res*), enquanto que o Direito do Trabalho regula um valor fundamental do homem, que é o meio de sua sobrevivência e a garantia de uma vida digna (Grifo nosso).

No entanto, o contrato de trabalho em um ponto se assemelha com os contratos civilistas, a vontade como requisito basilar para a formação do contrato laboral.

Ela significa a liberdade e esta, por consequência, separa o que é relação de emprego e o trabalho escravo. Contudo, mesmo que a vontade seja essencial à formação e a sua obrigação seja a prestação de um serviço, o contrato de trabalho não se enquadra nos modelos civilistas, em virtude da peculiaridade dos demais elementos formadores que são a pessoalidade, subordinação, não eventualidade, onerosidade (DELGADO, 2010, p. 294).

Assim, para a teoria contratualista, a manifestação de vontade exteriorizada pelas partes pressupõem a formação do vínculo contratual entre elas.

No sentido contrário à teoria contratualista, está a anticontratualista, a qual nega a existência de um contrato entre empregado e empregador e desvincula a relação jurídica

trabalhista dos moldes do Direito Civil. Inspirada por juristas que se associaram as modificações do pensamento humano decorrentes do liberalismo filosófico e das transformações ocasionadas pela Revolução Industrial do século XVIII, tem como fonte o intervencionismo estatal na condenação da economia liberal e suas formas de ver o trabalho como mercadoria. Teve origem, principalmente, na Alemanha e França (NASCIMENTO, 2011, p. 595).

As manifestações da teoria anticontratalista se ramificam em dois grupos, a teoria da relação de trabalho e o institucionalismo.

Os seguidores da teoria da relação de trabalho (também chamada de teoria estatutária), na maioria franceses, tornam prescindível a manifestação de vontade das partes para a formação e desenvolvimento do contrato de trabalho. Para esta corrente, basta que o empregado comece a prestar seus serviços, independentemente de qualquer manifestação de vontade e estará configurada a relação de trabalho (NASCIMENTO, 2011, p. 596 e 598). O trabalhador é submetido a uma espécie de estatuto, no qual estão dispostas todas as regras e regulamentos da empresa, bem como as condições de trabalho. Cabe ao empregador amparado no seu poder diretivo conduzir a prestação de serviço do empregado (MARTINS, 2014, p. 100).

O institucionalismo, por sua vez, defende que a empresa é uma instituição, que reúne empregado e empregador, surgindo uma relação entre indivíduo e estado social. Dessa forma, o empregado se submete a regras previamente elaboradas através das convenções coletivas e regulamentos das empresas (NASCIMENTO, 2011, p. 600).

A teoria do institucionalismo entende que a empresa visa atingir uma finalidade em comum do empregado e empregador, mas que possui como regra a hierarquia regida por um estatuto e não por um contrato entre as partes. Nesse estatuto estão previstas as condições de trabalho, condicionadas a hierarquia e o poder disciplinar do empregador, não cabendo ao trabalhador a possibilidade de discussão acerca das cláusulas do contrato de trabalho (MARTINS, 2014, p. 99).

Pode-se encontrar referência da teoria da instituição na CLT em seu artigo 2º, quando menciona que “o empregador é empresa, quando, na verdade, o empregador é a pessoa física ou jurídica”. Além disso, está presente nos artigos 10 e 448 da referida legislação, nas hipóteses de mudança do empregador sem que nada altere os direitos adquiridos dos empregados ou seus contratos de trabalho, isso porque a empresa é o próprio empregador (MARTINS, 2014, p. 100).

A teoria anticontratalista em suas duas correntes defende a irrelevância da vontade das partes para a formação da relação trabalhista, enaltecendo o poder do empregador sob o trabalhador em virtude da imposição das condições de trabalho de forma inflexível, as quais não podem ser negociadas.

Embora a teoria anticontratalista tente desfazer a tese da teoria contratualista, a maioria da doutrina, hoje, considera que a relação entre empregado e empregador é contratual, pois depende da vontade das partes para sua formação. Não obstante a isso, há forte intervenção do Estado, em virtude de que as leis trabalhistas aplicam-se automaticamente aos contratos de trabalho, vindo a restringir a autonomia da vontade das partes (MARTINS, 2014, p. 102).

Dessa forma, tem-se que a teoria anticontratalista não prospera ao defender que a relação de trabalho se dá independente da manifestação de vontade, pois não há como obrigar alguém a trabalhar para determinado empregador sem que haja sua concordância.

De igual modo, não se pode afirmar que o empregador está obrigado a contratar alguém pelo simples fato do trabalhador lhe prestar serviço sem o seu consentimento ou autorização. Logo, a manifestação de vontade tanto do empregador como do empregado faz com que a relação de trabalho surja e seja de natureza contratual.

2.1.3 Características do contrato individual de trabalho

Como todo contrato, o contrato de trabalho possui determinadas características essenciais a sua formação e estrutura. Trata-se de um contrato de direito privado, consensual, sinalagmático e celebrado *intuito personae* com o empregado. É, ainda, contrato de trato sucessivo, oneroso e possibilita a acessoriedade de outros contratos.

Atualmente, a posição adotada pela doutrina é de que o contrato de trabalho seja do ramo do Direito Privado, não obstante no passado houvesse quem defendesse pertencer ao ramo justralhista. Essa característica privada decorre da pactuação existente entre as partes e da relação jurídica por ele estabelecida. Mesmo que as normas trabalhistas sejam de aplicação imperativa, o que dá a ideia de se transformar em contrato do ramo do Direito Público, é por meio das normas trabalhistas que as partes colocam-se em situação de paridade jurídica, divergindo, assim, das relações de Direito Público, nas quais prepondera o interesse público sobre o particular (DELGADO, 2010, p. 471).

Entende-se por sinalagmático o contrato de trabalho que estabelece obrigações recíprocas para as partes. No caso, o empregado deve prestar trabalho ao empregador, enquanto este é obrigado a lhe pagar o salário. As partes ficam credoras e devedoras uma da outra e uma prestação serve de causa para outra (VECCHI, 2009, v.1, p. 473). Essa reciprocidade de obrigações enseja o equilíbrio contratual.

Deve-se ponderar que a sinalagmaticidade é compreendida sob toda a óptica do contrato de trabalho e não apenas em relação as suas obrigações, pois, caso contrário, ao se falar em

interrupção do contrato de trabalho, quando o empregado não presta serviço, mas continua recebendo seu salário eliminaria a característica (DELGADO, 2010, P. 472).

A consensualidade, prevista no artigo 443 da CLT, compreende-se pela dispensa de um contrato formal e solene estabelecido pelas partes na relação empregatícia, ou seja, o contrato de trabalho é informal, podendo ser realizado de maneira tácita ou expressa (DELGADO, 2010, p. 472). Basta que numa determinada relação o prestador de serviço e o tomador se comportem como empregado e empregador, respectivamente, para que esteja configurado o contrato de trabalho (CAMINO, 2004, p. 251).

Todavia, os contratos de atletas profissionais de futebol e artistas profissionais, por previsão legal, exigem formalidade (DELGADO, 2010, p. 472). A exigência da forma, no entanto, se torna legítima quando por ela puder se dar maior proteção à relação de emprego, a fim de materializar o princípio da proteção (VECCHI, 2009, v.1, p. 474).

A celebração do contrato de trabalho deve ser *intuito personae* em relação apenas ao empregado. Este não pode ser alterado da relação jurídica, sob pena de extinção do contrato, uma vez que presta seus serviços de forma pessoal (DELGADO, 2010, p. 472). Nas palavras de Nascimento (2011, p. 547) "a pessoalidade pode ser compreendida como a intransferibilidade ou infungibilidade". Já em relação ao empregador, prevalece a impessoalidade, uma vez que a legislação autoriza a sucessão do empregador sem que haja a extinção do contrato de trabalho (DELGADO, 2010, p. 472).

A pessoalidade é um dos elementos que qualificam o empregado como tal, uma vez que o empregador o contrata para prestar serviço em virtude das suas qualidades técnicas, profissionais e pessoais, únicas em cada ser humano. Logo, não há como no curso do contrato de trabalho ser alterado o prestador de serviço sem que esse contrato não seja desconstituído, por eliminar um dos requisitos do contrato trabalhista.

Os contratos de trabalho caracterizam-se, ainda, por serem de trato sucessivo, isto é, não é um contrato instantâneo, mas perdura no tempo à medida em que suas prestações (trabalho e salário) são executadas. Logo, não é um contrato de uma única prestação (MARTINS, 2014, p. 109).

Essa característica está ligada ao princípio da continuidade da relação de emprego, o qual pressupõe a conservação do contrato trabalhista ao longo do tempo.

Além disso, é um contrato de atividade que tem como uma de suas obrigações principais uma obrigação de fazer, a qual é cumprida ininterruptamente no tempo (DELGADO, 2010, p. 473).

A onerosidade consiste na qualidade em que cada uma das partes contribui com obrigações economicamente mensuráveis. Cada parte possui perdas e ganhos na relação de emprego, fazendo-se assim, pela troca da prestação do trabalho do empregado, enquanto que o empregador paga àquele uma contraprestação, o salário (DELGADO, 2010, p. 473). Semelhante a isso, Nascimento (2011, p. 548) acrescenta que os contratos de trabalho devem possuir a característica da profissionalidade pela qual são afastados todos os serviços gratuitos ou prestados com finalidades não profissionais.

Característica importante e independente de ajuste entre as partes é a alteridade. Com ela o empregado fica desobrigado de quaisquer riscos decorrentes da prestação do serviço, bem como do seu resultado, além dos riscos do próprio empreendimento empresarial, que recaem sobre a figura do adquirente de tais serviços, o empregador (DELGADO, 2010).

Essa característica é um dos elementos definidores da figura do empregador, que está previsto no artigo 2º da CLT, quando refere que os riscos do empreendimento serão por ele suportados.

O contrato de trabalho é um contrato complexo, o qual admite que outros contratos sejam acessórios a ele. Os contratos acessórios, assim, sofrem todos os efeitos do contrato empregatício (VECCHI, 2009, v. 1, p. 477).

Pode-se acrescentar a esse rol de características a subordinação. Ela se qualifica como a obediência às ordens devida pelo empregado ao empregador, sendo que este, por sua vez, comanda o trabalho e remunera o empregado (VECCHI, 2009, v.1, p. 479).

É a subordinação que faz a distinção entre os contratos de emprego e as demais possibilidades de contrato de trabalho existentes.

Por fim, é caracterizado por ser um contrato de adesão, em que o empregado se submete às condições impostas pelo empregador, observadas as leis vigentes. Vale lembrar, que o empregador também se submete aos preceitos das leis e das normas coletivas. Mas, embora isso, em virtude do empregador deter o capital, no espaço que lhe sobra para ditar suas regras, cabe ao empregado aceitá-las (VECCHI, 2009, v. 1, p. 478).

A maioria das características aqui citadas também são encontradas nas teorias do Direito Civil que explicam os contratos em geral. Esse fato, de igual forma, corrobora com natureza jurídica contratual dos contratos de trabalho, aliada a manifestação de vontade para que o vínculo surja dentro do ordenamento jurídico.

2.1.4 Elementos

A doutrina elenca elementos que são essenciais à validade dos contratos de trabalho. Tais elementos são originários da doutrina civilista e que, por força do artigo 8º da CLT, são utilizados na legislação trabalhista. O contrato de trabalho para ser válido é necessário que apresente todos os elementos essenciais a sua formação, como capacidade das partes; objeto lícito, possível, determinado e determinável; forma prescrita ou não defesa em lei.

Em relação à capacidade das partes, o Direito do Trabalho difere do Direito Civil quanto à possibilidade de nulidade de um contrato em razão da incapacidade de uma delas, isso porque o escopo trabalhista é proteger o trabalhador. Assim, é proibido o trabalho do menor de 16 anos, consoante prescrição do artigo 7º, inciso XXXIII, da Carta Magna, excetuando o contrato de aprendizagem, no qual é autorizado o trabalho a partir dos 14 anos de idade (CAMINO, 2004, p. 260-266).

O objeto do contrato de trabalho deve ser lícito, ou seja, aquilo que não está proibido dentro do ordenamento. Caso seja ilícito o objeto, o contrato não gerará nenhum efeito, será totalmente nulo (CAMINO, 2004, p. 267). Contudo, o contrato de trabalho que infringir normas as quais proíbem o trabalho em determinadas condições, produzirão, mesmo assim, seus efeitos, tendo em vista a proteção do trabalhador (VECCHI, 2009, p. 491). Pode-se citar, nesse caso, o trabalho do menor em condições insalubres, o que é vedado em lei, mas que, para efeitos de direitos trabalhistas serão garantidos, se porventura vier a ser realizado.

O contrato de trabalho prescinde de forma, pois o próprio comportamento tácito do empregado como do empregador enseja um contrato de trabalho entre eles. Logo, qualquer meio idôneo é capaz de comprovar o contrato de trabalho, diante do previsto no artigo 456 da CLT (CAMINO, 2004, p. 267-271).

No entanto, algumas formalidades são determinadas pela lei a fim de comprovar a vontade manifestada pelo empregado e visando sempre protegê-lo, nunca para desampará-lo. O descumprimento das formalidades implicará na criação de um contrato legal com o mínimo de direitos e mais benéfico ao empregado (CAMINO, 2004, p. 267-271).

Acrescenta Vecchi (2009, v.1, p. 490) o elemento da legitimação pelo qual é aferida a real possibilidade de celebração de um contrato de trabalho válido em razão de circunstâncias peculiares que envolvam o objeto e certas pessoas. Como exemplo, o autor cita o dispositivo 390 da CLT que veda o trabalho que necessite de força muscular excessiva às mulheres.

Dessa forma, por meio desse elemento, a parte deve estar possibilitada para realizar determinado contrato de trabalho, sob pena de nulidade.

Pode-se destacar, ainda, a presença de elementos acidentais nos contratos de trabalho. Eles decorrem do ajuste entre as partes e produzem seus efeitos no plano da eficácia. A pactuação entre as partes pode se dar de forma verbal ou escrita, mas é incompatível com o acordo tácito entre elas. O descumprimento de cláusulas acidentais ensejam, apenas, a alteração dos efeitos jurídicos pretendidos pelo contrato de trabalho (CAMINO, 2004, p. 283). Um exemplo de elemento acidental é o ajuste de termo final do contrato de trabalho, os chamados contratos a termo.

Verifica-se, pois, à exceção dos trabalhos tidos por ilícitos, os quais infringem a ordem constitucional, que os efeitos da infringência dos demais elementos do contrato laboral são relativizados, uma vez que o interesse do ramo trabalhista é a proteção do empregado e não o rigoroso cumprimento de formalidades.

2.2 Classificação quanto à duração do contrato de trabalho

Os contratos de trabalho se distinguem dos demais pactos por regerem as relações de emprego. Estas, se distinguem das demais em decorrência da presença da subordinação. Como já visto, a subordinação é a submissão do trabalhador ao seu empregador, tendo em vista que a esse lhe é conferido o poder diretivo da relação empregatícia.

Assim, das relações de emprego surgem os contratos de trabalho, o qual é o meio eficaz de proteção aos direitos do trabalhador e, de maneira mais restrita, do empregador.

A regra do contrato de trabalho é sua manutenção no tempo em decorrência da proteção conferida pelo princípio da continuidade da relação de emprego. Inúmeros motivos fundamentam essa proteção, dentre eles, o maior benefício gerado ao obreiro se comparado ao contrato com duração pré-determinada no tempo. Assim, a pactuação do contrato de trabalho em relação a sua duração pode ser por prazo indeterminado, ou, em casos mais específicos, por prazo determinado, os chamados contratos de trabalho a termo.

A distinção das duas modalidades de contrato trabalhista se faz de suma importância para a doutrina, pois as mesmas regras jurídicas, em determinadas situações, não são aplicadas às duas, notadamente nos efeitos advindos da rescisão unilateral do contrato (GOMES; GOTTSCHALK, 2012, p. 188).

Além disso, os contratos com prazo determinado e indeterminado sofrem efeitos diversos em relação às garantias de emprego, de forma que nos contratos com prazo indeterminado as garantias geram seus efeitos integralmente, enquanto que nos contratos a

termo por possuírem seu término já pré-estabelecido os efeitos da garantia não incidem de maneira absoluta.

2.2.1 Contratos a prazo indeterminado

Os contratos a prazo indeterminado constituem a regra no Direito do Trabalho, sendo, portanto, a efetividade do princípio da continuidade da relação de emprego, o qual visa proteger a relação empregatícia contra rupturas inesperadas e indesejadas. Como já destacado oportunamente, esse princípio busca dignificar o trabalhador através de um emprego duradouro, sem sobressaltos, para que possa firmar-se no meio social em que vive.

Pode-se destacar, que em um dos fundamentos do princípio da continuidade é impor certa resistência a manifestação de vontade do empregador quanto à extinção do contrato de trabalho (PLÁ RODRIGUEZ, 2000).

Dessa forma, o contrato com prazo indeterminado é aquele “cuja duração temporal não tenha prefixado termo extintivo, mantendo sua duração indefinida ao longo do tempo” (DELGADO, 2010, p. 496)

Aliás, a regra da indeterminação dos contratos pode ser extraída dos preceitos do artigo 7º, inciso I, da Constituição Federal, pois, como leciona Vecchi (2009, v.1, p. 502) essa modalidade é a que mais promove e preserva os direitos dos trabalhadores, cabendo a ela preferência sobre as demais formas de pactuação.

A súmula 212 do TST, já mencionada anteriormente, preceitua acerca da presunção jurídica de que toda contratação empregatícia seja realizada por contrato com prazo indeterminado (DELGADO, 2010, p. 496). Assim, nada mencionado as partes sobre a duração do contrato, será ele presumido com prazo indeterminado.

E quanto à extinção, deverá a parte interessada manifestar sua vontade para a rescisão, denunciando o contrato, caso contrário, perdurará no tempo (GOMES; GOTTSCHALK, 2012, p. 189).

Percebe-se que todo contrato de trabalho presume-se ajustado de forma indeterminada. Apenas será considerada válida uma contratação a termo quando manifestada expressamente pelas partes, em razão do que busca proteger o princípio da continuidade da relação de emprego.

Essa presunção de indeterminação visa efetivar, também, o princípio da norma mais favorável, pois a duração no tempo faz com que o trabalhador potencialize a aquisição de direitos trabalhistas e, de igual forma, incentiva o empregador a investir naquele empregado que está há tanto tempo lhe prestando serviços. Ademais, a duração indeterminada garante aos

trabalhadores um número maior de direitos rescisórios quando cessado o contrato de trabalho (DELGADO, 2010, p. 497).

Assim, como a indeterminação do prazo do contrato trabalhista garante inúmeros benefícios aos trabalhadores é possível afirmar que, de forma menos expressiva mas ainda relevante, mostra-se favorável também ao empregador, pois a este gera a confiança de que poderá investir em cursos e promoções para o trabalhador, retornando todo o investimento realizado na prestação do serviço de forma mais eficiente.

A indeterminação do prazo contratual se coaduna, ainda, ao princípio da liberdade e da autonomia individual, isso porque cabe a parte avaliar os motivos de conveniência para que a relação de emprego continue (GOMES E GOTTSCHALK, 2012, p. 188).

Nos contratos com prazo indeterminado, podem ser destacados três grandes efeitos diferenciados dos contratos laborais pactuados com prazo determinado.

O primeiro efeito diz respeito aos institutos da suspensão e interrupção. Quando, qualquer um desses fatores sobrevier ao contrato de trabalho, este será mantido, inviabilizando a dispensa do obreiro pelo empregador (DELGADO, 2010, p. 497).

Além disso, sobre o contrato com prazo indeterminado incidem as garantias de emprego como da gestante, cipeiro, dirigente sindical, acidentado, dentre outros. Essas garantias impedem a ruptura do contrato de trabalho até o transcurso da respectiva garantia (DELGADO, 2010, p. 497).

O último efeito incidente sobre os contratos são as verbas rescisórias específicas para essa modalidade, as quais são mais favoráveis aos trabalhadores. Pode-se citar o aviso prévio, que amplia a duração do contrato por mais trintas dias, bem como a multa de 40% incidente sobre o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) recolhido durante o período contratual, de acordo com Lei nº 8.036/90, dentre outras verbas de casos específicos (DELGADO, 2010, p. 498).

Deve-se destacar que as verbas rescisórias são mais expressivas no contrato com prazo indeterminado, em razão de que a sua própria essência é a duração indefinida no tempo, gerando a certeza de uma relação duradoura para o trabalhador.

Assim, ocorrendo a rescisão do contrato de trabalho de forma inesperada pelo empregado, esse se vê privado do meio de subsistência, justificando o maior número de verbas rescisórias, pois a ruptura contratual infringe o princípio da continuidade da relação de emprego.

2.2.2 Contratos por tempo determinado

Nos contratos trabalhistas vige a regra da indeterminação do prazo para sua extinção. Apenas com a denúncia de uma partes é que se dá a rescisão contratual, em decorrência do princípio trabalhista da continuidade da relação de emprego.

Por outro lado, há no ordenamento jurídico, em caráter de exceção, os chamados contratos com prazo determinado, também denominados por contratos a termo, que são aqueles em que o prazo para sua extinção é estipulado no momento da contratação, ou seja, as partes têm conhecimento da data do término da relação jurídica estabelecida.

A fixação do prazo para sua extinção decorre de determinadas situações em que é inviável a manutenção do contrato por tempo indefinido seja pela atividade econômica desenvolvida pelo empregador, seja pela limitação ou sazonalidade dessa atividade (CAMINO, 2004, p. 286).

Contudo, por ser uma exceção ao princípio da continuidade da relação de emprego, o legislador tratou de disciplinar de forma minuciosa as hipóteses de cabimento dos contrato com prazo certo.

Na redação original da CLT, promulgada em 1943, no parágrafo único do artigo 443 havia a previsão do contrato de trabalho ser estipulado com prazo determinado. Todavia, a redação da norma restou extremamente vaga, prescrevendo que “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”. Tamanha vagueza do dispositivo abriu possibilidade para fraude aos contratos, principalmente no ramo da construção civil, negando, portanto, o princípio da continuidade (CAMINO, 2004, p. 287).

O advento da Lei nº 2.959, editada em 17 de novembro de 1956, foi resultado da preocupação do legislador em proteger os direitos dos trabalhadores, disciplinando uma espécie de contrato por prazo determinado chamado de contrato por obra certa. Nesse contrato, o trabalhador era contemplado com uma indenização sempre que o contrato se prolongasse por mais de doze meses. A indenização consistia em 30% do valor previsto no artigo 478 da CLT - hoje revogado (CAMINO, 2004, p. 288).

A atual redação do artigo 443, §2º, da CLT, modificada pelo Decreto-Lei nº 229/67, que disciplina os contratos com prazo certo, é expressa ao determinar o caráter excepcional dessa modalidade de contrato, elencando situações autorizativas específicas e determinadas (CAMINO, 2004, p. 288).

Dispõe o §2º do referido artigo que “O contrato por prazo determinado só será válido em se tratando: a) de serviço cuja natureza ou transitoriedade justifique a predeterminação do prazo; b) de atividades empresariais de caráter transitório; c) de contrato de experiência”.

É necessário que as situações autorizativas para a contratação do trabalhador estejam expressamente previstas na legislação. Dessa forma, importante delimitar cada um dos incisos.

Com relação à transitoriedade do serviço, esta deve ser compreendida não por ser a atividade econômica desenvolvida pela empresa de forma temporária, mas sim, os serviços que por ela serão prestados. É o caso, por exemplo, da contratação de um empregado por determinado período em virtude do aumento do serviço (MARTINS, 2014, p. 120).

Já em relação a natureza do serviço, este não deve ser o próprio fim da empresa, mas uma necessidade temporária da prestação de um serviço, como contratar um especialista para realizar uma pintura (VECCHI, 2009, v.1, p. 510).

