

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**Fernanda de Souza Sommer**

**A GARANTIA DE EMPREGO DA GESTANTE  
NOS CONTRATOS DE APRENDIZAGEM**

**Porto Alegre**

**2013**

**FERNANDA DE SOUZA SOMMER**

**A GARANTIA DE EMPREGO DA GESTANTE NOS CONTRATOS DE  
APRENDIZAGEM**

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do Curso de Especialização em Direito do Trabalho do Programa de Pós Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Leandro do Amaral  
D. de Dorneles

**Porto Alegre**

**2013**

## RESUMO

Em setembro de 2012 os Ministros do Tribunal Superior do Trabalho, reuniram-se e alteraram a redação da Súmula 244, passando a reconhecer a estabilidade da gestante até mesmo nos contratos por tempo determinado. Em virtude desta alteração o objetivo deste trabalho é analisar aplicabilidade ou não da estabilidade provisória à gestante aprendiz. A metodologia utilizada neste trabalho foi através do método de pesquisa hipotético-dedutivo, tendo como técnicas de pesquisa a legislação, a doutrina e a jurisprudência. Embora o contrato de aprendizagem tenha cunho especial, conforme tratado por muitos doutrinadores, não se pode fazer diferenciação entre as empregadas grávidas, pois o intuito da proteção ultrapassa a gestante, abarcando o nascituro.

**PALAVRAS-CHAVE.** Princípio da Proteção. Garantia de Emprego. Gestante. Contrato de Aprendizagem.

## RESÚMEN

En septiembre de 2012, los Ministros de la Corte Superior del Trabajo, se reunieron y cambiaron la redacción del precedente 244, ahora se reconoce la estabilidad de la madre aunque en los contratos de duración determinada. Teniendo en cuenta este cambio, el objetivo de este trabajo es analizar la aplicabilidad o no de la estabilidad provisional para el estudiante embarazada. La metodología utilizada en este estudio fue el método de investigación hipotético-deductivo, cuyas técnicas de investigación de la legislación, doctrina y jurisprudencia. Aunque el contrato de aprendizaje tiene sello especial, tan discutido por muchos estudiosos, no podemos hacer una distinción entre la empleada embarazada, ya que el propósito de la protección superior a la mujer embarazada, que abarca el feto.

Palabras clave. Principio de protección. Garantía de empleo. Embarazada. Contrato de Aprendizaje.

## SUMÁRIO

	<b>INTRODUÇÃO</b> .....	06
<b>1</b>	<b>PRINCÍPIOS DO DIREITO DO TRABALHO</b> .....	08
	1.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA .....	09
	1.2 PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO .....	12
	<b>1.2.1. Vulnerabilidades e Hiposuficiência</b> .....	14
	<b>1.2.2. Princípio <i>in dúbio pro operario</i></b> .....	18
	<b>1.2.3. Princípio da norma mais favorável</b> .....	18
	<b>1.2.4. Princípio da condição mais benéfica</b> .....	19
	1.2.4.1. Princípio da promoção da melhoria da condição social do trabalhador .....	19
	1.3 PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE DA RELAÇÃO DE EMPREGO .....	23
<b>2</b>	<b>PROTEÇÃO À MATERNIDADE</b> .....	30
	2.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS .....	33
	2.2 IGUALDADE DE DIREITOS .....	38
	2.3 FUNDAMENTO DA PROTEÇÃO ESPECIAL .....	41
	2.4 ESTABILIDADE E GARANTIA DE EMPREGO .....	46
	<b>2.4.1. Gestantes</b> .....	49
<b>3</b>	<b>CONTRATOS DE TRABALHO</b> .....	53
	3.1 CONTRATO POR PRAZO DETERMINADO .....	60
	3.2 CONTRATO DE APRENDIZAGEM .....	68
	<b>3.2.1. Evolução Histórica</b> .....	68
	<b>3.2.2. O empregado aprendiz</b> .....	71
	<b>3.2.3. A Garantia de Emprego da Gestante nos Contratos de Aprendizagem</b> .....	76
	<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	87
	<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	91

## INTRODUÇÃO

A estabilidade da gestante é garantida pelo artigo 10, II dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988, que veda a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada grávida, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. De acordo com o entendimento anterior proferido do Tribunal Superior do Trabalho consolidado pela Súmula 244, item III, havia exceção a esta regra, sendo que a referida Corte entendia que no que se refere aos contratos por prazo determinado, a empregada gestante não teria direito à estabilidade provisória, pois a rescisão era inerente ao contrato.

Entretanto, recentemente, o Supremo Tribunal Federal, por sua vez, ao interpretar a norma constitucional transitória firmou posicionamento no sentido de que o artigo 10, inciso II, alínea B do ADCT, assegura à empregada gestante a estabilidade provisória de até cinco meses após o parto, independentemente do regime jurídico a elas aplicável. Diante disso os Ministros do Tribunal Superior do Trabalho, reuniram-se em setembro de 2012 e alteraram a redação da Súmula 244, passando a reconhecer a estabilidade da gestante, até mesmo nos contratos por tempo determinado.