Assim, a necessidade do serviço ser prestado apenas de forma temporária justifica a contratação por prazo determinado. De outra forma, a transitoriedade do serviço pode ser aferida em relação à atividade da empresa contratante, visto não ser a atividade fim desenvolvida pelo empreendimento ou por quem dele necessita.

As atividades empresariais de caráter transitório, por sua vez, referem-se propriamente às atividades desenvolvidas pela empresa, como no caso de uma empresa ser criada apenas para atender oportunidades de mercado que surgem em épocas do ano determinadas (MARTINS, 2014, p. 120).

A última hipótese de contratação mediante termo certo são os contratos de experiência. Eles estão previstos no ordenamento jurídico desde o Decreto-Lei nº 229 de 1967, e são largamente utilizados em qualquer modalidade de prestação de serviço ou atividade empresarial, em decorrência de que não há na legislação hipóteses específicas para sua contratação. A lacuna deixada na lei não é mero descuido do legislador, mas se mostra na maioria dos casos essencial à relação de emprego, pois é uma oportunidade que tem o empregador de analisar a qualificação profissional do empregado, que em contrapartida, poderá analisar se o ambiente de trabalho lhe é favorável, bem como avaliar a capacidade financeira da empresa (DELGADO, 2010, p. 502).

Há uma reciprocidade na troca de experiências, o empregador tem a possibilidade de avaliar o empregado não só por meio de currículo e o empregado pode verificar quais são as atividades que irá desenvolver e a adaptação em relação aos colegas e as normas da empresa.

Deve-se ressaltar que o contrato de experiência não se confunde com o período de experiência determinado no artigo 478 da CLT, que não encontra mais eficácia desde 1967

quando da implementação do FGTS. Esse dispositivo determinava que se o contrato de trabalho terminasse no primeiro ano, nada seria devido ao empregado a título de indenização, referindo-se a multa do artigo 477 da mesma legislação (DELGADO, 2010, p. 521).

Por outro lado, há doutrinadores que afirmam ser o contrato de experiência ou uma cláusula resolutiva³ ou uma cláusula suspensiva⁴ do contrato de trabalho. Todavia, é entendimento dominante de que o contrato de experiência é um contrato que não possui unidade jurídica com o contrato indeterminado que vier a ser firmado pelas partes posteriormente. Cada qual gera seus efeitos, não havendo um liame de continuidade, exceto para a contagem de tempo para os efeitos legais (NASCIMENTO, 2011, p. 885).

Assim, extinto o contrato de experiência esse gerará seus efeitos conforme o pactuado pelas partes e, se o resultado da experiência for positivo, por manifestação do empregador e a concordância do empregado poderão firmar um novo contrato de trabalho com prazo indeterminado.

Para que um contrato com prazo determinado seja considerado válido é necessário que preencha uma das hipóteses elencadas no artigo 443 da CLT, uma vez que o legislador é enfático ao referir que a validade do contrato depende do cumprimento das disposições, pois são consideradas cláusulas acidentais dos contratos a termo (CAMINO, 2004, p. 289). Ou seja, são condições que para vigorarem precisam estar expressamente entabuladas entre as partes.

Desse modo, a jurisprudência é uníssona no sentido de que não é possível o ajuste de um contrato de experiência de maneira tácita, deverá ser celebrado na forma escrita para que o termo final possa ser facilmente verificado, já que tal modalidade contratual não é em razão do serviço, mas sim, para aferição subjetiva das partes em relação ao contrato de trabalho (DELGADO, 2010, p. 518).

Vecchi (2009, v.1, p. 507) alerta sobre a necessidade de disposição na CLT para que a celebração do contrato de trabalho a termo seja realizada por forma escrita, considerando o princípio da proteção, para salvaguardar os direitos dos trabalhadores, a fim de que a prova esteja documentada.

No princípio, pela redação originária do artigo 445 da Consolidação das Leis do Trabalho, os contratos com prazo determinado poderiam ter sua duração de 04 anos, visto que

³ Para Vecchi (2009, v.1, p. 512) o contrato de experiência é uma cláusula resolutiva, porque se as partes manifestarem interesse positivo na continuidade da relação de emprego, o contrato permanece vigendo de forma indeterminada, mas a cláusula de experiência é resolvida. Dessa forma, o contrato de experiência caracteriza-se como uma cláusula do contrato por prazo indeterminado.

⁴ Sendo o contrato de experiência exitoso ocorre com uma avaliação positiva, o contrato torna-se definitivo, retroativamente à data da admissão (CAMINO, 2004, p. 292).

mesmo celebrado com prazo máximo poderia ser prorrogado por uma única vez. Tal entendimento era sedimentado pela súmula 195 do TST que referia “contrato de trabalho para obra certa, ou de prazo determinado, transforma-se em contrato de prazo indeterminado, quando prorrogado por mais de quatro anos” (MARTINS, 2014, p. 123). Na atual redação celetista, o legislador estabeleceu um prazo limite de dois anos para a duração dos contratos com prazo determinado e de 90 dias para os contratos de experiência.

Com prazo máximo de duração estabelecido para contratação, a fim de manter o caráter excepcional dos contratos a termo, há mais uma exceção prevista no artigo 451⁵ da CLT, que estabelece que o contrato de trabalho apenas poderá ser prorrogado por uma única vez. Desta prorrogação, deverá ser respeitado o prazo máximo para cada modalidade contratual (contrato de experiência e demais contratos com prazo determinado). Caso descumprido o prazo máximo estabelecido, o contrato passará a vigorar com prazo indeterminado (VECCHI, 2009, v.1, p. 514).

A transformação do contrato a termo em contrato indeterminado decorre de imperativo legal e atende ao princípio da continuidade da relação de emprego.

Para o contrato de experiência, além das disposições celetistas, o Tribunal Superior do Trabalho por meio da súmula nº 188, disciplinou a prorrogação do contrato, estabelecendo que “o contrato de experiência pode ser prorrogado, respeitado o limite máximo de 90 (noventa) dias.”

Ressalta-se, que a prorrogação deve estar pactuada pelas partes no contrato originário, pois, em caso negativo, deverá ser realizada uma manifestação expressa das partes por meio de um anexo contratual (DELGADO, 2010, p. 505).

Além disso, inexistente na Consolidação das Leis do Trabalho dispositivo o qual refira que a prorrogação deverá ser pelo mesmo prazo da contratação inicial (MARTINS, 2014, p. 128). Portanto, poderá se pactuar um período inicial de 30 dias prorrogáveis por mais 60 – no caso de contrato de experiência -, sempre respeitando o limite máximo.

Ademais, segundo o que dispõe o artigo 452 da CLT quando um contrato com prazo determinado for sucedido por outro da mesma modalidade em um lapso inferior a seis meses será considerado contrato por prazo indeterminado, exceto se a extinção do primeiro decorreu da cessação do serviço ou de outra causa (VECCHI, 2009, v.1, p. 515). Tal disposição foi incorporada ao regramento celetista por meio de construção jurisprudencial com o escopo de

⁵ Art. 451 - O contrato de trabalho por prazo determinado que, tácita ou expressamente, for prorrogado mais de uma vez passará a vigorar sem determinação de prazo.

proteger o trabalhador contra a fraude na ruptura contratual e repactuação sucessiva em exíguo lapso temporal (DELGADO, 2010, p. 505).

Quanto às garantias de emprego, mais conhecidas no cenário jurídico como estabilidades, ressalta Mauricio Godinho Delgado (2009, p. 503) que a

prefixação de um termo final ao contrato, em hipóteses legalmente já restringidas, torna incompatível o posterior acoplamento de uma consequência legal típica de contratos de duração incerta - e que teria o condão de indeterminar o contrato alargando o lapso contratual por período múltiplas vezes mais amplo do que curto período licitamente pactuado.

Importante mencionar novamente sobre o caráter excepcional dessa modalidade de contrato em que o desrespeito às regras de pactuação, prorrogação, temporalidade ou sucessividade faz com que o contrato que era a termo, transforme-se com prazo indeterminado. A transformação ocorre de forma automática e imperativa atendendo aos comandos da lei (DELGADO, 2010, p. 506).

São exemplos de contratos de trabalho com prazo determinado o contrato de safra previsto no parágrafo único do artigo 14 da Lei nº 5. 889/73, do atleta profissional previsto no artigo 30 da Lei nº 9615/98, de técnico estrangeiro disposto no Decreto-lei nº 691/69, contrato de obra certa com previsão na Lei nº 2.959/56, de aprendizagem previsto no artigo 428 da CLT e na Lei nº 9.601/98 e o contrato temporário⁶ previsto na Lei nº 6.019/74.

Pode-se destacar outra modalidade de contrato com prazo determinado criada por meio da Lei nº 9.601/98. Esse modelo contratual foi criado com o objetivo de aumentar a mão de obra, estimulando a criação de empregos. Apesar disso, muitas críticas surgiram alegando que se trata de uma modalidade contratual de cunho inconstitucional, em decorrência da flexibilização de muitos direitos trabalhistas. Dentre outras restrições aos direitos dos trabalhadores, essa modalidade de contrato a prazo determinado pode ser pactuada pelas partes independente das disposições restritivas da CLT, previstas no artigo 443, §2º. Foram excluídas, ainda, as normas previstas nos artigos 479, 480, 451 da CLT. Além disso, as garantias provisórias de emprego perduram apenas enquanto vigente o contrato de trabalho (VECCHI, 2009, v.1, p. 519).

⁶ De acordo com a lei que os disciplina, os contratos temporários são celebrados para atender à necessidade transitória de substituição de pessoal regular e permanente ou à acréscimo extraordinário de serviços, cujo prazo máximo de contratação é de três meses, que pode ser prorrogado desde que haja autorizado pelo órgão local do Ministério do Trabalho e Previdência Social.

Logo, os contratos a termo são a exceção do contrato de trabalho, isso porque o princípio da continuidade da relação de emprego presume que todo o ajuste laboral entre as partes seja celebrado de forma indeterminada no tempo.

Assim, em face do caráter exceptivo, as possibilidades de pactuação são restritas na lei e se justificam pela inviabilidade de contratação por prazo indeterminado, possuindo regras de execução expressamente elencadas na lei que, se descumpridas, transformam o contrato a termo em prazo indeterminado.

2.3 Formas de extinção da relação de emprego

Nem sempre é possível que a relação de emprego perdure ao longo da vida do trabalhador, tampouco isso seja propício à empresa, seja pela insatisfação desta ou pela busca de melhores oportunidades daquele. Em razão disso, é plenamente possível ao empregado e ao empregador manifestar sua vontade para denunciar a relação contratual. Assim, várias são as modalidades de extinção da relação contratual, as quais serão objeto deste tópico.

O fim da relação contratual pode ser dado por “diversas causas, desde aquelas oriundas da iniciativa unilateral ou convergente dos sujeitos contratantes àquelas totalmente estranhas ou até contrárias à vontade de ambos” (CAMINO, 2004, p. 457).

Para os contratos ditos indeterminados a sua extinção pode acontecer pela ocorrência de um ato ou fato jurídico que lhes interrompa seus efeitos, enquanto nos contratos a termo a extinção decorre da própria natureza do contrato, em razão do advento do termo final (VECCHI, 2010, v.2, p. 257).

O uso da palavra rescisão pelo legislador para referir a extinção contratual causa divergência na doutrina que discute as possibilidades de designação do fenômeno como terminação, dissolução ou cessação. Entretanto, todas explicam o mesmo evento.

No título IV, do capítulo V da CLT, nos artigos 477 a 486 estão dispostas as regras acerca da extinção do contrato de trabalho. Assim, em nosso ordenamento jurídico, há quatro tipos clássicos de extinção contratual trabalhista. Para cada tipo existem efeitos específicos, de modo que serão abordados de forma singela, a fim de não desvirtuar o tema principal.

2.3.1 Contratos de trabalho a prazo indeterminado

Uma das características dos contratos de trabalho é ser de trato sucessivo, no qual os contratos perduram no tempo, não se exaurindo pelo cumprimento de uma obrigação apenas. No entanto, nem sempre é possível que o cumprimento natural das obrigações decorrentes do contrato possa subsistir. Assim como tudo, os contratos de trabalho também possuem um fim.

A modalidade de contrato com prazo indeterminado não possui um prazo para seu término. A relação de trabalho perdurará até que uma das partes denuncie o contrato ou até que sobrevenha motivo de força maior.

Como já mencionado acima, existem quatro modalidades de extinção do contrato de trabalho. São elas: caducidade, resolução, resilição e rescisão.

Um contrato pode se extinguir por um evento estranho às partes, sem que a manifestação para o término da relação advenha delas, denominando-se por caducidade. “São causas de caducidade aquelas que fazem com que o contrato perca suas forças, deixe de ter valor prático” (VECCHI, 2010, v.2, p. 258).

Nesse tocante, pode-se afirmar que o advento do termo do contrato de trabalho com prazo determinado implica em caducidade do mesmo, pois as partes não manifestam a vontade para extingui-lo, a sua cessação se dará por um evento independente da vontade delas.

A resolução é outro modo de extinção da relação de emprego que se dá, via de regra, por sentença judicial que desconstitui a relação empregatícia (VECCHI, 2010, v.2, p. 258). Ela decorre da “inexecução por parte de um dos contratantes, por sua culpa, ou não” de algum dos deveres oriundos do contrato de trabalho (MARTINS, 2014, p. 398).

Quando o empregador dá justa causa para o término da relação de emprego, praticando atos ou omissões dispostos no artigo 483 da CLT, o empregado por lhe faltar o poder diretivo e punitivo da relação de emprego, poder esse que pertence ao empregador, deverá ingressar com reclamatória trabalhista para buscar a rescisão indireta do contrato de trabalho (CAMINO, 2004, p. 461).

No caso de rescisão indireta serão devidas ao trabalhador as verbas rescisórias decorrentes de aviso prévio, férias proporcionais acrescidas do terço constitucional, décimo terceiro salário proporcional com o acréscimo da multa de 40%, bem como eventuais verbas vencidas anteriores à ruptura contratual (DELGADO, 2010, p. 1140). São as mesmas verbas se o empregado fosse despedido injustamente.

Outra modalidade de resolução é causada pela culpa recíproca das partes. Nesse caso, tanto empregado como empregador praticam uma das faltas previstas nos artigos 482 e 483 da CLT, respectivamente.

Na culpa recíproca, a segunda infração cometida, que pode ser do empregador ou do obreiro torna-se conexas com a primeira falta praticada pela outra parte. A necessidade da resolução contratual se dar por decisão judicial é fundamentada na obtenção de uma resposta equânime e equilibrada, “com justa distribuição de vantagens e desvantagens rescisórias” (DELGADO, 2010, p. 1146).

Isso encontra amparo na súmula 14 do TST, a qual prescreve que “reconhecida a culpa recíproca na rescisão do contrato de trabalho (art. 484 da CLT), o empregado tem direito a 50% (cinquenta por cento) do valor do aviso prévio, do décimo terceiro salário e das férias proporcionais”.

O modo mais comum de rompimento da relação contratual trabalhista é a rescisão, que acontece pela manifestação das partes. Dentre as causas de rescisão podem ser citadas a despedida, demissão e o distrato (VECCHI, 2010, v.2, p. 259).

A rescisão deriva do exercício do direito potestativo da parte, o qual atinge a eficácia do contrato, com efeitos *ex nunc*. Se expressada pelo empregador chama-se de despedida, ao passo que se manifestada pelo empregado denomina-se por demissão (GOMES; GOTTSCHALK, 2012, p. 379). Para cada uma das formas de rescisão há diversos efeitos.

Uma das formas de rescisão é a chamada despedida por justa causa. Nela o empregado comete uma das faltas previstas no artigo 482⁷ da CLT e, o empregador, titular do poder diretivo da relação de emprego, tem a prerrogativa de rescindir o contrato de trabalho. Tais faltas se constituem impeditivos para a manutenção da relação de emprego, pois atingem a confiança existente na relação formada entre as partes, elemento essencial para a formação e manutenção dos contratos trabalhistas.

⁷ Art. 482 - Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador: a) ato de improbidade; b) incontinência de conduta ou mau procedimento; c) negociação habitual por conta própria ou alheia sem permissão do empregador, e quando constituir ato de concorrência à empresa para a qual trabalha o empregado, ou for prejudicial ao serviço; d) condenação criminal do empregado, passada em julgado, caso não tenha havido suspensão da execução da pena; e) desídia no desempenho das respectivas funções; f) embriaguez habitual ou em serviço; g) violação de segredo da empresa; h) ato de indisciplina ou de insubordinação; i) abandono de emprego; j) ato lesivo da honra ou da boa fama praticado no serviço contra qualquer pessoa, ou ofensas físicas, nas mesmas condições, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem; k) ato lesivo da honra ou da boa fama ou ofensas físicas praticadas contra o empregador e superiores hierárquicos, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem; l) prática constante de jogos de azar. Parágrafo único - Constitui igualmente justa causa para dispensa de empregado a prática, devidamente comprovada em inquérito administrativo, de atos atentatórios à segurança nacional.

O artigo 482 da CLT é considerado um rol taxativo para as hipóteses de faltas graves, sendo que apenas pelas disposições contidas nesse artigo, enquadrando o empregado no tipo de infração por ele cometida, é que poderá ser rompido o vínculo contratual por justa causa. Não obstante, não há definições para as faltas graves, as quais serão valoradas e capituladas pelo Poder Judiciário em cada caso concreto (MARTINS, 2014, p. 405).

Sendo a iniciativa do empregador sem que haja motivo para a despedida do trabalhador, denomina-se por dispensa arbitrária ou sem justa causa. Nesse caso, o empregador é obrigado a pagar uma multa de 40% sobre os depósitos de FGTS do empregado, uma vez que não há proteção de emprego em nosso ordenamento pela falta de regulamentação do inciso I, do artigo 7º da Carta Magna. (VECCHI, 2010, p. 261). Sendo despedido, o empregado terá direito, além da multa incidente sobre o FGTS, a liberação deste, aviso prévio proporcional, remuneração das férias proporcionais e porventura vencidas, pagamento de décimo terceiro proporcional, saldo de salários, e a liberação das guias para recebimento do seguro-desemprego.

Dessa forma, extinto o contrato por iniciativa do empregador tratou o legislador de impor sanções de forma que a extinção se torne onerosa, visando restringir sua iniciativa de pôr fim ao pacto. Contudo, alerta Plá Rodriguez (2000) que tais sanções devem ser realmente gravosas, de modo a onerar excessivamente o empregador, sob pena de não terem eficácia e, atingirem um efeito contrário ao pretendido, ou seja, aumentar as despedidas.

A demissão é outra modalidade de extinção contratual, mas de iniciativa do empregado, sem que o empregador tenha dado um justo motivo para o fim do contrato, caracterizando-se como o direito potestativo seu (CASSAR, 2014). Em razão de que a ruptura decorreu da manifestação do empregado, este não receberá a indenização prevista no artigo 477 da CLT, não terá direito a multa rescisória de 40% sobre o valor do FGTS e não poderá sacar esse valor depositado, tampouco terá direito ao seguro desemprego. Deverá, no entanto, cumprir aviso prévio e receberá décimo terceiro salário integral e proporcional e, de igual forma, as férias (VECCHI, 2010, v.2, p. 262).

O pedido de demissão feito pelo empregado ao empregador não conduz à negação do princípio da continuidade, em virtude de o cunho protetivo desse princípio se volta à presunção da manutenção do contrato de trabalho em favor do próprio obreiro, uma vez que restringe apenas o direito potestativo do empregador. Logo, é um direito do trabalhador pôr fim à relação de emprego, sem que isso fira o referido princípio, pois foi por ele exercido e se assim o fez, é porque existem outros motivos que sejam mais convenientes.

Outra hipótese de rescisão é a manifestada por ambas as partes, as quais celebram um contrato, chamado pela doutrina de distrato, para cessar com os efeitos do contrato trabalhista originário (GOMES; GOTTSCHALK, 2012, p. 379).

Por fim, a rescisão extingue a relação de emprego quando o contrato de trabalho possuir alguma nulidade que será declarada por meio de decisão judicial (VECCHI, 2010, v.2, p. 259).

Tem-se, por conseguinte, diversas formas de extinção do pacto laboratório. Quando manifestada pelo empregado os efeitos decorrentes da extinção do contrato são mais brandos se comparados aos efeitos decorrentes da iniciativa do empregador. Isso se coaduna com o preceito contido no inciso I do artigo 7º da Constituição Federal, que protege o trabalhador contra formas inesperadas de dispensa.

2.3.2 Contratos de trabalho a prazo determinado

Para os contratos com prazo determinado, os quais são a exceção no ordenamento, a sua extinção acontece quando a causa que lhe deu origem se encerra.

Alice Monteiro de Barros (2011) explica que a extinção pode decorrer de um termo futuro certo, quando é possível saber seu término exato, seja pelo dia assinalado ou pela prática de determinado serviço. Pode ser, ainda, por termo incerto, quando se sabe que vai terminar, mas não o dia.

Diversamente do que ocorre nos contratos com prazo indeterminado, nos contratos a termo é dispensável o aviso prévio para a ruptura contratual, isso porque as partes já conhecem o momento do término quando da pactuação (MARTINS, 2014, p. 124).

Ao término do contrato de trabalho, as verbas devidas ao trabalhador se resumem no pagamento de décimo terceiro salário, férias acrescidas do terço constitucional, liberação dos depósitos do FGTS referentes ao período laborado sem, contudo, a multa de 40% sobre os depósitos e pagamento do aviso prévio (VECCHI, 2010, v.2, p. 296).

O reduzido rol de verbas rescisórias assegurados aos contratos com prazo certo é uma das justificativas para o caráter excepcional dessa modalidade contratual. O menor número se justifica em razão de que a extinção é esperada pelas partes, ao contrário dos contratos com prazo indeterminado, que foram celebrados para vigor por tempo indefinido e, quando sobrevém a manifestação de vontade para sua dissolução revela-se uma anomalia para a relação jurídica.

Com relação ao contrato de experiência, deve-se destacar que o advento do termo final não obriga o empregador a justificar ou motivar o não prosseguimento da relação de emprego

pela falta de habilidade técnica do empregado, isso porque não existe previsão legal para tanto (BARROS, 2011, p. 389).

Assim como ocorre nos contratos com prazo indeterminado, a caducidade do contrato de trabalho a termo se dá quando preenchida a hipótese prevista no §2º do artigo 483 da CLT, ou seja, quando ocorrer a morte do empregador pessoa física, em que haverá a extinção do contrato de trabalho imediata do pacto laborativo, sendo desnecessário a denúncia pelo empregado, no entanto, não sendo devida indenização em favor do empregado (CAMINO, 2004, p. 512).

O término do contrato de trabalho com prazo determinado antes do advento do termo em decorrência da manifestação de uma das partes é chamado na doutrina de extinção anormal. Os efeitos são diversos quando a iniciativa partir do empregado ou do empregador.

Se o empregador der causa a ruptura contratual antes do termo final pré-estabelecido, deverá ser analisado quais os efeitos dessa extinção levando-se em consideração se vigorava no contrato de trabalho a cláusula de antecipação de término contratual, também chamada de cláusula assecuratória de direito recíproco de rescisão antecipada (DELGADO, 2010, p. 1049).

A cláusula assecuratória de direito recíproco de rescisão é pactuada no momento da celebração do contrato e sua previsão está disposta no artigo 481⁸ da CLT. O objetivo dessa cláusula consiste em dar o mesmo efeito da ruptura de contrato com prazo indeterminado caso o contrato a termo venha a ser extinto antes do seu prazo normal (CAMINO, 2004, p. 506).

Existindo nos contratos a termo a cláusula assecuratória do direito recíproco de rescisão, tanto empregado como empregador são obrigados a dar o aviso prévio a outra parte da relação contratual, em razão de que os efeitos do contrato são idênticos ao contratos com prazo indeterminado (CAMINO, 2004, p. 506).