Diante desta alteração o objetivo deste trabalho é trazer à baila a aplicabilidade ou não da estabilidade provisória à gestante aprendiz. Cumpre esclarecer que a intenção não é sanar este questionamento, mas apresentar posicionamentos quanto a este tema controverso entre doutrinadores e julgadores.

A metodologia utilizada neste trabalho foi através do método de pesquisa hipotético-dedutivo, tendo como técnicas de pesquisa a legislação, a doutrina e a jurisprudência.

Para esta análise a pesquisa foi estruturada em três capítulos.

O primeiro trata dos Princípios do Direito do Trabalho, abordando a dignidade da pessoa humana, a proteção sob a ótica das vulnerabilidades e

hiposuficiência, a melhoria da condição social do trabalhador e a continuidade da relação de emprego.

O segundo discrimina a proteção à maternidade, abordando os antecedentes históricos, a igualdade de direitos entre homens e mulheres, o fundamento desta proteção especial e a garantia de emprego das gestantes.

O terceiro retrata a abordagem atinente aos contratos de trabalho propriamente ditos, iniciando com a análise do contrato por prazo determinado e passando ao contrato de aprendizagem. Quanto ao contrato de aprendizagem foi traçada sua evolução histórica e as especialidades deste tipo de contratação. Por fim foi abordada a garantia de emprego da gestante nos contratos de aprendizagem, fazendo-se um levantamento dos precedentes jurisprudenciais que acarretaram a alteração da súmula 244 do TST bem como a possibilidade de sua aplicação nos casos de contrato de aprendiz.

## 1 PRINCÍPIOS DO DIREITO DO TRABALHO

Inicialmente, antes de se examinar os princípios propriamente ditos, cabe dar uma breve noção sobre o conceito de princípios.

Poder-se-ia dizer que princípio é onde começa algo, é o início, a origem, o começo, a causa. José Cretella Jr. afirma que princípios de uma ciência são as proposições básicas, fundamentais, típicas, que condicionam todas as estruturas subsequentes. Princípios, nesse sentido, são os alicerces da ciência<sup>1</sup>.

Para Sérgio Pinto Martins, os princípios são as proposições básicas que fundamentam as ciências. Para o Direito, o princípio é seu fundamento, a base irá informar e inspirar as normas jurídicas<sup>2</sup>.

Nas lições de Miguel Reale, princípios são verdadeiros fundantes de um sistema de conhecimento, como tais admintas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivo de ordem prática de caráter operacional, isto é, pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da praxis<sup>3</sup>.

Celso Antônio Bandeira de Mello esclarece que princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico<sup>4</sup>.

O princípio é o primeiro passo na consecução de uma regulação, passo ao qual devem seguir-se outros. O princípio alberga uma diretriz ou norte magnético, muito mais abrangente que uma simples regra; além de estabelecer certas limitações, fornece diretrizes que embasam uma ciência e visam à sua correta compreensão e interpretação. Violar um princípio é muito mais grave do que violar

---

<sup>1</sup> CRETELLA JR, José. **Os Cânones do direito administrativo**. Revista Informação Legislativa. Brasília, ano 25, nº 97, p.7.

<sup>2</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. São Paulo: Atlas, 2004. p. 94.

<sup>3</sup> REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 299.

<sup>4</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 573.



uma regra. A não observância de um princípio implica ofensa não apenas a específico mandamento obrigatório, mas a todo sistema de comandos<sup>5</sup>.

## 1.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A lição de Michal Sachs reside no fato de que no caso da dignidade da pessoa, diversamente com o que ocorre com as demais normas jusfundamentais, não se cuida de aspectos mais ou menos específicos da existência humana (integridade física, intimidade, vida, propriedade, etc.), mas, sim, de uma qualidade tida como inerente a todo e qualquer ser humano, de tal sorte que a dignidade passou a ser habitualmente definida como constituindo o valor próprio que identifica o ser humano como tal<sup>6</sup>.

Para Ingo Sarlet a dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana, é irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado, de tal sorte que não se pode cogitar na possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concedida dignidade<sup>7</sup>.

Essa qualidade integrante e irrenunciável da própria condição humana, pode ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, não podendo, contudo, ser criada, concedida ou retirada, já que existe em cada ser humano como algo que lhe é inerente<sup>8</sup>.

Ainda nessa linha de entendimento, Gonçalves Loureiro, afirma que a dignidade representa o valor absoluto de cada ser humano, que não sendo indispensável, é insubstituível, o que, como se verá mais adiante, não afasta a possibilidade de uma abordagem de cunho crítico e não inviabiliza, ao menos não

---

<sup>5</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. São Paulo: Atlas, 2004. p. 95.

<sup>6</sup> SACHS, Michael. **Verfassungsrecht II – Grundrechte**. Berlin-Heidelberg-New York: Springer – Verlag, 2000. p. 173.

<sup>7</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 41.

<sup>8</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 42.

por si só, eventual relativização da dignidade, notadamente na sua condição jurídico-normativa e em alguma de suas facetas<sup>9</sup>.