Logo, presente a cláusula de assecuratória do direito recíproco de rescisão os efeitos rescisórios aplicáveis serão os mesmos, que ocorrem na extinção do contrato de trabalho com prazo indeterminado, isso porque as partes se asseguram o direito de romper com o vínculo antes do advento do termo.

Por outro lado, não havendo a previsão da cláusula de antecipação do término contratual e partindo a iniciativa de extinção do empregador, esse deverá na forma do que estabelece o artigo 479 da CLT, pagar uma indenização ao trabalhador consistente na metade da remuneração que seria devida até o termo final do contrato de trabalho. O trabalhador terá

⁸ Art. 481 - Aos contratos por prazo determinado, que contiverem cláusula assecuratória do direito recíproco de rescisão antes de expirado o termo ajustado, aplicam-se, caso seja exercido tal direito por qualquer das partes, os princípios que regem a rescisão dos contratos por prazo indeterminado.

direito, ainda, ao saque dos depósitos de FGTS com incidência da multa de 40% sobre o valor, ao décimo terceiro salário proporcional e integral, às férias proporcionais e integrais acrescidas de um terço (VECCHI, 2010, v.2, p 295).

No entanto, se houver a previsão da cláusula assecuratória do direito recíproco de rescisão no contrato, como já referido, os efeitos da rescisão são idênticos aos efeitos do contrato com prazo indeterminado. Assim, extinto o contrato por vontade do empregador serão devidas ao trabalhador as verbas rescisórias de aviso prévio, décimo terceiro salário proporcional, férias proporcionais com o acréscimo de um terço, bem como ao levantamento dos depósitos de FGTS com a multa de 40% incidente (DELGADO, 2010, p. 1050).

Cabe ressaltar, que se a dispensa do trabalhador ocorrer em virtude de uma falta grave, acarretando a extinção do contrato por justa causa, “o trabalhador não terá direito a qualquer verba estritamente rescisória: apenas receberá, se for o caso, os valores já vencidos ao longo do contrato ou cujo vencimento foi antecipado pela rescisão” (DELGADO, 2010, p. 1051).

Partindo do obreiro a manifestação de extinção do contrato de trabalho, da mesma forma, deverá ser analisada se está vigente ou não, no contrato de trabalho, a cláusula assecuratória do direito recíproco de rescisão.

Assim, prevendo o contrato a referida cláusula os efeitos rescisórios serão correspondentes aos dos contratos com prazo indeterminado, fazendo jus ao recebimento do décimo terceiro salário proporcional e férias proporcionais apenas. Será obrigado, em contrapartida, a cumprir aviso prévio ao empregador.

Todavia, se nada foi estipulado entre as partes sobre a cláusula assecuratória do direito recíproco de rescisão, e o empregado deseja a extinção do contrato a termo, o empregador terá direito a indenização dos prejuízos decorrentes da antecipação da extinção do contrato, de acordo com o que dispõe o artigo 480⁹ da CLT.

Cabe ao empregador comprovar que realmente teve prejuízos em decorrência da ruptura antecipada. Nesse ponto, adverte Camino (2004) que em relação ao trabalhador a presunção de prejuízo pela extinção antecipada é absoluta, por ser ele a parte hipossuficiente da relação contratual, indo ao encontro com os preceitos do princípio da proteção, ao passo que o empregador deverá comprovar o efetivo prejuízo, pois sua presunção é relativa, limitando a sua indenização ao montante que seria devido pelo trabalhador em situação inversa.

Tem-se, por conseguinte, mais uma vez a proteção do princípio da continuidade da relação de emprego, uma vez que ele permite que as partes estipulem cláusula a qual altera a

⁹ Art. 480 - Havendo termo estipulado, o empregado não se poderá desligar do contrato, sem justa causa, sob pena de ser obrigado a indenizar o empregador dos prejuízos que desse fato lhe resultarem.

natureza jurídica do contrato a termo para contrato com prazo indeterminado, em caso de extinção do pacto antes do seu termo final.

Deve-se ressaltar que nos contratos a termo as partes conhecem o prazo em que se dará a extinção do contrato laboral. É devido a isso o menor número de verbas rescisórias pagas ao empregado, pois ele sabia desde a contratação o dia do término, não sendo, portanto, uma extinção inesperada que justifica o pagamento de um valor mais expressivo.

2.4 Evolução da proteção do trabalho às mulheres

A proteção ao trabalho da mulher nem sempre foi como é atualmente. A mulher passou por momentos de extrema exploração da sua mão de obra, até alcançar o apanhado de normas hoje existentes, que visam a sua proteção em respeito a sua maior fragilidade física.

Na antiguidade, o trabalho da mulher estava mais relacionado aos afazeres domésticos. Sua inferioridade em relação ao homem era inegável, devendo a ele se submeter. Na Idade Média sua submissão persistiu, embora fosse admitida a trabalhar nos grêmios, mas sem ter a oportunidade de torna-se mestre, apenas ser aprendiz (SÜSSEKIND, 2000, v.2, p. 960).

Na Revolução Industrial, ocorrida entre os séculos XVIII e XIX, houve a transição do trabalho artesanal para o uso da máquina, o que desencadeou jornadas extremamente exaustivas que variavam entre 14 a 18 horas diárias com apenas 20 minutos para descanso e alimentação, ambientes de trabalho insalubres e a negativa de direitos aos trabalhadores. Tudo isso em troca de baixíssimos salários (GAMBA, 2013).

Esse período é marcado pelo ingresso da mulher no mundo capitalista, no qual elas

estavam sujeitas ao assédio sexual, às explorações e às violências dos empregadores e seus capatazes, sendo, muitas vezes, obrigadas a trabalharem despidas até a cintura em meio aos homens. Quando grávidas, as operárias trabalhavam até a última semana de gestação, retornando à fábrica três semanas ou menos após o parto, pois temiam perder o emprego (GAMBA, 2013).

Certamente, a Revolução Industrial foi um marco significativo para o Direito do Trabalho. Desde então, muitas mudanças ocorreram envolvendo a classe trabalhadora

O trabalho da mulher foi um dos primeiros temas a serem disciplinados pelos organismos internacionais, com o intuito de uniformizar os custos da mão de obra na busca de evitar uma injusta concorrência no plano internacional (BARROS, 2011, p. 855), onde a

exploração da mão de obra da mulher tornava o custo de produção mais barato em relação àqueles que não a utilizavam.

Nesse tocante está a atuação da OIT, que elabora recomendações e convenções com o escopo de disciplinar as relações de trabalho, assegurando que os direitos conferidos aos trabalhadores sejam respeitados, zelando, principalmente para que a dignidade da pessoa humana seja garantida.

A atuação da OIT frente à proteção dos direitos trabalhistas da mulher é de grandioso relevo, sendo precursora na criação de normas de proteção a elas, reconhecendo a dignidade através das variadas convenções e recomendações (GAMBA, 2013, p. 65).

Pela Organização Internacional do Trabalho (OIT) foram editadas as convenções nº 45, 100, 103, 111 e 171 nas quais a proteção ao trabalho da mulher é enfatizada.

As convenções editadas pela OIT tinham dois enfoques. O primeiro visava à proteção à maternidade e à restrição de atividades insalubre, perigosas e penosas. O segundo, por sua vez, tinha como objetivo buscar a igualdade da mulher no mercado de trabalho, como a remuneração, as oportunidades e o tratamento igualitário em comparação ao homem. (BARROS, 2011, p. 855).

No Brasil, as Constituições anteriores a de 1988, estabeleceram

algumas normas de proteção ao trabalho feminino, destacando-se a Constituição de 1934 (art. 121) e a de 1946 (art. 157) que estabeleceram a proibição de trabalho insalubre, o direito da gestante a descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do emprego nem do salário; a Constituição de 1937 proibiu o trabalho da mulher em atividades insalubres em indústrias e o direito à licença gestante sem prejuízo do salário; a Constituição de 1967 proibia a atividade feminina em indústrias insalubres, estabelecia descanso remunerado à gestante antes e depois do parto, sem prejuízo do emprego e do salário, aposentadoria integral para a mulher aos 30 anos de serviços, direitos que foram mantidos na EC 1/1969. (GAMBA, 2013, p. 65).

Percebe-se que a cada nova Constituição que foi promulgada na história brasileira, vários direitos foram crescendo o rol de proteção ao trabalho da mulher. Verifica-se com isso, a preocupação que teve cada Constituinte originário com o mercado de trabalho das mulheres, isso porque cada vez mais era a participação delas no mundo capitalista.

Apesar dessa crescente normatização do trabalho feminino, muitas das regras, as quais protegiam em caráter excessivo, foram retiradas do ordenamento jurídico por causarem o aumento da discriminação da classe, pois restringiam o acesso delas ao mercado de trabalho. É o caso, por exemplo, da proibição de trabalho noturno ao sexo feminino, que foi revogada pela Lei n. 7.855/89. Essa Lei revogou outros dispositivos previstos na CLT que, com o advento da

atual Carta Maior tornaram-se incompatíveis com o seu texto. Nesse ponto, destacam-se os artigos 379, 380, 387 da CLT (BARROS, 2011, p. 857).

A atual Carta Magna enfatizou o valor do trabalho para a construção do Estado. Com relação à proteção da mulher, além do princípio da isonomia registrado no art. 5º, inciso I, da Carta Magna, garante, ainda, licença à gestante, proibição de diferença de salários de exercício de função e a adoção de critérios de admissão em razão de sexo, idade, cor, estado civil.

Assim, devido ao histórico do trabalho da mulher durante a evolução da sociedade, que deixou de exercer somente atividades domésticas, saindo do seio de seus lares para participar efetivamente nas atividades econômicas do mercado, observa-se a constante preocupação do Estado em tutelar os direitos trabalhistas para elas.

Outro aspecto que justifica a intervenção estatal na proteção ao trabalho da mulher é um fundamento social, a proteção da família, principalmente na maternidade, momento que a mulher necessita de repouso e a criança necessita de cuidados especiais, como a amamentação (NASCIMENTO, 2011, p. 909).

Apesar de todos esses mecanismos que objetivam a proteção da mulher, não se pode olvidar que quando fundada em critérios que não sejam em razão da ordem biológica da mulher, essas normas protetivas tornam-se inconstitucionais, pois estabelecem diferenciação em relação aos homens (SÜSSEKIND et al, 2000, p. 974).

Assim, as normas que conferem proteção ao trabalho da mulher devem ser motivadas pela constituição orgânica feminina, como a sua fragilidade em comparação a força física do homem, ou, ainda, a maternidade, que é inerente a mulher.

Além das normas constitucionais, existe ainda a Lei n. 9.029/95 que criminalizou a prática discriminatória dos empregadores que exigem atestado de gravidez ou de esterilidade no momento da contratação (SÜSSEKIND et al, 2000, p. 974).

Na CLT, há um capítulo específico que estabelece normas de proteção ao trabalho da mulher. O artigo 373-A, veda a prática de atos discriminatórios o qual obstaculizem o ingresso da mulher ao mercado de trabalho ou que a impeçam de progredir na carreira ou, ainda, que a exponham em situações vexatórias, como a revista íntima.

Outra distinção que a CLT faz é a regra prevista no artigo 384 o qual estabelece que, nos casos de prorrogação da jornada de trabalho, a mulher terá direito a 15 minutos antes do início do período de trabalho extraordinário. Tal dispositivo foi muito criticado pela doutrina e jurisprudência, sob o argumento de ferir o princípio da isonomia.

O Pleno do TST no julgamento do incidente de inconstitucionalidade em Recurso de Revista nº 154000-83.2005.5.12.0046 de relatoria do Ministro Ives Gandra Martins Filho

decidiu que a Constituição da República recepcionou o artigo 384 da CLT, não havendo que falar em inconstitucionalidade. Recentemente, o Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento do Recurso Extraordinário nº 658.312/SC, de relatoria do Ministro Dias Toffoli com repercussão geral reconhecida, confirmou o entendimento adotado pelo TST.

Além disso, os artigos 388 a 390-E da CLT disciplinam o ambiente de trabalho ideal às mulheres, onde proporcionem condições de trabalho adequadas, confortáveis na medida das atividades a serem desempenhadas. O artigo 390, por sua vez, veda a contratação de mulher para atividades que exijam força muscular superior a vinte quilos para atividades contínuas e vinte e cinco quilos para atividades ocasionais (BRASIL, Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943).

Com efeito, estudos demonstram que a mulher é biologicamente mais frágil que o homem (BARROS, 2011, p. 861). Isso justifica a preocupação do legislador na proteção da mulher com relação ao contrato de trabalho. Não se trata de proteção pelo fato de ser mulher, mas sim, pela sua condição biológica, o que não enseja a diferenciação entre homens e mulheres.

Em vista disso, em cada nova Constituição promulgada na história brasileira os direitos das mulheres no mercado de trabalho foram sempre protegidos. Em determinado momento, uma excessiva proteção decorrente de algumas regras, desvirtuaram o objetivo por elas perquiridos, motivando a restrição ao acesso das mulheres ao mercado de trabalho. E, por essa razão, alguns desses dispositivos foram modificados ou retirados do ordenamento jurídico.

Por fim, embora a proteção conferida pelas leis, que busca sempre a proporcionalidade para não ferir a igualdade entre homens e mulheres, deve-se considerar que a dificuldade no acesso ao mercado de trabalho vincula-se ao estereótipo ligado ao trabalho da mulher no passado, no qual se restringia apenas as atividades domésticas e à maternidade. Sendo assim, a mulher, mesmo nos dias de hoje, encontra muitas dificuldades para ter seu salário equiparado ao do homem quando ambos exercem as mesmas atividades, bem como os obstáculos para sua ascensão dentro de uma empresa, para, por exemplo, ter um cargo de chefia.

2.5 Direitos da gestante no contrato de trabalho

A maternidade está atrelada a mulher. Só ela tem o poder de gerar outro ser humano. Trata-se de uma condição especial a qual exige certos cuidados e proteção, em virtude de que

a maternidade inicia um período de extrema fragilidade e insegurança na vida da mulher.

Para proteger esse momento, a intervenção do Estado na tutela dos direitos da maternidade mostra-se de extrema valia. Disciplinar os direitos aos quais as mães podem lançar mão faz com que haja segurança nesse momento tão importante não só para a mãe, mas para toda a família.

A proteção à maternidade tem um fundamento social que é proteção à família e, principalmente, ao nascituro.

No Brasil, o primeiro marco legislativo referente à proteção à maternidade foi o decreto nº 21.417-A, de 1932, que em seu artigo 7º assegurava à mulher um descanso obrigatório de quatro semanas antes e quatro semanas depois do parto, que poderiam ser aumentados em duas semanas quando comprovado por atestado médico. Além disso, durante o afastamento era assegurada a remuneração equivalente à metade do valor da média dos últimos seis salários pagos pelas caixas criadas pelo Instituto de Seguridade Social. Ao retornar, à mulher estava garantido o seu posto de trabalho. Tais direitos eram assegurados quando a gestante notificava com prévia antecedência o seu empregador da condição que se encontrava, caso contrário, perderia o benefício (BARROS, 2011, p. 855).

Prevista ainda, o referido decreto dois intervalos de trinta minutos cada para amamentação, realizada em local adequado, desde que a empresa contasse com mais de 30 mulheres e todas fossem maiores de 16 anos. Disciplinava, ainda, que o empregador não poderia demitir a mulher motivado em sua gravidez, deveria haver outro motivo relevante para respaldar a conduta (BARROS, 2011, p. 855).

Percebe-se, pela breve análise do Decreto nº 21.417-A a sua influência na CLT. Muitos dos artigos que disciplinam a proteção à maternidade encontram raízes nessa legislação.

Mais tarde, com a convenção nº 103, de 1952, da Organização Internacional do Trabalho, ratificada pelo Brasil em 18 de junho de 1965, por meio do Decreto nº 58.820/66, demonstrou-se a preocupação do ordenamento jurídico brasileiro na proteção da maternidade. Com ela, ficam asseguradas à gestante a licença-maternidade e a garantia de emprego. A licença maternidade está prevista no artigo 392¹⁰ e 392-A¹¹ da CLT, enquanto que a estabilidade é prevista no art. 10, II, b, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT).

No que se refere a estabilidade provisória da gestante, embora o inciso I do artigo 7º da

¹⁰ Art. 392. A empregada gestante tem direito à licença-maternidade de 120 (cento e vinte) dias, sem prejuízo do emprego e do salário. [...]

¹¹ Art. 392-A. À empregada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança será concedida licença-maternidade nos termos do art. 392.

Carta Maior, que veda a dispensa arbitrária ou sem justa causa, não tenha sido disciplinado por lei complementar, o Constituinte, por meio do artigo 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, protegeu a maternidade garantindo estabilidade no emprego desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

Assim, a ruptura do contrato de trabalho da gestante sem justa causa gera a nulidade do ato e, como consequência a reintegração no emprego, continuando a prestação de trabalho até o termo final do período estável (NASCIMENTO, 2011, p. 915).

O TST adota a teoria da responsabilidade objetiva quanto à confirmação da gravidez. Ou seja, a empregada não precisa confirmar sua gravidez para o empregador. Basta que ela tenha certeza que está grávida. Isso é o que dispõe o inciso I da Súmula 244 do Egrégio TST (MARTINS, 2014, p. 473).

Com o objetivo de disciplinar o artigo 10 do ADCT, o TST editou a súmula 244¹² a qual dá o norte em caso de gravidez da empregada, disciplinando que o direito à estabilidade inicia com a confirmação da gravidez pela gestante. Nos casos de demissão em que a mulher se encontra no período de estabilidade garante a ela a reintegração ou, caso já tenha transcorrido o lapso protetivo, dá direito ao pagamento dos salários e demais direitos que eram devidos no período. Por fim, a súmula assegura a estabilidade da gestante mesmo que contratada sob a modalidade de contrato com prazo determinado. Tal assunto, entretanto, será abordado com ênfase no próximo capítulo.

Em alteração recente à CLT, mais precisamente em 2013, foi incluído o artigo 391-A, pelo qual a gestante fica amparada mesmo no curso do aviso prévio, seja ele indenizado ou trabalhado. De fato, o aviso-prévio estende os efeitos do contrato de trabalho por mais trinta dias. Sendo assim, se a confirmação da gravidez se der nesse período, a gestante tem direito à estabilidade provisória (MARTINS, 2014, p. 474).

Além disso, a Lei Complementar nº 146 de 2014 estendeu a garantia de emprego da gestante a quem detiver a guarda do nascituro no caso de falecimento da mãe (BRASIL, Lei complementar nº 146 de 25 de junho de 2014).

Pode-se afirmar que a proteção à maternidade inicia já na fase pré-contratual quando a Lei nº 9.029/95 vedou qualquer conduta discriminatória na admissão ou durante o curso do

¹² 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 (BRASIL, TST, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012).

contrato de trabalho, protegendo as mulheres quanto à exigência de atestado de gravidez e esterilização. As garantias contra as práticas discriminatórias foram incorporadas na CLT no artigo 373-A, inciso IV¹³.

O artigo 392, §4º, da CLT, por sua vez, estabelece que durante a gravidez, a mulher poderá trocar de função quando as condições de saúde assim o exigirem, assegurado o direito de retornar a função anteriormente exercida quando retornar ao trabalho após a licença-maternidade, bem como a dispensa durante o horário de trabalho para realização de, no mínimo, seis consultas médicas e demais exames necessários (NASCIMENTO, 2011, p. 919).

Poderá a gestante, ainda, ser dispensada do cumprimento do aviso prévio quando necessitar resilir o contrato de trabalho, desde que comprovado por atestado médico que o trabalho possa acarretar consequências a sua saúde e a do feto (BARROS, 2011, p. 871).

Com relação à licença-maternidade, a previsão está no artigo 7º, inciso XVIII da Constituição Federal de 1988, estabelecendo que a duração será de cento e vinte dias, sem que a mulher tenha prejuízo do seu salário e emprego.

O período em que a gestante poderá gozar da licença-maternidade está disciplinado no artigo 71 da Lei nº 8.213/91, que poderá ser de 28 dias antes do parto e 92 dias após, totalizado os 120 dias previstos na Constituição Federal (MARTINS, 2014, p. 668).

O seu reconhecimento se deu em virtude da ratificação da Convenção n. 103 da OIT pelo Decreto nº 58.020/66, que prevê o pagamento pelo Estado das prestações para manutenção da empregada e do seu filho, vedando esse encargo para o empregador (MARTINS, 2014, p. 668).

Confirmada a gravidez, fica proibida a dispensa imotivada no período que antecede ao parto, bem como nos 120 dias da licença-maternidade. Esgotado o lapso, a mulher retornará ao trabalho gozando de mais um mês em período estável. O valor recebido durante o período da licença-maternidade será o valor do salário pactuado no contrato de trabalho a ser pago pelo empregador, o qual poderá abater, posteriormente, com recolhimentos devidos à Previdência Social (NASCIMENTO, 2011, p. 916).

Como se observa, a licença-maternidade está prevista no rol de direitos sociais. Os direitos sociais são de obrigação do Estado, os quais devem ser prestados por meio de ações positivas. Assim, nada mais ponderável que a licença maternidade seja custeada por quem tem

¹³Art. 373-A. Ressalvadas as disposições legais destinadas a corrigir as distorções que afetam o acesso da mulher ao mercado de trabalho e certas especificidades estabelecidas nos acordos trabalhistas, é vedado: [...] IV - exigir atestado ou exame, de qualquer natureza, para comprovação de esterilidade ou gravidez, na admissão ou permanência no emprego; [...]

o dever de efetivá-la, de modo a não onerar o empresário com um dever que não é seu.

Com o advento da Lei nº 11.770/08, foi criado o Programa Empresa Cidadã, que possibilita a prorrogação da licença-maternidade em sessenta dias, estimulada pelo incentivo fiscal. Para tanto, a empregada deverá requerer a prorrogação até o final do primeiro mês após o parto, sendo concedida no término da licença-maternidade (NASCIMENTO, 2011, p.916).

Com efeito, a empregada só terá direito a prorrogação no caso de a empresa aderir ao programa. Nesse lapso extensivo, a empregada terá direito ao seu salário, o qual será pago pelo empregador, uma vez que não há previsão na referida lei de que a Previdência Social será responsável pelo pagamento. O valor pago pelo empregador poderá ser deduzido do imposto de renda devido.

Para ter direito à prorrogação da licença-maternidade, a empregada não poderá exercer atividade remunerada nesse período, tampouco manter a criança em creche ou estabelecimento similar. Tais condições cumprem com o objetivo da prorrogação, ou seja, manter a mãe junto à criança para amamentá-la e cuidá-la. Descumprindo as normas, a mãe perde o benefício (MARTINS, 2014, p. 673).

Se o objetivo da prorrogação do prazo é estreitar os laços entre mãe e filho, possibilitando que a mãe possa cuidá-lo por mais dois meses é plenamente justificável que a criança não seja colocada em uma creche ou que a mãe exerça atividade paralela, frustrando com o objetivo almejado pelo lei.

Inicialmente, a licença maternidade e a garantia de emprego não eram direitos das mães adotivas. A partir da Lei n. 10.421 de 2002 a licença-maternidade e a estabilidade provisória foram igualmente a elas estendidas, em razão da alteração da redação do artigo 392 da CLT. Nesses casos, não há mais desigualdade de prazos entre a mãe biológica e a adotiva (NASCIMENTO, 2011, p. 917).

Ademais, mesmo na infelicidade de a criança nascer sem vida, a mãe terá direito a licença-maternidade e à garantia de emprego, uma vez que tanto a CLT como a lei previdenciária não exigem que a criança nasça com vida. E, diante dessa omissão, não cabe ao intérprete restringir um direito assegurado constitucionalmente (BARROS, 2001, p. 868). Aliás, não seria plausível exigir que a mulher retornasse imediatamente ao emprego em um momento tão doloroso na vida dela.

Em caso de aborto não criminoso, desde que comprovado por atestado médico do Sistema Único de Saúde, preceitua o artigo 395 da Consolidação trabalhista que a mãe terá direito a um afastamento de duas semanas a ser remunerado pela Previdência Social, a fim de que ela pode se recuperar fisicamente (BARROS, 2011, p. 869).

Após o nascimento do filho, é assegurado à mãe o direito a dois intervalos especiais de meia hora cada para amamentação da criança com até seis meses de idade, sem prejuízo do intervalo intrajornada já assegurado (NASCIMENTO, 2011, p. 916). Caso não seja concedido, implicará em pagamento da pausa como hora extraordinária. Essa imposição decorre do fato da amamentação ser fundamental para a saúde do recém-nascido (BARROS, 2011, p. 870).

Não se pode considerar a estabilidade conferida à gestante de forma absoluta, isso porque

na hipótese de pedido de demissão, é possível que a gestante renuncie a sua estabilidade, desde que homologada pelo sindicato de classe nos termos do art. 500 da CLT, já que, embora a estabilidade seja um direito constitucionalmente assegurado à empregada gestante, não se pode obrigá-la a permanecer no emprego durante o período de gestação (ALMEIDA NETO, 2013, p. 49).

Entende-se que a estabilidade conferida a gestante impede a dispensa arbitrária e imotivada pelo empregador, mas tal garantia encontra-se na seara da disponibilidade da empregada, podendo esta derrogá-la.

Por outro lado, a busca da proteção conferida à gestante se concretiza pelos inúmeros direitos que são assegurados a ela durante a gestação, bem como no período pós-parto. A partir disso, são vedadas práticas discriminatórias que excluam a participação da gestante no mercado de trabalho. Além disso, durante a gestação é assegurado à futura mãe o reajuste nas suas funções caso se tornem excessivas, o direito a seis consultas médicas.

Importante, ainda, é a licença-maternidade durante 120 dias, com a possibilidade de ampliar por mais dois meses quando a empresa for integrante do Programa Empresa Cidadã, aliada a estabilidade durante a gestação estendida por 05 meses após o parto. Isso permite que a mãe possa dar os devidos cuidados ao nascituro, bem como, possa restabelecer-se fisicamente.

3 A SÚMULA 244 DO TST COMO IMPEDITIVO DO CONTRATO DE TRABALHO

A Carta Magna em seu artigo 7º, inciso I, institui como um direito social do trabalhador a proteção contra despedida arbitrária, a qual será regulamentada por lei complementar.

Aliado a esse direito constitucional está o princípio da continuidade da relação de emprego, que visa proteger a relação empregatícia contra as despedidas inesperadas, fazendo com que perdure no tempo. O referido princípio está correlacionado aos contratos de trabalho com prazo indeterminado.

Como toda regra possui sua exceção, aqui não será diferente. Os contratos com prazo determinado são a exceção aos contratos com prazo incerto. Sua característica primordial é a definição de um termo final, mas que para sua pactuação deverá ser compatível com uma das hipóteses de contratação elencadas na lei.

O Direito do Trabalho, visando a manutenção da relação de emprego, criou o instituto da estabilidade, o qual visa proteger o trabalhador das despedidas injustas e arbitrárias. Todavia, deve-se questionar sobre uma possível incompatibilidade das garantias provisórias de emprego com a natureza jurídica dos contratos com prazo determinado.

3.1 A garantia de emprego no Direito brasileiro

No direito brasileiro, nas disposições constitucionais que tratam dos direitos sociais há a previsão de proteção do trabalhador contra as despedidas arbitrárias ou injustas, retratada no artigo 7º, inciso I.

Não obstante isso, esse dispositivo constitucional não possui eficácia imediata, pois depende de regulamentação por meio de lei complementar. Para suprir a lacuna deixada, o próprio legislador originário, por meio do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, no artigo 10¹, criou a estabilidade para a gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, e ao empregado eleito para o cargo da Comissão Interna de Prevenção de Acidente

¹ Art. 10. Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição: I - fica limitada a proteção nele referida ao aumento, para quatro vezes, da porcentagem prevista no art. 6º, "caput" e § 1º, da Lei nº 5.107, de 13 de setembro de 1966; II - fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa: a) do empregado eleito para cargo de direção de comissões internas de prevenção de acidentes, desde o registro de sua candidatura até um ano após o final de seu mandato; b) da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. § 1º - Até que a lei venha a disciplinar o disposto no art. 7º, XIX, da Constituição, o prazo da licença-paternidade a que se refere o inciso é de cinco dias. § 2º - Até ulterior disposição legal, a cobrança das contribuições para o custeio das atividades dos sindicatos rurais será feita juntamente com a do imposto territorial rural, pelo mesmo órgão arrecadador. § 3º - Na primeira comprovação do cumprimento das obrigações trabalhistas pe empregador rural, na forma do art. 233, após a promulgação da Constituição, será certificada perante a Justiça do Trabalho a regularidade do contrato e das atualizações das obrigações trabalhistas de todo o período.

(CIPA), desde o registro da sua candidatura até um ano após o final do seu mandato. Além disso, prevê o referido artigo, em virtude da ausência de lei regulamentadora, uma indenização a ser paga ao trabalhador despedido arbitrariamente ou injustamente no montante de 40% (quarenta por cento) sobre os depósitos de FGTS.

Primeiramente, é importante destacar as denominações utilizadas pela doutrina para diferenciar estabilidade e garantia de emprego.

Quanto ao termo estabilidade ele pode ser utilizado com dois sentidos. A estabilidade do emprego refere-se as políticas públicas realizadas pelo governo com o objetivo de promover o emprego para a sociedade, entendida assim, em um sentido econômico. Já o termo estabilidade no emprego refere-se ao direito do trabalhador de permanecer na relação de emprego independentemente da vontade de seu empregador, vista em um sentido jurídico (NASCIMENTO, 2011, p. 1156).

O significado da estabilidade está consubstanciado na

vedação absoluta ao direito de denúncia do contrato pelo empregador, impossibilidade jurídica do despedimento, mesmo diante de falta grave do empregado. Ocorrendo esta, o empregador poderá, no máximo, suspender o empregado faltoso e terá fundamento para ajuizar, no prazo decadencial de trinta dias, ação judicial com o fito de ver desconstituída a relação de emprego através de sentença (CAMINO, 2004, p. 523).

A estabilidade no emprego, por sua vez, pode ser dividida em estabilidade definitiva, que estende os efeitos da proteção de emprego por toda a relação jurídica e, a estabilidade transitória em que a relação de emprego fica protegida apenas pelo lapso em que perdura uma causa especial (NASCIMENTO, 2011, p. 1156). Exemplo da estabilidade definitiva é a chamada estabilidade decenal.

A estabilidade transitória ou especial é aquela que protege o empregado contra dispensa arbitrária do empregador quando a relação jurídica estiver acobertada por uma condição especial que obsta a manifestação de vontade do empregador. A ruptura do vínculo contratual só pode se dar quando o empregado cometer uma das hipóteses para justa causa. Cessada a condição especial que protegia o trabalhador, pode o empregador dispensá-lo sem motivação para tanto. (NASCIMENTO, 2011, p. 1158).

De maneira diversa, Delgado (2010, p. 1159) faz a diferenciação entre estabilidade no emprego e garantia de emprego. Para ele, a estabilidade no emprego caracteriza-se pela vantagem permanente concedida ao empregado que faz o contrato de trabalho perdurar

indefinidamente no tempo, independente da vontade do empregador. Já a garantia de emprego é uma

vantagem jurídica de caráter transitório deferida ao empregado em virtude de uma circunstância contratual ou pessoal obreira de caráter especial, de modo a assegurar a manutenção do vínculo empregatício por um lapso temporal definido, independentemente da vontade do empregador (DELGADO, 2010, p. 1165).

Pode-se assim dizer, que tanto os termos estabilidade como garantia de emprego buscam um objetivo comum, qual seja, a proteção do trabalhador contra as dispensas arbitrárias do detentor da atividade econômica e se coadunam com o princípio da continuidade da relação de emprego. Assim, ambas as modalidades de estabilidade ou garantia de emprego são obstáculos ao poder de comando² do empregador, poder esse reconhecido pela ordem jurídica.

O primeiro marco da estabilidade no ordenamento brasileiro refere-se à Constituição de 1824, na qual os servidores do exército não podiam ser privados de suas Patentes a não ser por sentença, o que foi posteriormente aprimorada na Constituição de 1891. Os servidores públicos, por sua vez, adquiriram o direito à estabilidade com a Lei nº 2.924/15, desde que decorridos 10 anos de serviço (MARTINS, 2014, p. 455).

Para o setor privado a primeira norma que tratou da estabilidade foi o Decreto nº 4.682/23, de 24/01/1923, denominada por Lei Eloy Chaves. Eloy Chaves era representante dos ferroviários e através da referida lei foram criadas as Caixas de Aposentadoria e Pensões dos Ferroviários (DELGADO, 2010, p. 1150). Dessa forma, os ferroviários adquiriam estabilidade ao completar 10 anos de serviço e só poderiam ser demitidos se praticada falta grave constatada em inquérito administrativo (MARTINS, 2014, p. 455). Essa estabilidade foi chamada de decenal pela doutrina.

A motivação para a aquisição da estabilidade após decorridos 10 anos de serviço foi em virtude da necessidade de prover os cofres dos Institutos, pois pela duração prolongada dos contratos de trabalho maior seria a arrecadação previdenciária dos empregados e dos empregadores (NASCIMENTO, 2011, p. 1157).

A partir dessa inovação legislativa que garantiu a estabilidade aos ferroviários, outras classes de trabalhadores passaram a adquiri-la, como o pessoal de navegação marítima ou

² É um poder preexistente ao contrato de trabalho, visto que decorre do direito de propriedade, de titularidade da atividade econômica, cujos riscos são assumidos pelo empregador. Assim, cabe ao empregador escolher quem serão seus empregados. E, quando formada a relação jurídica, assume posição hierarquicamente superior em relação ao trabalhador, conferindo-lhe o direito de distribuir, dirigir, orientar e fiscalizar a prestação de serviço, adequá-la as necessidades da atividade econômica e punir dentro dos limites por lei estabelecidos, prerrogativas essas previstas no artigo 2º da CLT (CAMINO, 2004, p. 229).

fluvial, os portuários, os mineiros, dentre outros (MARTINS, 2014, p. 455). A extensão aos demais trabalhadores do comércio e da indústria se deu com a Lei nº 62 de 05/01/1935, a qual estabeleceu que a estabilidade deixasse de se relacionar com a previdência social para fazer parte do contrato de trabalho (DELGADO, 2010, p. 1151).

Nas Cartas Constitucionais de 1937, de 1946 e 1967, também houve a previsão do instituto da estabilidade (VECCHI, 2010, v. 2, p.215). A estabilidade no emprego está na história brasileira desde a época do Império. Com a Proclamação da República em 1889, as Cartas Constitucionais promulgadas posteriormente, com exceção das Constituições de 1891 e 1934, mantiveram a previsão da estabilidade cumulada com a possibilidade de indenização para aqueles que não a tivessem adquirido.

A CLT promulgada na década de 40, mais precisamente no ano de 1943, tinha em sua redação original, no artigo 492, a previsão da estabilidade absoluta e definitiva quando o contrato de trabalho completasse 10 anos (CAMINO, 2004, p. 519). O trabalhador apenas poderia ser dispensado caso ficasse comprovado por meio de inquérito judicial a prática de uma falta grave (MARTINS, 2014, p. 456).

Além disso, como fator impeditivo do direito potestativo do empregador em romper com o vínculo contratual, previa a legislação celetista clássica, em seus artigos 477³ e 492⁴ e seguintes, uma indenização proporcional ao tempo de serviço que era calculada à base da maior remuneração do empregado por ano contratual ou fração igual ou superior a seis meses (DELGADO, 2010, p. 1151).

Com efeito, a CLT em seu modelo clássico prezava muito mais pela efetivação do princípio da continuidade da relação de emprego e a inserção do trabalhador junto à empresa, em virtude de que tinha caráter obstativo extremamente forte contra o direito postestivo do empregador para as rupturas dos contratos laborais (DELGADO, 2011, p. 1152).

Com a criação da estabilidade decenal iniciaram-se as práticas da chamada despedida obstativa, que tinha como objetivo impedir que os empregados alcançassem a estabilidade no emprego quando atingissem 10 anos de vigência contratual. Para coibir tal prática, o Tribunal Superior do Trabalho editou a súmula 26 a qual prescrevia que era presumida como obstativa à estabilidade a despedida imotivada do empregado que atingisse nove anos de contrato de

³ Art. 477 - É assegurado a todo empregado, não existindo prazo estipulado para a terminação do respectivo contrato, e quando não haja êle dado motivo para cessação das relações de trabalho, o direito de haver do empregador uma indenização, paga na base da maior remuneração que tenha percebido na mesma empresa.

⁴ Art. 492 - O empregado que contar mais de 10 (dez) anos de serviço na mesma empresa não poderá ser despedido senão por motivo de falta grave ou circunstância de força maior, devidamente comprovadas. Parágrafo único - Considera-se como de serviço todo o tempo em que o empregado esteja à disposição do empregador.

trabalho (VECCHI, 2010, v.2, p. 221).

A despedida obstativa ficou inócua quando da implementação do FGTS, o qual extinguiu com a possibilidade de estabilidade no emprego, mas, no contexto atual, pode ainda ser utilizada para as práticas impeditivas das chamadas estabilidades provisórias, nas quais o empregador a fim de evitá-las, demite o potencial empregado à estabilidade (VECCHI, 2010, v.2, p. 221).

A estabilidade no emprego atingida após 10 anos de contrato de trabalho ininterruptos, também chamada de estabilidade decenal, restringiu o poder postestativo e diretivo do empregador, fazendo com que o empregado fosse mantido no emprego mesmo contra a vontade daquele.

Devido a isso, a classe empresária começou a pressionar o Governo a fim de reduzir os direitos trabalhistas que as Cartas Constitucionais impuseram, ganhando força com a instauração do regime militar no país em 1964.

O novo regime marcado por uma política econômica de cunho neoliberal em conjunto com a opressão feita à população, impondo o silêncio e restringindo o direito de manifestação, foi o campo fértil para que os anseios dos empresários brasileiros fossem atendidos, extinguindo com a possibilidade de estabilidade no emprego (DELGADO, 2010, p. 1153).

Tamanho foi a insurgência, que o Estado instituiu o regime de FGTS como meio de impedir a aquisição de estabilidade no emprego pelo trabalhadores. Todavia, o principal motivo da transição da estabilidade decenal para o regime de FGTS foi a redução dos custos à classe empresária, dando-lhes maior autonomia na contratação de mão de obra (BARROS, 2011).

A partir da Lei nº 5.105/66, foi instituído o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, abrindo a possibilidade de escolha ao trabalhador para optar por um dos regimes: ou garantir a estabilidade no emprego de acordo com as normas da CLT ou o trabalhador não teria qualquer proteção contra a ruptura do vínculo empregatício, mas em contrapartida teria um fundo de garantia por tempo de serviço (CAMINO, 2004, p. 519).

A opção pelo regime do FGTS deveria ser realizada no momento da contratação de maneira escrita. E assim optando, o trabalhador estaria automaticamente excluído da possibilidade de indenizações crescentes pelo tempo de serviço previsto na CLT bem como estaria impedido de adquirir a estabilidade decenal (DELGADO, 2010, p. 1153).

Ao trabalhador que optasse pelo regime do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço quando já era titular da estabilidade decenal, por lógica perdia o direito a esta, mas conservava o direito a indenização em dobro em relação ao tempo anterior da promulgação da atual Carta Constitucional, desde que não houvesse transacionado (CARRION, 2012, p. 421).

Para o Direito do Trabalho, o regime do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço extirpou do ordenamento jurídico a possibilidade de aquisição da garantia de emprego após dez anos de contrato de trabalho. Essa extinção se deve à incompatibilidade dos dois regimes, pois a estabilidade impede o direito de resilir o contrato de trabalho ao passo que o regime de FGTS o relativiza, impondo apenas que, no caso de ruptura contratual, o trabalhador deverá ser indenizado.

O trabalhador integrado ao sistema de FGTS teria o direito a depósitos mensais equivalentes a 08% do valor do salário e, em caso de dispensa imotivada ao saque dos depósitos do fundo com o acréscimo de 10% sobre o valor depositado (DELGADO, 2010, p. 1153).

Ocorre que a possibilidade de escolha entre as opções criadas pela lei não foram aplicadas aos contratos celebrados a partir de 1967, com a promulgação da Constituição Federal em 1967, uma vez que era condição de admissibilidade do emprego optar pelo regime do recolhimento do FGTS (CAMINO, 2004, p. 519).

Logo, o sistema do Fundo de Garantia trouxe a liberalização do mercado brasileiro se comparado ao modelo até então vigente. Isso porque retirou a vedação de dispensa do obreiro após completar 10 anos de contrato de trabalho e, ainda, tornou-se economicamente mais branda a dispensa, tendo em vista que foram extintas as indenizações proporcionais ao tempo de serviço até que completasse os 10 anos (DELGADO, 2010, p. 1153).

Em que pese a Lei nº 5.107/66, que instituiu o FGTS, permitisse a possibilidade de escolha entre o direito a estabilidade ou a integração ao regime do FGTS, as contratações somente aconteciam nos casos em que o empregado fosse optante do novo regime. Essa postura adotada mitigou os efeitos da estabilidade, uma vez que aqueles que não a possuíam ainda, nunca mais a conseguiriam.

Na Constituinte originária de 1988, os debates quanto ao tema da estabilidade no emprego foram os mais acirrados, em face de que uns defendiam o direito potestativo do empregador na rescisão do contrato laboral, independentemente de justos motivos, enquanto outros pleiteavam uma maior rigidez a fim de impossibilitar a ruptura contratual pela vontade do empregador (SILVA, 2014, p. 292).

Com o advento da atual Carta Maior vigente no ordenamento jurídico foi extinta a aquisição de estabilidade e a possibilidade de escolha entre o recolhimento de FGTS, uma vez que o inciso I do artigo 7º da Carta Magna prevê a proteção contra dispensa arbitrária ou injusta por meio de indenização compensatória (MARTINS, 2014, p. 456).

O inciso III do artigo 7º da mesma Carta terminou com duplicidade de regimes, ou seja, a escolha entre a aquisição da estabilidade e os recolhimentos de FGTS, ficando, nesse

consequente, o empregado vinculado ao regime de FGTS quando iniciar um novo contrato de trabalho (VECCHI, 2010, v.2, p. 216).

Não se pode olvidar que aqueles trabalhadores que optaram pela aquisição da estabilidade, mesmo com o advento da Constituição Federal de 1988, mantiveram seu direito adquirido, em decorrência da Lei n. 8.036/90, permanecendo estáveis perante o seu contrato de trabalho (NASCIMENTO, 2014, p. 408).

Como se observa, em razão do advento da Carta Constitucional de 1988, por meio dos incisos I e III do artigo 7^o⁵, foi instituído o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço como regime geral de contratação, de maneira que os contratos laborais celebrados posteriores a sua promulgação ficaram condicionados aos recolhimentos do FGTS na conta vinculada do trabalhador. Em contrapartida, a estabilidade decenal foi extinta do ordenamento jurídico, havendo apenas a previsão das garantias de emprego, condicionadas a situações peculiares.

Com a prescrição constitucional prevista nos incisos acima expostos, o sistema jurídico brasileiro, por meio da sua Constituição Federal, filiou-se a teoria do despedimento como direito potestativo do empregador, pelo fato de que a dispensa do trabalhador fica facultada ao pagamento de indenização (NASCIMENTO; NASCIMENTO, 2014, p. 410).

Apesar disso, tem-se que o direito potestativo do empregador é relativo, podendo ser exercitado apenas em situações expressamente autorizadas por lei que se vinculam a fatores intrínsecos do contrato de trabalho, bem como em fatores extrínsecos, ligados a motivos técnicos, econômicos ou financeiros (CAMINO, 2004, p. 524).

Enquanto não for elaborada a lei complementar para regularizar o dispositivo constitucional, a Carta Magna tratou por meio do artigo 10 do ADCT que, nos casos de despedida que infringirem a norma constitucional, haverá o pagamento de uma indenização ao valor de 40% sobre os valores depositados no Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (NASCIMENTO; NASCIMENTO, 2014, p. 404).

Essa nova indenização instituída pela Lei Fundamental acrescentando nova indenização aos direitos de dispensa dos trabalhadores é chamada, de acordo com Nascimento (2014, p. 405) de indenização constitucional, que tem como objetivo penalizar o empregador que desrespeitar o direito protegido constitucionalmente.

O que a nova ordem constitucional fez, na visão de Carmem Camino (2004, p. 525) foi converter a garantia de emprego em indenização, estabilidade relativa em estabilidade

⁵ I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos; III - fundo de garantia do tempo de serviço;

imprópria, ou de forma mais simples, pagando-se a indenização não haverá denúncia vazia do contrato de trabalho, fundada em arbitrariedade ou sem justa causa.

Nesse passo, verifica-se que a atual Constituição Federal ordenou que os empregados fossem integrados ao regime de FGTS e estabeleceu a proibição da dispensa arbitrária ou injusta prevendo uma indenização compensatória, a qual, no entanto, ainda pende de regulamentação. E, em contrapartida, eliminou qualquer possibilidade de aquisição da estabilidade decenal pelo trabalhador e o pagamento das indenizações proporcionais ao tempo de serviço que eram possuíam previsão no sistema jurídico.

Tratou a Lei Maior, ainda, de prever causas especiais que ensejam a estabilidade provisória dos trabalhadores, impedindo a ruptura contratual sem justa causa, quando o empregado for eleito para cargo de direção sindical, do dirigente da CIPA e da gestante.

Mesmo diante disso, Carmem Camino (2004, p. 519) afirma que não há proteção de emprego no Direito brasileiro. Defende a autora (2004, p. 520) que melhor seria se o constituinte originário não tivesse disposto sobre a proteção de emprego na Carta Constitucional, a qual ainda pende de regulamentação por uma lei complementar. Isso porque, se a Constituição fosse omissa, a proteção do emprego poderia ser dada por meio de uma lei ordinária, a qual tem seu processo legiferante muito mais simples se comparado ao processo de elaboração de uma lei complementar, pois este exige a maioria absoluta do Congresso Nacional para votação. Veja-se que a CLT é um decreto-lei e, mesmo, assim, instituiu estabilidade ao dirigente sindical e ao cipeiro.

Em sentido diverso, Maurício Godinho Delgado (2010, p. 1156) afirma que a Carta Maior de 1988, de forma diferente do regime celetista clássico, teve a preocupação de proteger a relação de emprego contra o direito potestivo do empregador em pôr fim a relação de emprego. Esclarece o autor que as previsões constitucionais de proteção contra despedida arbitrária ou injusta e o aviso prévio proporcional valorizam o trabalho, enaltecendo a sua importância como matéria constitucional. E, embora tais dispositivos não possuam eficácia imediata⁶, ainda assim, primam pela efetividade do princípio da continuidade da relação de emprego.

Com efeito, em que pese a regra constitucional de proteção contra a ruptura do contrato de trabalho não estar regulamentada, há, dentro do ordenamento jurídico, mecanismos que obstam situações o direito potestativo do empregador. Assim, o Direito do Trabalho não possui

⁶ Entende-se por eficácia imediata ou plena aquelas normas que desde a promulgação da Constituição “produzem, ou têm a possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações, que o legislador constituinte, direta e normativamente, quis regular” (SILVA apud MORAES, 2006, p. 7).

a estabilidade plena no emprego, mas possui meios de proteção ao contrato de trabalho, como a oneração em caso de demissão desmotivada, o período de aviso antecedente à ruptura, as garantias de emprego àqueles que se encontram em situações autorizadas. Tudo isso enseja a proteção ao trabalhador com o fim de manter o contrato de trabalho ao longo do tempo.

Na doutrina, há divergências de entendimentos acerca da extensão do inciso I do artigo 7º da Carta Constitucional. Há quem defenda que tal dispositivo não prevê a possibilidade de criação de institutos da estabilidade pelo legislador infraconstitucional, uma vez que só existe a possibilidade de indenização no caso de demissão. Por outro lado, há quem defenda que as estabilidades poderão ser criadas pelo legislador, pois na redação do próprio inciso tem a autorização para criação de outros direitos não só a indenização (VECCHI, 2010, v.2, p. 217-218).

Nesse tocante, Vecchi (2010, v.2, p. 218) entende pela possibilidade de cabimento da estabilidade no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que o dispositivo constitucional deve ser interpretado de acordo com os princípios da dignidade da pessoa humana, da norma mais favorável, da valorização do trabalho, do pleno emprego e da unidade da Constituição. Pois, a redação do inciso permite a criação de outros direitos, não só a previsão de indenização no caso de dispensa arbitrária e injusta.

Para assim explicar, a súmula 98 do TST em seu inciso II veio prescrever que “a estabilidade contratual ou a derivada de regulamento de empresa são compatíveis com o regime do FGTS. Diversamente ocorre com a estabilidade legal (decenal, art. 492 da CLT), que é renunciada com a opção pelo FGTS”.

Entende-se do texto sumulado que, embora a Constituição Federal de 1988 tenha instituído o FGTS como regime geral para os trabalhadores, extirpando do ordenamento a possibilidade de escolha entre o mesmo ou a aquisição de estabilidade no emprego, não há qualquer vedação de que as estabilidades do contrato de trabalho sejam instituídas por acordos ou convenções coletivas de trabalho ou, ainda, por regulamentos das empresas.

Logo, tanto estabilidade quanto indenização podem coexistir de forma harmônica dentro do ordenamento jurídico.

Vale destacar que o inciso I do artigo 7º da Carta Constitucional é visto pela doutrina constitucionalista dominante como uma regra de eficácia contida⁷, produzindo efeito jurídico

⁷ Segundo Alexandre de Moraes (2006, p. 7) são as normas constitucionais que o legislador regulou o direito pretendido, mas deixou o Poder Público atuar sobre a norma restringindo os seus efeitos, nos termos em que a lei estabelecer. Assim, o direito protegido por uma norma de eficácia contida pode ser exercido desde que compatível com os limites impostos pelo Poder Público.

básico, determinado pela invalidação das dispensas fundadas no mero poder potestivo do empregador, sem que haja qualquer justificativa plausível tanto de ordem econômica como técnica (DELGADO, 2010, p. 1158).

Nesse ponto, não há como tratar da estabilidade no emprego sem mencionar a Convenção n. 158 da Organização Internacional do Trabalho, cuja vigência internacional se deu em 23 de novembro de 1985. A norma internacional em destaque é modelo para as legislações que visam proteger a relação de emprego. Embora não tenha vigido, a Constituição de 1988, de certa forma, seguiu os postulados da Convenção em inciso I do seu artigo 7. (CAMINO, 2004, p. 527).

No Brasil, a Convenção n. 158 não vingou. Após passar pela carta de ratificação e pela aprovação do Congresso Nacional, através do Decreto n. 1.855 de 10 de abril de 1996 a Convenção foi promulgada, mas teve sua existência no ordenamento jurídico brasileiro apenas por seis meses, quando em 20 de novembro de 1996 foi denunciada. A denúncia da Convenção n. 158 da OIT decorreu das pressões sofridas pelo governo contra a implementação da proteção contra o despedimento arbitrário e imotivado do empregado (CAMINO, 2004, p. 527).

A Convenção n. 158 estabelece que não haverá despedida ao menos que exista uma causa justificadora relacionada com o comportamento do trabalhador ou por motivos de ordem técnica ou pelas necessidades da empresa. Além disso, outros postulados garantidores da manutenção do contrato de trabalho encontram-se nela disciplinados (CAMINO, 2004).

Dessa forma, é preciso que exista um motivo relevante para o término do contrato de trabalho, tais como a prática de uma falta grave pelo empregado ou por motivos de ordem econômica ou técnica. Nesse tocante, pode ser compreendido a dificuldade financeira da empresa ou a troca da mão de obra por máquinas, nos casos em que não há possibilidade de adaptar os empregados às novas tecnologias.

Os fundamentos para a criação da estabilidade podem ser resumidos na busca da justiça social, tendo como premissa o direito ao trabalho e a sua continuidade. Em conjunto com isso, a estabilidade reflete a impossibilidade do empregador de exercer seu direito potestativo de dispensa imotivada e arbitrária do obreiro, possibilitando a este segurança de que não perderá seu sustento de forma inesperada (MARTINS, 2014, p. 461).

Logo, a estabilidade no emprego está arraigada ao princípio da continuidade da relação de emprego. Esse princípio visa proteger a relação jurídica firmada entre trabalhador e empregador para que o contrato de trabalho perdure no tempo, com o objetivo de proteção ao hipossuficiente.

O princípio da continuidade do emprego, ademais, visa garantir, em troca da prestação de serviço, o salário ao trabalhador visto seu caráter alimentar, promovendo o meio de subsistência ao trabalhador e sua família (NASCIMENTO, 2011, p. 1162). Representa, assim, uma garantia econômica para o trabalhador que não se verá privado do seu meio de sobrevivência de maneira inesperada.

Além das modalidades de estabilidade provisória previstas no ordenamento como obstativas ao término do contrato de trabalho pelo direito potestativo do empregador, há, também, a chamada estabilidade imprópria ligada a ideia de onerar excessivamente as despedidas arbitrárias do empregador com o intuito de coibi-las e, de certa forma, compensar o trabalhador pela perda do seu emprego (CAMINO, 2004, p. 522).

Aqui, podem ser citados os mecanismos criados pelo legislador como forma de aumentar os custos das demissões. O artigo 10 do ADCT em seu inciso I estabelece a multa de 40% sobre os recolhimentos de FGTS do empregado a serem pagos pelo empregador (CAMINO, 2004, p. 522).

Por outro lado, estar amparado por alguma garantia de emprego não significa que o contrato de trabalho não poderá ser extinto. A extinção do contrato de trabalho de um empregado estável não se dá como nas outras formas de extinção previstas no ordenamento jurídico, como a demissão ou dispensa.

Sabe-se que a dispensa de um empregado protegido por algum tipo de estabilidade provisória apenas acontecerá em caso de cometimento por uma das causas tipificadas no artigo 482 da CLT.

Entendimentos diversos se dividem entre a doutrina e jurisprudência, quanto à necessidade de ajuizamento de inquérito para apuração de falta grave. A jurisprudência, notadamente os julgados do TST⁸, são uníssonos em afirmar que é prescindível a instauração

⁸ ESTABILIDADE CONTRATUAL - INQUÉRITO PARA APURAÇÃO DE FALTA GRAVE - DESNECESSIDADE. É preciso salientar que o inquérito judicial, como instrumento processual viabilizador da dispensa por justa causa de empregado, titular de estabilidade, reporta-se necessariamente às hipóteses previstas em lei. **Com efeito, segundo se constata do artigo 853 c/c artigo 494, ambos da CLT, o inquérito era imprescindível para dispensa do empregado titular da estabilidade decenal, já extinta com o advento da Constituição de 88, cujo artigo 7º, inciso I, elegeram a indenização compensatória como proteção da relação de emprego. O inciso VIII, do artigo 8º, da Constituição, por sua vez, dispõe sobre a admissibilidade da resolução do contrato de trabalho do dirigente sindical, nos termos da lei.** Essa ressalva -nos termos da lei- tem iniludível efeito receptivo não só do artigo 482 e suas alíneas, mas igualmente do § 3º do artigo 543, no tópico dedicado à apuração da falta, que o legislador ordinário determinou se procedesse nos termos da Consolidação, num claro reconhecimento da pertinência das normas procedimentais dos artigos 494 e 853 da CLT. Com isso, depara-se com o seu descabimento na hipótese de estabilidade contratual. É que tratando-se de estabilidade instituída pelo empregador, por ato unilateral seu, a vantagem deve ser interpretada nos termos da sua instituição. Se se visou a concessão da estabilidade, pura e simplesmente, isto é, se espontaneamente abdicou do poder potestativo de rescisão contratual, circunscrevendo-o à prática de justa causa, não cabe ao Judiciário, indo além da sua vontade, impor-lhe a observância de instrumento procedimental alienígena ao ato de instituição

para demissão de trabalhador protegido pelas garantias de emprego, entendendo que apenas será ajuizado nos casos de trabalhadores protegidos pela já extinta estabilidade decenal.

Na doutrina, os ilustres juristas como Carrion (2012), Camino (2004) e Nascimento (2014) entendem pela desnecessidade de instauração de inquérito judicial para apuração de falta grave, visto que tal procedimento destina-se apenas aos casos de estabilidade decenal e no caso de dirigente sindical. Para as demais hipóteses de estabilidade provisória existentes no ordenamento, a dispensa será exercida de forma livre pelo empregador desde que o trabalhador tenha cometido falta grave.

Gomes e Gottschalk (2012) e Godinho Delgado (2010) entendem pela resolução do contrato de trabalho pelo via judicial através do inquérito para apuração da falta grave.

Dessa forma, com relação ao dirigente sindical e aqueles trabalhadores que optaram pela antiga estabilidade decenal o término do contrato de trabalho somente poderá se dar por meio de ação judicial. A forma de extinção do contrato de trabalho do estável, chama-se de resolução contratual.

Assim, não será o direito potestivo do empregador ensejador da ruptura do contrato, mas um ato do Estado (CAMINO, 2004, p. 523). Apenas quando o juiz decreta a resolução do contrato de trabalho, proferindo sentença de natureza constitutiva, é que o contrato de trabalho será extinto.

Para os demais casos de estabilidade, além daqueles abarcados pela necessidade de resolução judicial, não basta apenas a tipificação da conduta em uma das hipóteses previstas no artigo 482 da CLT, é necessário que a conduta tenha um *plus* a mais, consistente em sérias violações dos deveres do empregado, sendo, portanto, uma justa causa qualificada (CAMINO, 2004, p. 524, Grifo do autor).

Gomes e Gottschalk (2012, p. 426) explicam que, mesmo que as condutas que ocasionam a falta grave sejam aquelas previstas na legislação trabalhista, para determinarem a demissão de um empregado estável deverão apresentar um maior nível de gravidade, compreendido em dois sentidos: pela natureza da falta e pela sua repetição. Só assim, preenchendo esses dois requisitos, a extinção do contrato de trabalho de um empregado estável terá o mesmo efeito de que um não estável.

do benefício. Recurso a que se nega provimento (BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho, Recurso de Revista nº 114400-58.2001.5.18.0004, da 4ª Turma. Relator: Ministro Milton de Moura França. Brasília, 18 de dezembro de 2003, Grifo nosso).

Pontuam os autores, ainda, que algumas faltas não precisam preencher o requisito da repetitividade, pois já se constituem de natureza grave, como é o caso de ato de improbidade⁹ ou ato lesivo à honra do empregador¹⁰. Essas faltas por si só justificam a ruptura contratual. Não é o caso, entretanto, de faltas de menor gravidade. Para que elas possam ser motivadoras da resolução contratual é necessário que sejam praticadas constantemente, de modo a configurar uma “conduta funcional anômala e incompatível com os deveres de obediência ou diligência do empregado” (GOMES; GOTTSCHALK, 2012, p. 426).

Como já dito, os detentores da estabilidade decenal e os dirigentes sindicais necessitam de instauração de inquérito para que ocorra a sua demissão. Nos demais casos, em eventual reclamatória trabalhista pleiteando verbas do período de estabilidade e a reintegração no emprego, o ônus da prova com relação ao cometimento pelo empregado de falta grave será do empregador (TRT 4º Região, Recurso Ordinário nº 0020287-38.2014.5.04.0751 RO, Quinta Turma. Relator: Desª Berenice Messias Correa. Porto Alegre, 19 de novembro de 2014).

A falta praticada pelo empregado deve ser avaliada no caso concreto pela autoridade judicial, levando em consideração para seu julgamento final as consequências causadas no ambiente de trabalho, a conduta do empregado e seu histórico, a postura tomada pelo empregador frente a falta praticada (GOMES; GOTTSCHALK, 2012, p. 426).

Em suma, a configuração de falta grave, apta a ensejar a resolução do contrato laboral, além de estar tipificada no artigo 482 da CLT, deverá ter como característica uma maior gravidade frente as demais, bem como ser praticada reiteradamente quando for considerada falta de menor gravidade. Além disso, o descumprimento pelo empregado deve ser analisado dentro do contexto em que a falta foi praticada, não apenas a conduta em si.

A demissão de empregado detentor de garantia de emprego enseja a ele o direito de reintegração ao trabalho quando a ação judicial for instaurada durante o período de estabilidade. Se, no entanto, a ação for intentada após o período caberá apenas o direito aos salários daquele lapso.

No ordenamento jurídico, a estabilidade tem sido criada por diversas regras jurídicas de status e origem diversificados. Podem ser criadas por meio de regras heterônomas estatais, de origem constitucional ou legal, ou por meio de regras heterônomas estatais de origem judicial,

⁹ Segundo Nascimento (2011, p. 1219) é a ação ou omissão praticada pelo empregado com o objetivo de lesar o patrimônio do empregador ou até mesmo de terceiro, equiparando-se aos crimes de furto, apropriação indébita, dentre outros.

¹⁰ Confunde-se com os crimes de injúria, calúnia e difamação, configurando-se mesmo que proferida fora do ambiente de trabalho (CARRION, 2012).

advindas das sentenças normativas, ou, ainda, regras autônomas, resultado das negociações coletivas (DELGADO, 2010, p. 1166).

Nessa senda, as modalidades de estabilidades provisórias com maior enfoque previstas na legislação derivam de regras heterônomas estatais e podem ser compreendidas como a proteção ao dirigente de CIPA, à gestante, ao dirigente de entidade sindical e a do empregado acidentado.

Tendo em vista que o inciso I do artigo 7º ainda está pendente de regulamentação e, considerando que o Brasil seguiu os postulados da Convenção n. 158 da OIT, verifica-se que os obstáculos a instituição da garantia de emprego são de ordem política, uma vez que a norma internacional possui todo o arcabouço de medidas protetivas contra à despedida arbitrária ou sem justa causa (CAMINO, 2004, p. 528). Restaria, apenas, ratificá-las para se incorporarem ao sistema jurídico brasileiro.

No entanto, como a questão é delicada no cenário político brasileiro pelas pressões da classe empresária e pela inércia dos sindicatos representantes dos próprios trabalhadores o assunto jamais é debatido.

Tem-se, por conseguinte, que no ordenamento jurídico brasileiro não existe estabilidade no emprego, ou seja, aquela que independente da vontade do empregador preservará o vínculo empregatício, uma vez que esse instituto foi abolido da legislação pelo advento da Lei n. 8.036/90 que instituiu o FGTS como regime geral de contratação dos trabalhadores.

Nessa senda, existem apenas as chamadas garantias provisórias de emprego que protegem os trabalhadores quando estiverem em situações condicionantes específicas, ou seja, possuem caráter temporário, apresentando-se com mais frequência a proteção à gestante, ao trabalhador acidentado e aos dirigentes da CIPA e sindical.

3.2 As alterações trazidas pela súmula 244 do TST no mundo jurídico

Desde a promulgação da Constituição Cidadã de 1988 está pendente de regulamentação o inciso I do artigo 7º, que protege os trabalhadores contra despedidas arbitrárias e sem justa causa. Para disciplinar temporariamente esse artigo, o Constituinte originário, por meio do ato das disposições constitucionais transitórias em seu artigo 10º estabeleceu uma indenização em casos de dispensa, no valor equivalente a 40% sobre os valores depositados na conta vinculada do FGTS. Além disso, previu a proteção à gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, bem como proteção ao dirigente da CIPA.

Frente a inércia do Constituinte derivado, o Tribunal Superior do Trabalho editou a súmula 244, que dispõe acerca da estabilidade da gestante nos contratos de trabalho.

A primeira redação da súmula prescrevia que “a garantia de emprego à gestante não autoriza a reintegração, assegurando-lhe apenas o direito a salários e vantagens correspondentes ao período e seus reflexos” (BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho, Súmula n. 244).

Esse posicionamento do Tribunal apenas concedia o direito às gestantes de postularem as verbas decorrentes do período de estabilidade, mas não dava direito à reintegração ao serviço. Tal entendimento, em tese, frustrava o próprio objetivo da garantia de emprego que é assegurar o trabalho para, em contrapartida, a trabalhadora receber seu salário.

Em 2003, o TST através da Resolução nº 121/2003, publicada no Diário de Justiça nos dias 19, 20 e 21/11/2003, mudou seu entendimento alterando o teor da súmula, a qual passou a ter a seguinte redação: “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” (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho, Súmula n. 244).

Tem-se, que a antiga redação, na qual vedava a reintegração decorria do fato de que na década de 80 não estava consolidada no ordenamento jurídico a figura da tutela antecipada. Assim, não havia remédio processual cabível para que a gestante voltasse ao emprego, restando apenas a resignação quanto às verbas do período de estabilidade. Todavia, com a criação da figura da tutela antecipada no ano de 1994, a análise dos casos passaram a contar com esse novo instrumento jurídico, possibilitando deferir antecipadamente a reintegração da obreira (CABRAL apud BARRETO, 2013).

Dessa forma, com a possibilidade de pedir antecipadamente a reintegração da trabalhadora ao serviço, o Tribunal Superior entendeu plausível alterar o entendimento até então adotado, diante do novo remédio jurídico criado pelo legislador, confirmando a atual redação do inciso II da súmula.

O item I¹¹ da súmula 244 foi acrescido no ano de 2004, estabelecendo que a garantia provisória de emprego se dá desde a confirmação da gravidez, sendo prescindível a comunicação ao empregador, uma vez que

o desconhecimento da gravidez, tanto pelo empregador como pela empregada, no momento da despedida imotivada, não constitui condição obstativa ao reconhecimento da estabilidade provisória constitucional. Comprovada, portanto, a

¹¹ [...] 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). [...]

concepção na vigência do vínculo empregatício, a empregada gestante tem direito aos salários pelo período concernente à estabilidade provisória e reflexos e ao salário-maternidade (BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho, Agravo de instrumento em recurso de revista nº 400356-75.1997.5.02.5555, Relator: Ministro Francisco Fausto Paula de Medeiros, Brasília, 12 de maio de 2000.)

Constatada, então, a gravidez da empregada, estará ela amparada pela garantia provisória de emprego independente da ciência do empregador, sendo requisito apenas que o estado gravídico ocorra durante a relação de trabalho. Trata-se de responsabilidade objetiva do empregador.

Quanto ao item III da Súmula, sua origem foi a antiga Orientação Jurisprudencial número 196 da Subseção I Especializada de Direitos Individuais (SBDI-1) do TST, de novembro de 2000, que foi convertida em 2005 pela Resolução número 129/2005 integrando o texto da súmula, que passou a ter a seguinte redação:

Não há direito da empregada gestante à estabilidade provisória na hipótese de admissão mediante contrato de experiência, visto que a extinção da relação de emprego, em face do término do prazo, não constitui dispensa arbitrária ou sem justa causa. (ex-OJ nº 196 da SBDI-1 - inserida em 08.11.2000) (BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho, Súmula 244).

Com efeito, o entendimento do TST acerca da incompatibilidade dos institutos da garantia de emprego e dos contratos a termo era adotado veementemente, especialmente com relação aos contratos de experiência que possuem um período curto de duração. Tanto é que em uma de suas decisões o referido Tribunal assim decidiu:

RECURSO DE REVISTA. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. GESTANTE. CONTRATO DE EXPERIÊNCIA. No caso de contrato de experiência, o termo final extingue o contrato de trabalho por prazo determinado, conforme pactuado no ato da contratação, não se tratando, portanto, da dispensa arbitrária ou sem justa causa a que se refere o art. 10, II, b, do ADCT. Contrariedade à Súmula nº 244, III, do TST caracterizada. Ressalva do meu entendimento pessoal. Recurso de revista a que se dá provimento. (BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho, Recurso de revista nº 89500-61.2008.5.09.0668, da 5ª Turma, Relator: Ministra Kátia Magalhães Arruda. Brasília, 09 de fevereiro de 2011).

Verifica-se, dessa forma, que o posicionamento adotado pelo Tribunal Superior do Trabalho era de que a gestante não tinha direito à estabilidade nos contratos de experiência, isso porque nessa modalidade contratual seu término acontece independente da vontade das partes,

não havendo que falar em despedida arbitrária ou sem justa causa, bem como pelo fato de que as partes já sabiam previamente o prazo final do contrato de trabalho.

Em suma, a posição adotada pelo Tribunal Superior do Trabalho era pela incompatibilidade dos contratos a termo em relação a manutenção do contrato de trabalho por um período além do previsto em virtude de uma garantia de emprego.

Todavia, mudando seu posicionamento quanto ao item III da súmula, o Pleno do TST, em 14 de setembro de 2012, alterou a sua redação por meio da resolução 185, publicada no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho (DEJT) em 26 de setembro de 2012, ampliando a garantia de emprego para a gestante nos contratos com prazo determinado, cuja redação passou a seguinte: “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” (BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho, Súmula 244).

Essa alteração de entendimento foi consubstanciada em decisões proferidas pelo STF. O tema foi discutido pela primeira vez na Suprema Corte no ano de 2005, quando no Recurso Extraordinário n. 287.905-3/Santa Catarina, julgado pela 2ª Turma, teve como objeto a análise da licença-maternidade de 120 dias em conjunto com estabilidade provisória para uma professora, que firmou sucessivos contratos temporários com o estado de Santa Catarina.

Após acalorada discussão, os Ministros decidiram pelo reconhecimento da estabilidade provisória e da licença-maternidade, fundamentando a decisão na responsabilidade objetiva do empregador, ou seja, na dispensa da comunicação da gravidez, preponderando o

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

Todavia, a extensão da garantia de emprego ao contrato com prazo determinado firmado no caso em análise ocorreu em virtude de que se tratavam de contratos sucessivos pactuados entre o estado de Santa Catarina e a gestante, o que pressupõe a indeterminação do contrato.

Outros foram os julgados do Supremo Tribunal Federal que influenciaram na alteração da redação da súmula sob análise. Dentre eles pode-se destacar o Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 804574/DF da Primeira Turma, de relatoria do Ministro Luiz Fux e o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 600057/SC da Segunda Turma, de relatoria do Ministro Eros Grau.

Mais recentemente, o julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 634.093/Distrito Federal, também repercutiu para a alteração da súmula, no qual reconheceu que a gestante tem direito à licença-maternidade e a estabilidade provisória mesmo admitida em contrato precário. Em seu voto, o Ministro Relator Celso de Mello fundamentou no sentido de que

As gestantes – quer se trate de servidoras públicas, quer se cuide de trabalhadoras, qualquer que seja o regime jurídico a elas aplicável, não importando se de caráter administrativo ou de natureza contratual (CLT), mesmo aquelas ocupantes de cargo em comissão ou exercentes de função de confiança ou, ainda, as contratadas por prazo determinado, inclusive na hipótese prevista no inciso IX do art. 37 da Constituição, ou admitidas a título precário – têm direito público subjetivo à estabilidade provisória, desde a confirmação do estado fisiológico de gravidez até cinco (5) meses após o parto (ADCT, art. 10, II, “b”), e, também, à licença-maternidade de 120 dias (CF, art. 7º, XVIII, c/c o art. 39, § 3º), sendo-lhes preservada, em consequência, nesse período, a integridade do vínculo jurídico que as une à Administração Pública ou ao empregador, sem prejuízo da integral percepção do estipêndio funcional ou da remuneração laboral. Doutrina. Precedentes. Convenção OIT nº 103 /1952 (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Agravo regimental no Recurso Extraordinário nº 634.093/DF, da 2ª Turma. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 22 de novembro de 2011).

Vale destacar que todos esses precedentes motivadores da alteração sumular do TST advêm de julgamentos referentes a contratos firmados com a Administração Pública, portanto, matéria estranha à área trabalhista.

Hoje, portanto, a gestante tem direito a estabilidade desde a confirmação da gravidez, independente da sua comunicação ao empregador. Quando despedida, a gestante tem direito a reintegração ou, subsidiariamente, postular as verbas do período de estabilidade, quando inviável a reintegração. E, ainda, mesmo que admitida por prazo determinado não poderá ser demitida pelo seu empregador por estar acobertada por uma garantia provisória de emprego.

Os motivos que levaram o TST a estender os efeitos da garantia de emprego aos contratos com prazo determinado são a proteção à maternidade, mas, sobretudo, à proteção ao nascituro. Dessa forma, embora a gestante tenha sido contratada sob a vigência de um contrato com prazo determinado, o empregador estará impedido de rescindi-lo em virtude no novo entendimento adotado.

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

Os fundamentos defendidos pelo Ministro Relator para ampliar a proteção da gestante aos contratos com prazo determinado, de forma sucinta, consubstanciam-se em que o artigo 10 do ADCT impõe ao empregador a responsabilidade objetiva pelos salários e pelas garantias ínsitas aos contratos de trabalho ao longo de todo o período de estabilidade. Acrescenta, ainda, que o único pressuposto para o reconhecimento da garantia de emprego é a gravidez no momento da rescisão do contrato de trabalho, independentemente da modalidade contratual adotada (BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho, Recurso de Revista nº 6605-52.2010.5.12.0001, da 4ª Turma. Relator: Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho. Brasília, 09 de maio de 2012).

Além disso, dando ênfase ao contrato de experiência, destacou o ilustre Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho que aquele

distingue-se das demais modalidades de contratação por prazo determinado, por trazer, ínsita, uma expectativa de continuidade da relação entre as partes, as quais aproveita, em igual medida, teoricamente, um resultado positivo da experiência. Assim, o contrato de experiência tem a particularidade de carregar em sua gênese um desígnio de conversão em contrato por prazo indeterminado. Portanto, a modalidade de contratação da reclamante - contrato de experiência por prazo determinado - não é capaz de elidir o direito da trabalhadora à estabilidade provisória ou ao recebimento da indenização correspondente aos salários do período ao longo do qual estava protegida pela estabilidade (BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho, Recurso de Revista nº 6605-52.2010.5.12.0001, da 4ª Turma. Relator: Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho. Brasília, 09 de maio de 2012).

Arrematou afirmando que, independente da modalidade de contratação, deve-se observar a finalidade substancial da norma, que é eminentemente dirigida à proteção do nascituro, pois

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

Resta evidente que o escopo da alteração foi direcionado não só à proteção da mulher como também ao nascituro,

haja vista que neste sentido o direito a vida e da dignidade da pessoa humana é direito fundamental, ora prevalecendo sobre o interesse comum o que garantiria a estabilidade provisória da gestante inclusive nos contratos por tempo determinado, o que se inclui o contrato de experiência. (PEREIRA, 2014).

Assim, pode-se inferir que um dos argumentos utilizados pelo TST para ampliar a garantia de emprego da gestante aos contratos de trabalho com prazo determinado, principalmente ao contrato de experiência, refere-se que essa modalidade contratual tem como finalidade analisar o desempenho e adaptação tanto do empregador como da empregada. Terminado o prazo estabelecido há uma presunção na efetivação da trabalhadora (PEREIRA, 2014).

Aliado a isso, a extensão a proteção da gestante deu-se por um objetivo de tutela constitucional, protegendo a dignidade da pessoa humana de forma que a proteção não se volta apenas à obreira, mas, principalmente, à proteção ao nascituro (PEREIRA, 2014).

E, por fim, acrescentando ao rol de fundamentos utilizados entende o Tribunal que o artigo 10 do ADCT não faz distinção entre contratos a termo ou contratos com prazo indeterminado para que a garantia provisória seja reconhecida à gestante.

3.3 Uma discussão do papel das súmulas do Tribunal Superior do Trabalho

É grande a influência da jurisprudência, notadamente a sua consolidação por meio das súmulas, para o Direito do Trabalho. Diante do número cada vez maior de litígios ajuizados perante a justiça trabalhista, as súmulas foram o meio que o Tribunal Superior do Trabalho encontrou para diminuir recursos interpostos contra decisões emandadas em grau inferior que estivessem em harmonia com os seus textos sumulados. Todavia, esse objetivo pode ter desvirtuado a função das súmulas dentro do sistema jurídico brasileiro.

As súmulas são fruto da jurisprudência dos tribunais, sendo necessário tecer algumas informações singelas acerca do tema.

A utilização de jurisprudência como fonte de Direito está vinculado ao sistema anglo-saxônico, pelo qual o único meio de decidir os litígios postos perante o Estado é baseado nas decisões reiteradas dos Tribunais. O Brasil, no entanto, adota o sistema romano-germânico pelo qual o Estado cria as normas e com elas decide os litígios provocados pelas partes. No entanto, há que se admitir que, mesmo adotando esse sistema, o Poder Judiciário brasileiro cada vez mais utiliza de seus precedentes para fundamentar suas decisões.

Conceitua-se a jurisprudência como a interpretação reiterada das normas jurídicas aplicáveis aos casos concretos, que se tornam uniformes e serão aplicadas aos casos do mundo fático em semelhantes situações. Em outras palavras, jurisprudência é conceituada como “o conjunto de decisões uniformes e constantes dos tribunais, proferidas para a solução judicial de conflitos, envolvendo casos semelhantes” (GARCIA, 2009, p. 94).

Na doutrina, há forte discussão a respeito de a jurisprudência ser ou não fonte de Direito.

Entende-se por fonte de Direito as prescrições que modificam a ordem jurídica, ao ponto de estabelecer direitos e obrigações tanto para o Estado como para os particulares. O resultado derivado dessas fontes é objeto de interpretação (FARAH, 2006, p. 77).

A corrente tradicional não considera a jurisprudência uma fonte de Direito pelo fato de que lhe falta abstração, generalidade e impessoalidade, características estas das regras, pois derivam das decisões judiciais emanadas pelos Tribunais aos casos concretos (CASSAR, 2014). Além de que a jurisprudência não possui força obrigatória, desvinculando o juiz de seus preceitos informativos (MARTINS, 2014, p. 40).

Assim, para esta corrente, não há como se falar em fonte para o direito, pois as normas aplicadas aos casos concretos perdem o seu caráter abstrato, uma vez que vinculam nas decisões determinadas especificidades do caso concreto, tornando essas decisões com caráter pessoal.

Dentro desse mesmo entendimento sustenta Tercio Sampaio Ferraz Junior (2013, p. 211) que a jurisprudência para o sistema romano-germânico é uma fonte interpretativa da lei, mas que não pode ser considerada uma fonte do Direito. Contudo, o autor faz uma ressalva quanto à utilização da jurisprudência para o Direito do Trabalho, pois esta área visa, antes de tudo, a proteção do trabalhador e, por assim ser, pode a jurisprudência nos casos de decisões judiciais *contra legem* ser considerada fonte baseada na equidade (FERRAZ JUNIOR, 2013).

Por outro lado, a corrente moderna entende que a jurisprudência deve ser considerada como fonte de Direito, não pelas decisões isoladas – pois a estas faltaria o caráter da impessoalidade, abstração e generalidade – mas, pelas decisões dos tribunais com posições jurídicas similares que se reiteram no tempo, as quais ganhariam os três elementos fundadores das regras, abstração, generalidade e impessoalidade, tornando-se, assim, fontes normativas (DELGADO, 2010, p. 158), bem como ser uma fonte criativa e atualizadora do direito, em virtude das decisões dos tribunais para casos semelhantes (VECCHI, 2009, v.1, p. 106).

Nesse diapasão, entendendo-se as súmulas como frutos da jurisprudência dos Tribunais, não se pode arrolá-las como fontes de direito, em razão de que “sua função principal é a interpretação e interpretar as normas em um ou outro sentido não se afigura como caracterização de fonte do direito. Fonte é o texto que se interpreta, e não o exercício da interpretação”. (FARAH, 2006, p. 77).

A jurisprudência no Brasil se consolida por meio das súmulas, que são enunciados elaborados pelos Tribunais após reiteradas decisões similares para casos semelhantes. Elas são o procedimento pelo qual se busca a uniformização da jurisprudência no Direito brasileiro.

Nesse sentido, dispõe o artigo 479¹² do Código de Processo Civil que os julgamentos realizados pela maioria absoluta dos membros do Tribunal serão objeto de súmula, constituindo precedente na uniformização da jurisprudência, sendo que a forma de sua publicação ficará a cargo de cada tribunal (BRASIL, Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973).

Foi, a partir de 2004, por meio da emenda constitucional número 45, que reformou o Poder Judiciário, que foram criados mecanismos consistentes de vinculação das instâncias inferiores a jurisprudência formulada pelos Tribunais superiores no Brasil, notadamente com o artigo 103-A da Carta Magna que instituiu a súmula vinculante, com o artigo 518, §1º, do Código de Processo Civil que disciplinou as súmulas impeditivas de recurso e com a criação de novos incidentes de uniformização da jurisprudência (CABRAL, 2013).

A uniformização da jurisprudência através dos regimentos internos dos Tribunais “criou a possibilidade de uniformização da jurisprudência com base em procedimentos legais, o que, dentro do sistema romanístico, pode conferir-lhe uma força especial de orientação interpretativa” (FERRAZ JUNIOR, 2013, p. 211).

Assim, a origem da palavra súmula repousa na ideia de resumo e, por conseguinte, na simplificação da decisão judicial que ao receber um número referente ao determinado entendimento sumulado, não necessita retomar-se ao conteúdo integral do precedente (GRILLO, 2011).

Em muitos casos a serem julgados pelo magistrado, este se depara com lacunas que dificultam a integração do Direito, tanto pelos inúmeros entendimentos doutrinários como pelos inúmeros julgados. Desse modo, a jurisprudência tem o condão de uniformizar o entendimento de determinado assunto, trazendo a harmônia para o Direito (NADER, 2010).

Assim, a finalidade da súmula é, precipuamente, pacificar entendimentos distintos, evitando a repetição de julgamentos cujas matérias encontram-se consolidadas pelo Tribunal Superior, de modo a firmar entendimentos dominantes, contribuindo com a celeridade processual. O meio pelo qual tais objetivos são alcançados revela-se na função interpretativa, chamada de função-meio, uma vez que a súmula destina-se apenas à interpretação dos textos legais (FARAH, 2006 p. 208).

A história das súmulas no TST começou pela consagração da jurisprudência em prejulgados e súmulas, em que os primeiros possuíam efeitos vinculantes para as instâncias inferiores, e as segundas apenas orientavam os órgãos inferiores. Entretanto, desde 2005 os

¹²Art. 479. O julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência. Parágrafo único. Os regimentos internos disporão sobre a publicação no órgão oficial das súmulas de jurisprudência predominante.

enunciados do TST passaram a ser chamados por súmulas. Além da edição de súmulas, o TST edita, também, Orientações Jurisprudenciais, as quais são apenas recomendações do Tribunal acerca de um determinado tema, sobre o qual ainda não há entendimento consolidado (CASSAR, 2014).

Dessa formas, as súmulas do TST ao estamparem o entendimento do Tribunal acerca de um tema

cumprem importante função uniformizadora, considerando-se o caráter federal da legislação trabalhista. Tal sistema, [...], favorece a coerência e a previsibilidade das decisões judiciais, facilitando a tarefa dos juízes e o funcionamento do aparelho judiciário, eis que funciona também como limitador do direito de recurso. (ROBORTELLA, 2013).

Além do papel uniformizador das súmulas, elas servem de condição de admissibilidade do recurso de revista interposto perante o TST.

Estabelece o artigo 896¹³ da CLT que para que seja recebido o referido recurso a decisão recorrida deve estar em desconformidade com matéria sumulada pelo TST ou súmulas vinculantes do STF. Percebe-se, com isso, tamanha importância das súmulas perante o Tribunal Superior do Trabalho.

Esse efeito vinculativo pode ser comparado ao efeito criado pelas súmulas vinculantes, que segundo Gustavo Pereira Farah (2006) trata-se de um efeito vinculativo indireto, devido a falta de previsão legal nesse sentido. Ele se dá pela vinculação do Tribunal ao seu próprio entendimento, de forma que, mesmo que um Tribunal divirja de entendimento sumulado, chegando ao TST recurso de revista que confronte súmula, a decisão da instância inferior será reformada, independente de ser melhor ou não para o caso concreto.

De outra forma, a decisão que se pretende ver reformada apenas chegará a instância máxima trabalhista caso esteja em desconformidade com súmula daquele Tribunal, caso contrário, a parte verá tolhido o seu direito de revisão da decisão prolatada em grau inferior.

Por ser meio de interpretação das normas jurídicas, às súmulas é vedado o poder de criação de direitos e obrigações, inovando na ordem jurídica. Em razão disso, os Tribunais inferiores não estão obrigados a seguir os entendimentos sumulados. No entanto, presumindo

¹³Art. 896 - Cabe Recurso de Revista para Turma do Tribunal Superior do Trabalho das decisões proferidas em grau de recurso ordinário, em dissídio individual, pelos Tribunais Regionais do Trabalho, quando: a) derem ao mesmo dispositivo de lei federal interpretação diversa da que lhe houver dado outro Tribunal Regional do Trabalho, no seu Pleno ou Turma, ou a Seção de Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, ou contrariarem súmula de jurisprudência uniforme dessa Corte ou súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal; [...]

que as decisões por ele proferidas serão modificadas, a maioria dos magistrados interpretam os casos concretos de acordo com as súmulas do TST.

A jurisprudência não possui a força vinculativa da lei e, dessa forma, pode-se dizer que

as ‘regras de direito’ estabelecidas pela jurisprudência [...] não têm a mesma autoridade que as formuladas pelo legislador. São regras frágeis, suscetíveis de serem rejeitadas ou modificadas a todo o tempo, no momento em que surge uma nova espécie. A jurisprudência não está vinculada pelas regras que estabeleceu; ela não pode mesmo invocá-las, de modo geral, para justificar a decisão que vai proferir. (DAVID, p. 151 apud GRILLO, 2011).

Embora a falta de obrigatoriedade seja entendimento da doutrina, isso não ocorre com as súmulas do TST, em que o efeito vinculativo delas

não se restringe à vinculação indireta dos juízes de primeira instância e dos tribunais regionais e tampouco obriga, diretamente, o próprio TST, senão todas as autoridades e toda a sociedade em matéria objetiva e derivada que diga respeito à competência trabalhista traçada pela nova redação do art. 114 da Constituição Federal a partir da Emenda Constitucional n. 45 de 8 de dezembro de 2004 (FARAH, p. 182).

Assim, as matérias que se encontram sedimentadas em entendimento sumular vinculam a todos, de modo a determinar regras de conduta, isso porque se a decisão de grau inferior chegar a ser analisada pelo TST, constatando-se a desconformidade com súmula desse órgão a decisão será reformada. O Tribunal nada mais faz que controlar os recursos que chegam até ele, deixando de apreciar recursos de decisões que estão em acordo com a matéria sumulada.

Logo, a eficácia das súmulas do TST é *erga omnes*, porquanto o órgão “realiza, por suas súmulas, a transmissão da palavra plena e final: plena pela *onipotência* e final pela irrecorribilidade (FARAH, 2006, p.182, Grifo do autor).

Dessa forma, o poder conferido ao Tribunal Superior do Trabalho para a edição de suas súmulas conforme seu próprio entendimento é amplo. As matérias convertidas em súmulas do TST não passam por nenhum tipo de controle. O Tribunal possui ampla liberdade para criá-las como para editá-las ou extingui-las. Assim, o próprio órgão que as cria possui poderes para revisa-las e cancela-las no momento que lhe convier (FARAH, 2006).

Essa autonomia causa certa insegurança, pois esses entendimentos consolidados não passam por nenhuma espécie de controle. Como as súmulas do TST não possuem força normativa decorrente de ordem legal, é impossível colocá-las para análise através de ação direta

de inconstitucionalidade, questionando algum vício existente, nem quando inovam na ordem jurídica (FARAH, 2006).

As súmulas do TST vêm, então, para uniformizar as decisões dos graus inferiores, sendo que, embora não possuam obrigatoriedade para sua aplicação são seguidas com fidelidade pelos aplicadores do Direito, especialmente os magistrados, que intencionam a redução de recursos, na maioria protelatórios, quando suas sentenças seguirem as súmulas do TST.

As súmulas que extrapolam a sua função interpretativa e acabam ditando novas obrigações no ordenamento jurídico são denominadas por súmulas legiferantes. Nesse sentido, “A súmula deixa de ser a intenção padronizada dos julgadores e passa a ter a função padronizante” (FARAH, 2006. p. 183).

Logo, “a única fiscalização pela qual passa a súmula (de cunho legislativo ou não) é o simples crivo do TST. Assim, para que uma súmula legiferante nasça para o mundo jurídico, basta que ela siga o trâmite pelo qual passa qualquer súmula” (FARAH, 2006, p. 212).

Nesse sentido, a edição das súmulas pela mais alta Corte Trabalhista

têm o papel de substituir uma atuação legislativa efetiva, democrática e própria do Poder constitucionalmente estabelecido (Poder Legislativo), em nome de um pretenso resguardo de proteção a um trabalhador que é tratado como “hipossuficiente” - praticamente um ser jurídico relativamente incapaz para tomar decisões que lhe afetam direta e pessoalmente -, abre caminho a uma trilha sinuosa e perigosa à manutenção das garantias constitucionais (AGUIAR; COSTA, 2012).

Sendo assim, em face da influência das súmulas na seara trabalhista, cumpre tecer algumas considerações sobre a jurisprudência e a insegurança causado dentro do sistema jurídico. O ordenamento jurídico é regido pelo Estado Democrático de Direito, que permite a cada pessoa, de forma livre, exercer determinadas condutas autorizadas pelo ordenamento, isso porque elas possuem um prévio conhecimento do que pode ou não ser feito, podendo, assim, guiar suas ações futuras.

As súmulas, portanto, são mecanismos utilizados pelos Tribunais Superiores para, por meio de reiteradas decisões, consolidarem um entendimento acerca de determinado tema. Nesse ponto, elas não poderiam criar obrigações através de textos cujo conteúdo seja de caráter geral, abstrato e impessoal, de forma a alterar institutos como é da extensão da estabilidade da gestante aos contratos com prazo (CUNHA, 2013).

A insegurança jurídica criada pela nova alteração da súmula refere-se, notadamente, a modificação de um instituto jurídico produzido pela lei por um entendimento sumulado,

agravando-se a instabilidade quando no decorrer da relação contratual laboral o novo entendimento se consolidou (CUNHA, 2013).

Permitir, desse modo, que o entendimento sumulado possa alterar o instituto da determinação dos prazos do contrato de trabalho, solidificado pela legislação, é desafiar o princípio do Estado Democrático de Direito, admitindo-se, dessa forma, que todos estejam obrigados a fazer ou deixar de fazer alguma coisa mesmo que não prevista na legislação, sendo suficiente o advento de um novo entendimento sumulado para fazer o papel da lei (CUNHA, 2013).

Nesse tocante, o escopo principal das súmulas dentro do ordenamento jurídico é a interpretação das normas jurídicas, de modo que a criação de obrigações e direitos é reservado as leis, que são produzidas pelo poder legitimado para tanto.

Muito embora alegando a interpretação de norma, a sensível preocupação do TST com a alteração da redação da súmula 244 reveste-se de uma flagrante inovação legislativa, pois o término do contrato de trabalho com prazo determinada não configura despedida arbitrária ou sem justa causa, como prescreve o artigo 10 do ADCT.

Ademais, as decisões proferidas pelo órgão máximo em matéria trabalhista que fizeram rever o posicionamento acerca da aplicabilidade da estabilidade provisória aos contratos com prazo determinado, foram todas aplicadas em contratos de experiência e o novo entendimento estende a estabilidade a todos as modalidades contratuais com prazo certo.

Isso gera incongruência, no sentido de que

as súmulas perante o TST não precisam de decisões reiteradas para se assim se tornarem. Havendo interpretação acerca de determinado assunto de natureza peculiar ela interpretará de forma a inovar no ordenamento jurídico. [...] mesmo que uma súmula não seja criada como fruto da repetição de julgados, ela, ainda assim, permanece na seara interpretativa; a necessidade da reiteração do assunto jurídico discutido é dispensável, pois basta uma compreensão peculiar da realidade em um dado momento e espaço para que surja uma interpretação nova (FARAH, 2006, p. 08).

A mudança trazida pela nova interpretação poderá causar efeitos contrários aos pretendidos, uma vez que careceu de análise detalhada pelo Tribunal Superior acerca de suas consequências, bem como pelo fato de que descaracterizou uma modalidade contratual prevista na lei, trazendo incertezas e insegurança.

3.4 O confronto entre a súmula e a definição de “extinção do contrato de trabalho” por prazo determinado

A inovação interpretativa do TST à sumula 244 causou inquietação aos aplicadores do Direito, alguns elogiando a nova redação, outros criticando-a por causar insegurança jurídica. Além da resistência dos próprios tribunais, alguns doutrinadores questionam essa nova posição adotada pelo Tribunal Superior do Trabalho.

Em que pese o entendimento sumulado pelo Tribunal Superior do Trabalho conferindo a estabilidade provisória às gestantes contratadas com prazo determinado a partir de setembro de 2012, muitos Tribunais Regionais do Trabalho têm entendido pela não aplicação do teor do inciso III da súmula 244 do TST.

Primeiramente, deve-se trazer à baila a opinião de Sérgio Pinto Martins (2014, p. 124) acerca das garantias de emprego nos contratos com prazo determinado, o qual entende que

nos contratos de trabalho por prazo determinado, o empregador não terá de observar a garantia de emprego, mesmo que, por exemplo, a empregada fique grávida no curso do pacto laboral, pois as partes sabiam desde o início que o contrato de trabalho terminaria no último dia acordado. Nesse dia, o pacto laboral estará encerrado.

De acordo com o autor, não há violação ao artigo 9º da CLT, pelo fato de que as partes já sabiam desde o momento da pactuação o momento em que terminaria o contrato de trabalho, não se aplicando a suspensão, interrupção ou prorrogação do contrato, uma vez que o contrato termina no dia em que foi definido pelas partes, independentemente se há ou não garantia de emprego (MARTINS, 2014).

Comunga do mesmo entendimento Vólia Bonfim Cassar (2014), a qual entende que a estabilidade não protraí o tempo de duração do contrato, uma vez que não houve dispensa arbitrária, mas sim, caducidade do contrato. Dessa forma, na opinião da autora, o empregada apenas adquire a estabilidade durante o período celebrado no contrato por termo certo.

Enfatiza a autora que permitir que a estabilidade impeça o término contratual pactuado livremente pelas partes significa extinguir com determinados contratos a termo existentes no ordenamento. Propõe a autora, dessa forma, que seria melhor que o TST, a fim de evitar a discriminação nos contratos de experiência, tivesse invertido o ônus da prova, incumbindo o empregador de provar que a não aprovação da gestante no contrato de experiência não foi por motivo discriminatório (CASSAR, 2014).

O efeito da extensão da garantia de emprego da gestante aos contratos a termo, mesmo com a nova redação dada à Súmula 244

desnatura e torna sem sentido tal contrato especial, que tem como característica básica o fato de encerrar, em si mesmo, um prazo que faz com que a relação de emprego existente termine no tempo indicado no contrato. (RIO DE JANEIRO, Tribunal Regional do Trabalho, Recurso Ordinário nº 0001189-03.2013.5.01.0261, da 9ª Turma, Relator: Desª Claudia de Souza Gomes Freire, Rio de Janeiro, 2 de Dezembro de 2014, Grifo nosso).

Em consonância com tais argumentos está o julgamento do Recurso Ordinário nº 0001109-58.2011.5.04.0024, da 10ª Turma do TRT da 4ª Região, de relatoria do Desembargador Emílio Papaléo Zin, que negou a estabilidade a uma gestante sob o argumento de que

a estabilidade provisória assegurada, no caso de contrato a prazo determinado, não é aplicável aos contratos de experiência, sob pena de desnaturar a finalidade destes pactos. Trata-se, o contrato de experiência, de espécie do gênero contrato a prazo determinado, não sendo possível estender a esta espécie singular de ajuste, a garantia de emprego assegurada à empregada gestante no art. 10, II, b, do ADCT. É inconciliável a estabilidade com a natureza do contrato de experiência (RIO GRANDE DO SUL, Tribunal Regional do Trabalho, Recurso Ordinário nº 0001109-58.2011.5.04.0024, da 10ª Turma. Relator: Des. Emílio Papaléo Zin, porto Alegre, 04 de abril de 2013).

De igual forma, verifica-se a incompatibilidade dos contratos com prazo determinado com a estabilidade da gestante, notadamente os contratos de experiência, de forma que mais uma vez a 10ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região julgou o Recurso Ordinário n. 0000663-19.2012.5.04.0251 e negou provimento ao pedida da reclamante para ter garantida a estabilidade de emprego. Veja-se:

No caso, o contrato de experiência firmado entre as partes, em observância aos ditames dos arts. 443, 445, parágrafo único, e 451 da CLT, é modalidade de contrato a prazo determinado, que se configura em exceção ao princípio da continuidade do vínculo de emprego. Por essa razão, entendo que a empregada, na data em que desconstituído o vínculo, não detém estabilidade no emprego, decorrente da gravidez, ante a incompatibilidade jurídica entre o instituto da estabilidade e os contratos a termo (RIO GRANDE DO SUL, Tribunal Regional do Trabalho, Recurso Ordinário n. 00006631920125040251, Relator: Desembargador Fernando Luiz De Moura Cassal, Porto Alegre, 17 de abril de 2013).

Para reforçar a incompatibilidade dos dois institutos, a 10ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, no julgamento do Recurso Ordinário nº 0000775-84.2013.5.02.0064, de relatoria da Desembargadora Marta Casadei Momezzo, entendeu que

a [...] redação da Súmula nº 244, do [Colendo]. TST, não se mostra capaz de obstar a dispensa motivada da empregada contratada em regime de experiência, como verificado aqui, já que não seria razoável impor ao empregador a manutenção do contrato de trabalho com empregados que não tenham a devida aptidão para o desenvolvimento de seu mister, ainda que se trate de empregada gestante. (SÃO PAULO, Tribunal Regional do Trabalho, Recurso Ordinário nº 000775-84.2013.5.02.0064, da 10ª Turma, Relator: Desª Marta Casadei Momezzo, São Paulo, 29 de julho de 2014).

É incontroverso que ampliar a garantia de emprego à gestante para os contratos com prazo determinado está-se a ferir um dispositivo legal. Os contratos com prazo determinado possuem como elementos primordial a fixação do termo final. Nessa senda, aplicar a garantia de emprego está-se a prorrogar o contrato de trabalho além do seu tempo máximo.

Aliado a esses argumentos, pode-se destacar a previsão disposta no §4º do artigo 1º da Lei nº 9.601/98¹⁴, o qual refere que estando o trabalhador amparado por uma das garantias de emprego (gestante, cipeiro, dirigente sindical e acidentado) não poderá ser dispensado antes do prazo estipulado pelas partes. Contudo, advindo o termo, extingue-se o contrato de trabalho, ante a previsibilidade das partes quanto ao momento do seu término (MARTINS, 2014, p. 124).

Pelo teor da referida lei a garantia de emprego não prorroga a duração do contrato de trabalho, ela apenas impede que o trabalhador seja demitido arbitrariamente na vigência do contrato laboral.

Nessa seara, o contrato de experiência é o mais prejudicado e o mais questionado devido ao seu exíguo espaço de tempo, bem como finalidade a que se destina. São noventa dias em que o trabalhador e o empregado possuem para analisar a viabilidade do contrato de trabalho.

O contrato de experiência, como já analisado, tem como finalidade precípua verificar a adaptação da obreira ao cargo pretendido, em contrapartida permitir que o empregador analise as qualificações profissionais dela. Logo, ao final do pacto laboral não há como garantir uma expectativa de continuidade da relação de emprego, pois não estando adaptada ao cargo ou não

¹⁴§ 4º São garantidas as estabilidades provisórias da gestante; do dirigente sindical, ainda que suplente; do empregado eleito para cargo de direção de comissões internas de prevenção de acidentes; do empregado acidentado, nos termos do art 118 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, durante a vigência do contrato por prazo determinado, que não poderá ser rescindido antes do prazo estipulado pelas partes.

mostrando qualidades técnicas suficientes, é plenamente justificável a extinção do contrato de experiência.

Assim, a estabilidade garantida à gestante nos contratos com prazo certo, principalmente o de experiência “revela-se incompatível com o próprio fim a que se destina o contrato de experiência, pois impediria que o empregador exercesse o seu direito de optar pela não manutenção do vínculo após o término do prazo, nos casos em que verificasse a inaptidão do empregado” (RIO DE JANEIRO, Tribunal Regional do Trabalho. Recurso Ordinário nº 0000047-91.2013.5.01.0057, da 9ª Turma. Relator: Des. Antonio Carlos de Azevedo Rodrigues. Rio de Janeiro, 15 de outubro de 2013).

O estreito lapso de noventa dias para a pactuação do contrato de experiência gera a incompatibilidade com o instituto da estabilidade, pois quando a empregada descobre que está grávida estando em período de experiência, o contrato prorroga-se por mais onze meses. Pensando na hipótese de que o contrato de experiência foi pactuado no prazo máximo previsto, noventa dias, agregado ao período restante de gravidez, seis meses, somado aos cinco meses do período pós-parto, tem-se um aumento em quase um ano do contrato de trabalho.

Por outro lado, os efeitos dos contratos de trabalho com prazo determinado foram mitigados pelo entendimento do Tribunal.

No Direito do Trabalho vigora a regra da indeterminação do prazo do contratos laborais. A exceção para o ramo jus trabalhista são os contratos com prazo determinado. Por ser exceção, as hipóteses de contratação estão elencadas restritivamente na lei, sendo permitida a contratação sob essa modalidade apenas em situações de caráter transitório, nos casos em que a contratação por prazo indeterminado se torna inviável.

Como já visto, o que busca a Carta Constitucional é a proteção dos trabalhadores, urbanos ou rurais, das despedidas arbitrárias ou sem justa causa, fundadas apenas no direito protestativo do empregador. Tal proteção se coaduna com o princípio da continuidade da relação de emprego, que visa a manutenção do contrato de trabalho ao longo do tempo.

Nesse tocante, quando as partes pactuam um contrato de trabalho com prazo certo, tanto empregado como empregador já sabem o dia do término da relação. A manifestação de vontade é exteriorizada por ambas as partes.

Chegando o contrato de trabalho com prazo determinado ao seu término não se está diante de uma despedida arbitrária ou sem justa causa, fundada apenas no direito do empregador em resilir o contrato de trabalho. Mas sim, de uma cláusula contratual prevista desde o princípio, sendo esta de pleno conhecimento das partes.

Nesse sentido, no contrato de trabalho a prazo determinado, como é o caso do contrato de experiência

têm as partes contratantes, empregado e empregador, previamente fixado e plena ciência de sua data de início e término. Já sabe o empregado que, advindo a data final, o contrato estará automaticamente rescindido pelo término de seu prazo. Tem ciência, também, por tais motivos, da incompatibilidade do instituto da garantia de emprego com referida modalidade.

Com efeito, a garantia de emprego visa coibir a dispensa do empregado sem justo motivo por parte do empregado, cujo contrato de trabalho vigora a prazo indeterminado, não sendo compatível com os contratos a termo. Nesta hipótese, não se vislumbra a figura da dispensa arbitrária ou sem justa causa, mas a prefixação da data em que o contrato será encerrado, não havendo razão para a incidência da garantia de emprego.

Na hipótese vertente, as partes firmaram contrato de experiência (fato incontroverso), o qual se extinguiu no seu termo final, pelo que não há falar-se em garantia de emprego da gestante, pois a laborista já tinha ampla ciência da data em que o contrato deixaria de existir (SÃO PAULO, Tribunal Regional do Trabalho. Recurso Ordinário nº 000228096.2012.5.02.0371, da 3ª Turma. Relator: Desª Mercia Tomazinho. São Paulo, 22 de outubro de 2013).

Na extinção dos contratos com prazo determinado faltam, pois, dois requisitos objetivos que justificaram a norma constitucional instituída no inciso I do artigo 7º, a despedida arbitrária e a ausência de justa causa.

Repita-se, o que veda o ordenamento jurídicos são as despedidas arbitrárias, que não possuem nenhum fato causador como de ordem técnica, econômica, disciplinar ou financeiro, ou, ainda, a dispensa sem justa causa, “sendo esta aquela que o empregador demite seu funcionário sem nenhuma justificativa, por mera liberalidade, exercendo seu poder potestativo” (CASSAR, 2014), podendo ser chamadas de denúncias vazias dos contratos de trabalho.

Gustavo Filipe Barbosa Garcia (2014) de maneira didática leciona acerca da diferença entre despedida arbitrário e sem justa causa. Para ele

a dispensa arbitrária apresenta um alcance mais amplo, sendo, além disso, mais indesejada pela sociedade, por não revelar qualquer motivação ou justificativa razoável para a ruptura do vínculo de emprego. Um outro ângulo possível para diferenciar, em termos teóricos, a “dispensa arbitrária” da “dispensa sem justa causa” seria entender que a primeira não se funda em motivos *objetivos*, relacionados à empresa, referentes a fatores econômicos, financeiros, técnicos ou estruturais; a “dispensa sem justa causa”, por sua vez, não se funda em motivos *subjetivos*, ou seja, disciplinares, referentes ao empregado.

Em brilhante fundamentação o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Joaquim Barbosa, em seu voto no julgamento do Recurso Extraordinário n. 287.905-3/ Santa Catarina, alegou que os contratos com prazo determinado são exceção à regra no sistema celetista. Em

virtude disso possui regras que lhe são próprias, de forma que admitir a garantia de emprego nessa modalidade contratual violaria o princípio da autonomia da vontade, pois o empregador quando firmou o contrato teve a intenção apenas de que os efeitos vigorassem pelo lapso pactuado e não que os efeitos se postergassem no tempo, equiparando aos efeitos do contrato indeterminado (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 287.905-3/SC, Relator(a): Min^a Ellen Gracie, Brasília, 28 de maio de 2005).

No caso de contratação com prazo determinado, chegando ao seu termo final, o próprio contrato de trabalho é extinguido, não havendo qualquer conduta do empregador a ser qualificada como demissão injusta ou arbitrária.

Ao contrário, ambas as partes se veem liberadas daquela relação jurídica. E, se entenderem pela continuidade, o contrato passará a vigor com as regras dos contratos com prazo indeterminado, sendo possível, nesse caso, a garantia provisória de emprego.

Aliás, as garantias provisórias de emprego não são absolutas dentro do sistema jurídico, elas podem ser limitadas em decorrência da prática de faltas graves pelo trabalhador. Assim, cometendo um falta grave, mormente as tipificadas no artigo 482 da CLT, poderá o empregador resilir com o contrato de trabalho. Da mesma forma, a estabilidade da gestante não pode ser estendida a uma modalidade contratual sem que haja lei para tanto.

Até os Tribunais reconhecem a inovação na ordem jurídica trazida pela nova redação da Súmula 244.

No acórdão do Recurso Ordinário n. 0001303-15.2011.5.04.0006, o Desembargador Relator Marcelo Gonçalves de Oliveira, da Sétima Turma do TRT da 4ª Região, negou provimento ao recurso da reclamada, a qual sustentava a incompatibilidade dos contratos determinados e a garantia de emprego, condenando-a a reintegração da obreira. Contudo, fez uma ressalva quanto aos efeitos do novo entendimento sumular, coadunando-se com o que vem sendo defendido aqui. Veja-se:

Embora se atribua os louros pelo avanço realizado pelo E. TST na interpretação de norma que alberga direitos sociais, não se ignora, entretanto, que a aplicação de tal posicionamento acerca da matéria engendra novos desafios para os atores envolvidos - tais como trabalhadores, empregadores, Poder Judiciário, Ministério Público do Trabalho e Governo, aqui representado pela Previdência Social e pelo Ministério do Trabalho e Emprego, **uma vez que o novo entendimento acaba por criar para o empregador obrigação que não era prevista pelas partes quando da assinatura do contrato.** A situação requer, portanto, adequado equacionamento a fim de não incentivar indiretamente o incremento da discriminação da mulher no mercado de trabalho e da informalidade, soluções frequentemente adotadas em reação à extensão de direitos sociais que, *prima facie*, representam aumento dos custos da atividade empresarial (RIO GRANDE DO SUL, Tribunal Regional do Trabalho, Recurso

Ordinário nº 0001303-15.2011.5.04.0006. Relator(a): Des. Marcelo Gonçalves de Oliveira. Porto Alegre, 14 de novembro de 2012, Grifo nosso).

A ocorrência da extinção da relação de trabalho por prazo certo já é sabida por ambas quando da celebração do contrato, característica essa definidora da determinação do prazo dos contratos celetistas, de modo que cumprido o serviço ou implementado o termo ajustado o contrato é extinto.

No tocante à seara jurisprudencial, a nova alteração dada pelo TST à súmula 244 enseja insegurança jurídica nas relações contratuais. Isso porque as alterações jurisprudenciais criam obrigações, até então não existentes, de maneira abrupta, sendo incabível para muitas empresas, pois criam passivos não esperados tampouco planejados (AGUIAR; COSTA, 2012).

Dessa forma, com o novo entendimento restou impedida a pactuação de condições contratuais de uma relação de trabalho dentro das possibilidades jurídicas existentes para melhor se adequar as necessidades das partes, porque a nova regra estabelecida por um órgão que teria como primeira incumbência julgar, rompeu com a previsibilidade e estabilidade contratual (AGUIAR; COSTA, 2012).

Como já referido em tópico específico, o novo entendimento do TST quanto ao item III da súmula, derivou de uma interpretação fundada em julgados do Supremo Tribunal Federal, relativos a contratos firmados com a Administração Pública.

Os entendimentos do STF que foram utilizados pelo TST para fundamentar sua nova interpretação referem-se apenas aos contratos pactuados com Administração Pública, independentemente do tipo de vínculo, seja administrativo, comissionado, temporário ou precário. Trata-se de uma situação jurídica diversa que não pode ser ampliada para a esfera do particulares (NASCIMENTO, 2012).

Por outro lado, percebe-se que a preocupação frente a nova interpretação não é só dos aplicadores do direito, mas também dos Tribunais inferiores. Essa nova exegese, em que pese o seu brilhante argumento, na prática trabalhista pode alcançar o efeito inverso, ou seja, afastar a mulher do mercado de trabalho.

No já citado julgamento do Recurso Extraordinário n. 287.905-3/Santa Catarina, julgado pela 2ª Turma do STF, quando discutido o tema pela primeira vez, o voto da Ministra Relatora Ellen Gracie foi no sentido da incompatibilidade da garantia de emprego da gestante com contrato com prazo determinado, mostrando a sua preocupação de que a extensão da garantia de emprego poderia reduzir a contratação da mulher por contratos determinados visto que o empregador nunca saberia se o contrato prorrogar-se-ia além do período que estava na sua

previsão (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário n. 287.905-3/SC, Relator(a): Min. Ellen Gracie, Brasília, 28 de maio de 2005)

Deve-se levar em consideração que as práticas empresariais já não são mais como antigamente, em que a mão de obra era explorada de forma inescrupulosa. Atualmente, o ramo empresarial já está acobertado por regras trabalhistas que prezam pelo respeito ao trabalhador. Dessa forma, o excesso de garantias provisórias criadas com o fim de proteger o trabalhador contra despedidas arbitrária podem traçar o sentido inverso e causar prejuízos a ele, criando um mercado de trabalho paralelo, no qual vigora as contratações informais (ROBORTELLA, 2013).

O contrato de experiência, por exemplo, tem como objetivo aferir a adaptação do trabalhador a sua nova atividade. Garantir a estabilidade a gestante pode ser tão prejudicial, a ponto de afastar a mulher das oportunidades do mercado, em face do empregador se ver vinculado a um contrato sem a sua vontade para tanto (PEREIRA, 2013).

De igual forma, nos contratos temporários que são largamente utilizados nas épocas de datas comemorativas, a fim de atender o crescimento do mercado, há de certa forma uma resistência entre os empresários para contratação de mulheres evitando ter uma empregada com possível garantia de emprego (PEREIRA, 2013).

Além disso, estender a garantia de emprego aos contratos com prazo determinado significa reduzir a contratação de mulheres em período fértil. Além de que a contratação de mulheres pode ser uma segunda opção, tendo preferência o sexo masculino.

O novo entendimento pode ensejar, ainda, o aumento do número de demissões pelo fato de que a manutenção de um empregado estável provisoriamente nos quadros da empresa ensejará a demissão de outro empregado com o intuito de reduzir os encargos (JORGE, 2012).

Sob outra perspectiva, quando se refere na figura do empregador da relação laboral não se pode vislumbrar apenas a imagem daquele grande empresário, detentor de grande capital. Deve-se pensar, também, naqueles pequenos empresários que lutam diariamente para honrar com todos os encargos fiscais, os custos do negócio, além de que para sua própria sobrevivência.

No ano de 2011, segundo uma pesquisa realizada pelo SEBRAE, 99% (noventa e nove por cento) dos negócios do país eram formados por pequenas empresas (MICRO..., 2015). Esses pequenos negócios representam, ainda, 27% (vinte e sete por cento) do PIB brasileiro, de acordo com a mesma pesquisa (MICRO..., 2012).

Logo, percebe-se que a economia brasileira não é apenas formada por empresas detentoras de grandes capitais, mas sim, na sua maioria, por pequenas empresas, que possuem

seu orçamento rigorosamente controlado e batalham para pagar a enorme carga tributária que é considerada uma das maiores do mundo.

Assim, diante desses números, imagine-se um comércio pequeno, localizado em uma cidade pacata. Para atender, por exemplo, a demanda de final de ano, o empresário resolve contratar uma mulher para lhe ajudar, firmando para tanto um contrato de trabalho temporário. Nesse período, a mulher engravida e o empregador está impedido de resilir o contrato em face de um novo entendimento sumular.

Essa situação não se mostra plausível, na medida em que amparado na lei o empregador firma contrato de trabalho determinado, mas não poderá usufruir dos seus efeitos por entendimento sumulado. Além que de tal impedimento afetará a renda daquele empreendimento, bem como favorecerá a não contratação de mulheres para o próximo período, estimulando assim, o desemprego e dificultando o acesso ao mercado de trabalho.

O tema sob análise não pode ser entendido pela aplicação genérica da súmula 244 do TST como se lei fosse em todos os casos nos quais no curso de um contrato com prazo determinado a empregada engravida. Os efeitos dessa ampliação da nova redação da súmula devem ser analisados no caso concreto.

Tamanha é a controvérsia do assunto que foi reconhecida repercussão geral após a interposição de Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 674.103/Santa Catarina, oportunidade em que o Ministro Relator Luiz Fux assentou que

O tema sobressai do ponto de vista constitucional, porquanto a coexistência do vínculo a título precário com o direito à licença-maternidade e a garantia de emprego decorrente da estabilidade provisória, pode dar ensejo a consequências para as mulheres no mercado de trabalho, bem como trazer implicações legais aos contratantes, no que concerne ao princípio da autonomia da vontade. [...]

A *vexata quaestio* da controvérsia *sub examine* cinge-se ao direito de trabalhadora gestante ao gozo de licença-maternidade e à estabilidade provisória, independentemente do regime jurídico aplicável – se contratual ou administrativo –, à luz dos artigos 7º, XVIII, da Constituição da República, e 10, II, ‘b’, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Desse modo, por entender que o tema constitucional versado nestes autos é relevante do ponto de vista econômico, político, social e jurídico, além de ultrapassar os interesses subjetivos da causa, esta Corte reconheceu a repercussão geral do tema constitucional (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 674.103/SC, Relator: Min. Luis Fux, Brasília, 06 de maio de 2012).

Conclui-se, da decisão monocrática do Ministro que não se trata de aplicar diretamente a garantia de emprego aos contratos com prazo determinado, uma vez que há conflitos de interesses na causa, tanto de ordem social como de ordem econômica.

Dessa forma, impor a manutenção de um contrato além do prazo estipulado em virtude do reconhecimento de uma garantia de emprego àqueles empresários, que possuem singelos negócios e que, amparados na lei celebram contrato com prazo determinado para atividades transitórias, pode fomentar o desestímulo a contratação de mulheres para o mercado de trabalho.

Tais argumentos podem ser verificados no acórdão do Recurso Ordinário nº 00010334620125020447, do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, em que atuou como Relatora a Desembargadora Rosana de Almeida Buono, no qual negou provimento ao apelo de uma gestante, não concedendo a ela a garantia de emprego, esclarecendo que

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

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

Portanto, percebe-se que há muita insatisfação no meio jurídico entre os aplicadores do Direito, bem como insegurança quanto às consequências que o inciso III da súmula 244 do Egrégio TST trouxe com sua alteração em 2012. Muitos alegam que os fins colimados pela nova redação da súmula podem não se concretizar e tomar um rumo diverso do pretendido, afastando a mulher do mercado de trabalho e, por consequência, aniquilando todos os avanços que elas conquistaram ao longo dos anos.

Assim, como a estabilidade da gestante pode ser relativizada pela prática de uma falta grave, não há razão de ser a imposição da estabilidade da gestante nos contratos com prazo determinado em que é de sua natureza a extinção quando do advento do termo final da pactuação, não sendo a extinção uma manifestação arbitrária do empregador, ao contrário, uma cláusula contratual aceita tanto pelo empresário como pela trabalhadora.

Por fim, pode-se afirmar que a súmula em análise criou uma regra não prevista na lei. Por consequência, não seria compreensível estender a garantia de emprego aos contratos com prazo certo, isso porque eles já são exceção no ordenamento jurídico, sendo contratados apenas nas hipóteses que a lei permite, que se configuram em situações de caráter transitório. Essas

hipóteses foram criadas pelo legislador justamente pela inviabilidade de contratação por prazo indefinido.

Dessa forma, a imposição da garantia provisória de emprego da gestante aos contratos com prazo determinado, cuja natureza é a limitação temporal, mostra-se incabível, se não contraditória uma vez que a garantia de emprego posterga o fim previsto para o contrato de trabalho. O novo posicionamento do Tribunal desnatura a modalidade contratual a qual fica mitigada dentro da ordem jurídica, atingindo diretamente o mercado de trabalho da mulher, fulminando, portanto, com o escopo da nova redação da Súmula 244.

CONCLUSÃO

O estudo concluído, buscou analisar a compatibilidade entre a garantia de emprego da gestante quando contratada através de contrato com prazo determinado, diante do novo posicionamento adotado pelo Tribunal Superior do Trabalho.

A Constituição Federal em seu artigo 7º, inciso I estabeleceu como um direito social dos trabalhadores urbanos e rurais a proteção de emprego contra despedidas arbitrárias e sem justa causa, estabelecendo uma indenização compensatória, se por ventura viesse a ocorrer. Tal dispositivo é classificado dentro da hermenêutica constitucional de norma de eficácia contida, pois necessita de uma lei complementar para tornar-se eficaz no mundo jurídico.

Diante dessa lacuna legislativa, tratou o legislador originário, ainda, de regular provisoriamente o referido dispositivo, instituindo a proteção à gestante contra despedidas arbitrárias e sem justa causa, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, através do artigo 10º do ADCT.

O Legislador derivado manteve-se inerte e, frente às demandas acerca do tema que ingressavam no Poder Judiciário, o órgão máximo da matéria trabalhista editou a súmula nº 244, que regula a proteção do emprego para a gestante. Em seus três incisos prevê a responsabilidade objetiva do empregador frente à manutenção de emprego, isto é, a garantia de emprego efetiva-se independentemente de ser comunicada ao empregador, ratificando os termos do artigo 10 do ADCT. Além disso, prevê que em caso de demissão da gestante, ela fará jus a reintegração ao emprego e, se inviável ou impossível, terá direito as verbas decorrentes do período de afastamento. Previa, por fim, que a garantia da empregada gestante não se aplicava aos contratos com prazo determinado, devido à natureza do mesmo, uma vez que a sua extinção é decorrente do escoamento do prazo ajustado entre as partes e, portanto, não constitui dispensa arbitrária e ou injusta.

Previa porque, em setembro de 2012, o Pleno do Tribunal Superior do Trabalho reviu seu entendimento para estender os efeitos da garantia de emprego aos contratos com prazo determinado. A fundamentação utilizada pelo Tribunal foi sustentada na efetividade da dignidade da pessoa humana, a fim de proteger não somente a mãe, mas o nascituro, ressaltando que o artigo 10 do ADCT não faz nenhuma ressalva quanto à modalidade de contrato de trabalho abrangida.

Diante do novo entendimento adotado totalmente contrário ao posicionamento anterior do Tribunal, muita controvérsia surgiu tanto na doutrina como na jurisprudência, sobre vários aspectos, principalmente quanto à impossibilidade de aplicação da garantia de emprego em

conjunto com contrato a termo, bem como os efeitos dessa alteração na economia do país e no mercado de trabalho da mulher.

Muito embora, a respeitada preocupação do Tribunal em proteger a mãe e o nascituro fundamentado no princípio basilar da dignidade da pessoa humana, verifica-se certa incongruência ao estender a garantia de emprego ao contrato a termo.

O primeiro ponto a ser destacado e que se verifica em julgados de tribunais inferiores refere-se à incompatibilidade do contrato a prazo determinado e a garantia de emprego.

No Direito do Trabalho vigora a regra da indeterminação dos contratos de trabalho, decorrente das diretrizes impostas pelo princípio da continuidade da relação, o qual faz a presunção de que todo contrato é ajustado para vigorar ao longo do tempo. Nesse tipo de contrato laboral é necessária a manifestação de vontade do empregado ou do empregador para que o contrato chegue ao seu fim.

Como exceção, existem os contratos a prazo certo, ou ditos determinados, em que as hipóteses para contratação são restritas na lei e se qualificam pela transitoriedade do serviço a ser prestado ou, no caso do contrato de experiência, para aferição das qualidades profissionais do empregado para o cargo pretendido e para o mesmo verificar a sua adaptação na empresa em face da hierarquia e das condições de trabalho impostas. Nesses tipos de contratos, além de regras diferentes da modalidade por prazo indeterminado, a questão primordial que os classificam assim é a sua extinção ser previamente ajustada pelas partes quando da contratação, vigorando por no máximo dois anos, como regra geral e, por noventa dias no caso de contrato de experiência.

Dessa forma, a extinção dos contratos a termo decorre do implemento do lapso temporal previamente ajustado pelo empregado e empregador, qualificando-se como uma morte natural do contrato de trabalho no mundo jurídico, ou seja, não precisa da iniciativa de nenhuma das partes para chegar ao seu fim.

Assim, quando a manutenção do contrato de trabalho for a regra da contratação aplica-se a proteção contra despedias arbitrárias ou injustas, protegendo o trabalhador do direito potestativo do empregador de resilir o contrato laboral a qualquer momento, retirando de maneira inesperada a fonte de subsistência do trabalhador, o seu salário.

Todavia, nos contratos com prazo certo não se está a falar em direito potestativo do empregador que despede arbitrária ou injustamente, ou seja, as demissões sem fundamentos ou que ausente o cometimento de falta grave pelo empregado, mas sim no seu termo final, que é conhecido por ambas as partes desde a contratação.

Logo, de acordo com a nova interpretação dada pela súmula nº 244 os contratos com prazo certo foram mitigados dentro do ordenamento jurídico, uma vez que reconhecer a garantia de emprego desnatura a criação dessa espécie de contrato, em razão de que sobrevindo uma gestação no curso do contrato terá seus efeitos prolongados, principalmente, o termo final, que é a sua característica definidora.

Diante disso, a nova redação dada à súmula pelo TST, até mesmo contrária ao que era entendimento do próprio Tribunal, acabou por inovar na ordem jurídica, legislando acerca da matéria, visto que não há nenhum dispositivo legal que trate do assunto. Sabe-se, que a função primordial das súmulas dentro do ordenamento jurídico é a interpretação das leis. Nesse tocante, não há nenhum controle sobre as matérias que o Tribunal Superior do Trabalho consolida por meio das súmulas. Não há como questionar sua atuação bem como o entendimento que adota em razão de não ser possível controle de constitucionalidade sobre súmulas. Assim, o Tribunal Superior do Trabalho cria, reforma e extingue posicionamentos sem ter sobre ele qualquer espécie de controle. Nesse caso aqui abordado, o Tribunal nada mais fez do que criar uma nova norma jurídica, extrapolando a função julgadora que lhe é conferida.

É por não haver um controle efetivo sobre as questões sumuladas pelo Tribunal que outras implicações decorrem do novo entendimento sumulado pelo TST, notadamente os seus efeitos na economia e no mercado de trabalho da mulher. Quanto à economia garantir a estabilidade aos contratos de prazo certo significa reduzir a contratação por meio dessa modalidade e conseqüentemente o aumento do nível de desemprego.

No que se refere ao mercado de trabalho da mulher a proteção em demasia almejada pela súmula, defendida inclusive por Tribunais Regionais do Trabalho, pode causar o efeito inverso pretendido e, por consequência, afastar a mulher do mercado de trabalho, pois a extensão da garantia amplia o contrato de trabalho por um período além do previsto pelo empregador, extrapolando o que já havia planejado.

Portanto, concluído o presente estudo, após a análise dos contratos a termo e a garantia de emprego, verifica-se a incompatibilidade entre os dois institutos, não podendo, pois, ser estendida a garantia de emprego da gestante a essa modalidade contratual que se extingue pelo cumprimento do prazo estabelecido sem que esteja caracterizada despedida arbitrária ou sem justa causa, requisitos estes legítimos das garantias de emprego. Além de que o próprio Tribunal não observou os efeitos que esse entendimento traz ao mundo jurídico, tornando-se inadequados aos fundamentos da alteração.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Antonio Carlos; COSTA, Carlos Eduardo Dantas. As novas súmulas do TST e a insegurança jurídica. **Portal Nacional de Direito do Trabalho**. Disponível em: <<http://www.pelegrino.com.br/doutrina/ver/descricao/483>>. Publicado em: 09 out. 2012. Acesso em: 17 fev. 2015.

ALMEIDA NETO, João Alves de. Breves comentários à lei 12.812/2013, que incluiu o art. 391-A à CLT: estabilidade gestante no curso do aviso prévio. **Revista de Direito do Trabalho**, vol. 151, p. 49, maio de 2013.

BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. Edição popular anotada por Adriano da Gama Kury. 5ª. ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997. Disponível em: <http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/rui_barbosa/FCRB_RuiBarbosa_Oracao_aos_mocos.pdf > Acesso em 4 mai. 2015.

BARRETTO, Luciana Lucena Baptista. Estabilidade provisória da gestante, análise da súmula 244 do TST. **Migalhas**. Publicado em 13 de abril de 2013. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI190314,11049estabilidade+provisoria+da+gestante+analise+da+sumula+244+do+TST>>. Acesso em: 20 abr. 2015

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 7ª. ed. rev. ampl. São Paulo: LTr, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 25.ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRASIL. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 13 jan. 2015.

_____. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm>. Acesso em: 22 fev. 2015.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 22 out. 2015.

_____. **Decreto-Lei n.º 5.452**, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 04 nov. 2014.

_____. **Lei n.º 8.213**, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18213cons.htm>. Acesso em 09 abr. 2015.

_____. **Lei n.º 9.601, de 21 de janeiro de 1998**. Dispõe sobre o contrato de trabalho por prazo determinado e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19601.htm>. Acesso em: 25 mar. 2015.

_____. **lei Complementar n.º 146, de 25 de junho de 2014**. Estende a estabilidade provisória prevista na alínea *b* do inciso II do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias à trabalhadora gestante, nos casos de morte desta, a quem detiver a guarda de seu filho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp146.htm>. Acesso em: 05 mai. 2015.

_____, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n.º 658.312 – Santa Catarina**. Recorrente: A Angeloni & CIA LTDA. Recorrido: Rode Keilla Tonete da Silva. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, 27 de novembro de 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1950017>>. Acesso em 25 mar. 2015.

_____, Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.º 634.093 - Distrito Federal**, da 2ª Turma. Agravante: União. Agravado: Margarete Maria de Lima. Relator: Ministro Celso de Mello Brasília, DF: 22 de novembro de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1609454>>. Acesso em 27 abr. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 287.905-3- Santa Catarina**. Recorrente: Estado de Santa Catarina. Recorrido: Elizandra Maria Fontana. Relator(a): Ministra Ellen Gracie. Brasília, 28 de maio de 2005. Publicado no dia 30 de junho de 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=260080>>. Acesso em: 1 mai. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo n.º 674.103 - Santa Catarina**. Recorrente: Estado de Santa Catarina. Recorrido: Rosimere da Silva Martins. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 06 de maio de 2012. Data de publicação DJE 18 de junho de 2013. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4033444>>. Acesso em: 27 abr. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 403**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_401_500>. Acesso em 09 abr. 2015.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista nº 6605-52.2010.5.12.0001**, da 4ª Turma. Recorrente: Alessandra Lippi Ferreira – ME. Recorrida: Fabrícia Jeremias Fraga. Relator: Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho. Brasília, 09 de maio de 2012. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&highlight=true&numeroFormatado=RR%20%20660552.2010.5.12.0001&base=acordao&numProcInt=98751&anoProcInt=2011&dataPublicacao=11/05/2012%2007:00:00&query=>>>. Acesso em: 28 mar. 2015.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista nº 89500-61.2008.5.09.0668**, da 5ª Turma. Recorrente: Frimesa Cooperativa Central. Recorrida: Rosa de Jesus Borges. Relator(a): Ministra Kátia Magalhães Arruda. Brasília, 09 de fevereiro de 2011. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%2089500-61.2008.5.09.0668&base=acordao&rowid=AAANGhAA+AAAKymAAG&dataPublicacao=18/02/2011&localPublicacao=DEJT&query=>>>. Acesso em: 20 abr. 2015.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso Ordinário em Ação Rescisória nº 400356-75.1997.5.02.5555**. Relator: Ministro Francisco Fausto Paula de Medeiros. Brasília, 11 de abril de 2000. Disponível em: <<http://brs02.tst.jus.br/cgi-bin/nph-brs?s1=164867.nia.&u=/Brs/it01.html&p=1&l=1&d=blnk&f=g&r=1>>. Acesso em: 20 abr. 2015.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 212**. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_201_250.html#SUM-212>. Acesso em 20 jan. 2015.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 244**. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_201_250.html#SUM-244. Acesso em: 16 fev. 2015.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 98**. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_51_100.html#SUM-98>. Acesso em: 12 mar. 2015.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 188**. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_151_200.html#SUM-188>. Acesso em: 19 fev. 2015.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 14**. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_1_50.html#SUM-14>. Acesso em: 27 jan. 2015.

CABRAL, Antonio do Passo. A técnica do julgamento-alerta na mudança de jurisprudência consolidada. **Revista de Processo**, v. 221, 2013, p. 13, jul. 2013.

CAMINO, Carmen. **Direito individual do trabalho**. 4. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Síntese, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARRION, Valentin. **Comentários à consolidação das leis do trabalho**. 37. ed. Atual. Por Eduardo Carrion. São Paulo: Saraiva, 2012.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

COELHO, Eduardo de Souza. A administração pública e o princípio da segurança jurídica. **Direito Net**. Publicado em 29 de junho de 2005. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2122/A-administracao-publica-e-o-principio-da-seguranca-juridica>> Acesso em: 13 mai. 2015.

CUNHA, Leonardo Dias da. Contrato de trabalho por tempo determinado pode ser transformado em indeterminado por jurisprudência?. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3585, 25 abr. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24276>>. Acesso em: 18 fev. 2015.

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

_____. **Curso de Direito do Trabalho**. 8.ed. São Paulo: LTR, 2009.

_____. **Curso de Direito do Trabalho**. 9.ed. São Paulo: LTR, 2010.

FARAH, Gustavo Pereira. **O controle concentrado de constitucionalidade de súmulas do tribunal superior do trabalho**. 2006. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, do Setor de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal do Paraná- Universidade Federal do Paraná- Curitiba, 2006. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/4674/Tese?sequence=1>>. Acesso em: 25 abr. 2015.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 7ª ed. rev. ampl. São Paulo: Atlas, 2013.

FERRO, Marcelo Roberto. A jurisprudência como forma de expressão do direito. **Revista Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos**. v. 1, 2011, p. 237, jun. 2011.

GAMBA, Juliane Caravieri Martins. *Tutela jurídica do trabalho da mulher: aspectos relevantes*. **Revista de Direito do Trabalho**, vol. 152, 2013, p. 65, julho, 2013.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Introdução ao estudo do direito: teoria geral do direito**. 2. ed. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2009.

GRILLO, Guilherme Levien. O império das súmulas e orientações jurisprudenciais na interpretação judicial trabalhista horizontes metodológicos de crítica e superação hermenêutica. **Revista de Direito do Trabalho**. v. 141, p. 161, jan. 2011.

JORGE, Christian Schramm. Novos riscos para empresas nas contratações temporárias. **Revista Consultor Jurídico**. 13 de outubro de 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-out-13/christian-schrammnovosriscosempresascontratacoes-temporarias>>. Acesso em: 17 fev. 2015.

MICRO e pequenas empresas geram 27% do PIB do Brasil. **Microempa**. 12 de janeiro de 2015. Disponível em: < <http://www.microempa.com.br/noticias.php?id=491>> Acesso em: 26 abr. 2015.

MICRO e pequenas empresas são 99% do total no país, mostra pesquisa. **G1**. 26 fev. 2012. Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/pme/noticia/2012/02/micro-e-pequenas-empresas-sao-99-do-total-no-pais-mostra-pesquisa.html>> Acesso em: 26 abr. 2015.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil: parte geral**. 7. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

NASCIMENTO, Sônia Mascaro. Comentários de Sônia Mascaro. **Boletim Informativo** - Ano XIII, nº155 – São Paulo, Janeiro de 2012. Disponível em: <www.amaurimascaro-nascimento.com.br>. Acesso em: 27 abr. 2015.

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

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

NUNES, Jorge Amaury Maia. **Segurança jurídica e súmula vinculante**. São Paulo: Saraiva, 2010.

PEREIRA, Clênio Denardini. A estabilidade provisória da empregada gestante nos contratos de trabalho a termo. **Revista de Direito do Trabalho**, vol. 155, p. 77, jan. 2014.

PEREIRA, Eduardo Jansen. A alteração da Súmula 244 do TST. **Gazeta do Povo**, Curitiba, 18, jan. 2013. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vidapublica/justica-direito/artigos/conteudo.phtml?id=1336479&tit=A-alteracao-da-Sumula-244-do-TST>>. Acesso em: 17 fev. 2015.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de direito do trabalho**. 3. ed. atual. São Paulo: LTR, 2000.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RIO DE JANEIRO. Tribunal Regional do Trabalho (1ª Região). **Recurso Ordinário nº 0001189-03.2013.5.01.0261**, da 9ª Turma. Recorrente: Carrefour Comércio e Indústria Ltda. Recorrida: Vanessa da Silva Ferreira. Relator(a): Desembargadora Claudia de Souza Gomes Freire, Rio de Janeiro, 2 de Dezembro de 2014. Disponível em: <http://www.trt1.jus.br/web/guest/consulta-processual?p_auth=na3U3Nr3&p_p_id=trtconsultaprocessual_WAR_trtconsultaprocessualportlet_INSTANCE_4Pmi&p_p_lifecycle=1&p_p_state=normal&p_p_mode=view&p_p_col_id=column-1&p_p_col_pos=1&p_p_col_count=3&_trtconsultaprocessual_WAR_trtconsultaprocessualportlet_INSTANCE_4Pmi_numeroProcessoConsultado=0001189-03.2013.5.01.0261&_trtconsultaprocessual_WAR_trtconsultaprocessualportlet_INSTANCE_>

4Pmi_sqProcesso=12879247&_trtconsultaprocessual_WAR_trtconsultaprocessualportlet_INSTANCE_4Pmi_indicadorNumeroProcesso=CNJ&_trtconsultaprocessual_WAR_trtconsultaprocessualportlet_INSTANCE_4Pmi_javax.portlet.action=validarCaptcha>. Acesso em: 06 mai. 2015.

_____. Tribunal Regional do Trabalho (1ª Região). **Recurso Ordinário nº 0000047-91.2013.5.01.0057**, da 9ª Turma. Relator: Desembargador Antonio Carlos de Azevedo Rodrigues. Rio de Janeiro, 15 de outubro de 2013. Disponível em: <http://www.trt1.jus.br/web/guest/consultaprocessual?p_auth=na3U3Nr3&p_p_id=trtconsultaprocessual_WAR_trtconsultaprocessualportlet_INSTANCE_4Pmi&p_p_lifecycle=1&p_p_state=normal&p_p_mode=view&p_p_col_id=column-1&p_p_col_pos=1&p_p_col_count=3&_trtconsultaprocessual_WAR_trtconsultaprocessualportlet_INSTANCE_4Pmi_numeroProcessoConsultado=0000047-91.2013.5.01.0057&_trtconsultaprocessual_WAR_trtconsultaprocessualportlet_INSTANCE_4Pmi_sqProcesso=11587880&_trtconsultaprocessual_WAR_trtconsultaprocessualportlet_INSTANCE_4Pmi_indicadorNumeroProcesso=CNJ&_trtconsultaprocessual_WAR_trtconsultaprocessualportlet_INSTANCE_4Pmi_javax.portlet.action=validarCaptcha>. Acesso em: 25 abr. 2015.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional do Trabalho (4ª Região). **Recurso Ordinário nº 0001109-58.2011.5.04.0024**, da 10ª Turma. Recorrente: Franciele Meira Yanzer. Recorrido: Abs Brasil Soluções em Relacion. Relator: Desembargador Emílio Papaléo Zin. Porto Alegre, 04 de abril de 2013. Disponível em: <http://www.trt4.jus.br/portal/portal/trt4/consultas/consulta_rapida/ConsultaProcessualWindow?svc=consultaBean&action=e&windowstate=normal&mode=view> Acesso em: 22 mar. 2015

_____. Tribunal Regional do Trabalho (4ª Região). **Recurso Ordinário nº 0000663-19.2012.5.04.0251**. Recorrente: Jaqueline Sinara Araujo dos Santos. Recorrido: Mix Marketing Promocional LTDA. Relator: Desembargador Fernando Luiz De Moura Cassal. Porto Alegre, 17 abril de 2013. Disponível em: <http://www.trt4.jus.br/portal/portal/trt4/consultas/consulta_rapida/ConsultaProcessualWindow?svc=consultaBean&action=e&windowstate=normal&mode=viewr>. Acesso em 22 mar. 2015.

_____. Tribunal Regional do Trabalho (4ª Região). **Recurso Ordinário nº 0020287-38.2014.5.04.0751**, da 5ª Turma. Recorrente: Alibem Comercial de Alimentos LTDA. Recorrido: Jessica Santos dos Santos. Relator(a): Desembargadora Berenice Messias Correa. Porto Alegre, 19 de novembro de 2014. Disponível em: <http://pje.trt4.jus.br/consultaprocessual/pages/consultas/DetalhaProcesso.seam;jsessionid=nw-Cs3QZJ4aXRzy+T-k-mw__.pje04-cp-int-e2?p_seq=20287&p_dig=38&p_ano=2014&p_vara=751&p_num_pje=12048&p_grau_pje=2&dt_autuacao=14%2F07%2F2014&popup=0&conversationPropagation=begin>. Acesso em 19 abr. 2015.

_____. Tribunal Regional do Trabalho (4ª Região). **Recurso ordinário n. 0001303-15.2011.5.04.0006**, da 7ª Turma. Recorrida: Morgana Oliveira Prates. Recorrente: Rossetto de Carvalho & Cia. Ltda. Relator: Desembargador Marcelo Gonçalves de Oliveira. Porto Alegre, 14 de novembro de 2012. Publicado DJE: 22 de novembro de 2012. Disponível em: <http://www.trt4.jus.br/portal/portal/trt4/consultas/consulta_rapida/ConsultaProcessualWindow?svc=consultaBean&action=e&windowstate=normal&mode=view>. Acesso em: 1 mai. 2015.

ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. Súmulas Do TST: avanço ou retrocesso? **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, 2013, n. 43. Disponível em: <http://portal.trt15.jus.br/documents/124965/1488681/Rev.43_art.5/790f07b2-7255-42e66e8-300f58d94f4d>. Acesso em: 12 jan. 2015.

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

SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho (2ª Região). **Recurso Ordinário nº 0000775-84.2013.5.02.0064**, da 10ª Turma. Recorrente: Thais Cristina da Silva Lima. Recorrido: Mma Café e Lanches Ltda ME. Relator(a): Desembargadora Marta Casadei Momezzo. São Paulo, 29 de julho 2014. Data da publicação: 07 de agosto de 2014. Disponível em: <<http://www.trtsp.jus.br/pesquisa-jurisprudencia-por-palavra-acordaos>>. Acesso: 20 abr. 2015.

_____. Tribunal Regional do Trabalho (2ª Região). **Recurso Ordinário nº 00010334620125020447**, da 3ª Turma. Recorrente: Roberta do Espírito Santo Teixeira. Recorrido: Município de Santos. Relator(a): Desembargadora Rosana de Almeida Buono. 24 de setembro de 2013. Disponível em: <<http://www.trtsp.jus.br/pesquisa-jurisprudencia-por-palavra-acordaos>>. Acesso em: 25 mar. 2015.

_____. Tribunal Regional do Trabalho (2ª Região). **Recurso Ordinário nº 000228096.2012.5.02.0371**, da 3ª Turma. Recorrentes: Tivit Terceir. de Process. e Serv. Tec. S/A. e Tamiris Cristina Moreira Costa. Recorrido: Net Serviços de Comunicações S/A. Relator: Desª. Mercia Tomazinho. São Paulo, 22 de outubro de 2013. Disponível em: <<http://www.trtsp.jus.br/pesquisa-jurisprudencia-por-palavra-acordaos>>. Acesso em: 01 mai. 2015.

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

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

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 34. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. rev. Atual. São Paulo: Malheiros, 2014.

SLAIBI FILHO, Nagib. **Direito constitucional**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SÜSSEKIND, Arnaldo, MARANHÃO, Délia, VIANNA, Segadas, TEIXEIRA, Lima. **Instituições de direito do trabalho**. 19. ed. atual. São Paulo: LTr, 2000. v. 2

VECCHI, Ipojucan Demétrius. **Noções de Direito do Trabalho: um enfoque constitucional**. 3. ed. rev. e atual. Passo Fundo: Universidade de Passo Fundo, 2009. v. 1.

_____. **Noções de Direito do Trabalho: um enfoque constitucional**. 2. ed. Passo Fundo: Universidade de Passo Fundo, 2010. v. 2.