Gomes Canotilho refere que o princípio material que subjaz à noção de dignidade da pessoa humana consubstancia-se no princípio antrópico que acolhe a ideia pré-moderna e moderna da *dignitas-hominis*, ou seja, do indivíduo conformador de si próprio e da sua vida segundo o seu próprio projeto espiritual<sup>10</sup>.

Dworkin, por sua vez, acaba reportando-se direta e expressamente à doutrina de Kant, ao lembrar que o ser humano não poderá jamais ser tratado como objeto, isto é, como mero instrumento para realização de fins alheios, destacando, todavia, que tal postulado não exige que nunca se coloque alguém em situação de desvantagem em prol de outrem, mas sim, que as pessoas nunca poderão ser tratadas de tal forma que se venha a negar a importância distinta de suas próprias vidas<sup>11</sup>.

Nesse contexto, vale registrar, ainda, que mesmo Kant nunca afirmou que o homem, num certo sentido, não possa ser instrumentalizado de tal sorte que venha a servir, espontaneamente e sem que com isso venha a ser defradado na sua condição humana, à realização de fins de terceiros, como ocorre, de certo modo, com todo aquele que presta serviço a outro. Com efeito, Kant refere expressamente que o Homem constitui um fim em si mesmo e não pode servir simplesmente como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade<sup>12</sup>.

Por outro lado, pelo fato de a dignidade da pessoa encontrar-se ligada à condição humana de cada indivíduo, não há como descartar uma necessária dimensão comunitária desta mesma dignidade de cada pessoa e de todas as pessoas, justamente por serem todos iguais em dignidade e direitos, na iluminada

---

<sup>9</sup> LOUREIRO, João Carlos Gonçalves. **O Direito à Identidade Genética do Ser Humano**. Portugal-Brasil, 2000, Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, 2000, p. 280.

<sup>10</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª Ed., Coimbra: Almedina, 2004, p. 219.

<sup>11</sup> DWORKIN, Ronald. **El Dominio de la Vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanásia y la libertad individual**. Barcelona: Ariel, 1998, p. 307.

<sup>12</sup> KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. São Paulo: Abril Cultural, 1980, p. 134.

fórmula da Declaração Universal de 1948 e pela circunstância de nesta condição conviverem em determinada comunidade ou grupo<sup>13</sup>.

Pérez Luño sustenta uma dimensão intersubjetiva da dignidade, partindo da situação básica do ser humano em sua relação com os demais, ao invés de fazê-lo em função do homem singular, limitando sua esfera individual, sem que isto se esteja a advogar a justificação de sacrifícios da dignidade em prol da comunidade<sup>14</sup>.

Destaca Gonçalves Loureiro que a dignidade da pessoa humana implica uma obrigação geral de respeito pela pessoa, traduzida num feixe de deveres e direitos correlativos, de natureza não meramente instrumental, mas sim, relativos a um conjunto de bens indispensáveis ao florescimento humano<sup>15</sup>.

Tudo, portanto, converge no sentido de que também para a ordem jurídico-constitucional a concepção do homem-objeto, com todas as consequências daí podem e devem ser extraídas, constitui justamente a antítese da noção de dignidade da pessoa, embora esta, à evidência, não possa ser, por sua vez, exclusivamente formulada no sentido negativo, já que assim se estaria a restringir demasiadamente o âmbito de proteção da dignidade<sup>16</sup>.

Por fim, cumpre colacionar a conceituação jurídica de Ingo Saltet, que define a dignidade da pessoa humana como a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

---

<sup>13</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 52.

<sup>14</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio-Henrique. **Derechos Humanos. Estado de Derecho y Constitución**. 5ª Ed. Madrid: Tecnos, 1995, p. 318.

<sup>15</sup> LOUREIRO, João Carlos Gonçalves. **O Direito à Identidade Genética do Ser Humano**. Portugal-Brasil, 2000, Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, 2000, p. 281.

<sup>16</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 59.

## 1.2 PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO

Informa este princípio que o Direito do Trabalho estrutura em seu interior, com suas regras, institutos, princípios e presunções próprias, uma teia de proteção à parte hiposuficiente na relação empregatícia – o obreiro –, visando retificar, ou atenuar, no plano jurídico, o desequilíbrio inerente ao plano fático do contrato de trabalho<sup>17</sup>.

O princípio tutelar influi em todos os segmentos do Direito Individual do Trabalho, influenciando na própria perspectiva desse ramo ao construir-se, desenvolver-se e atuar como direito. Efetivamente, há ampla predominância nesse ramo jurídico especializado de regras essencialmente protetivas, tutelares da vontade e interesses obreiros; seus princípios são fundamentalmente favoráveis ao trabalhador; suas presunções são elaboradas em vista do alcance da mesma vantagem jurídica retificadora da diferenciação social prática. De acordo com Maurício Godinho Delgado, pode-se afirmar que sem a ideia protetivo-financeira, o Direito Individual do Trabalho não se justificaria histórica e cientificamente.

Parte da doutrina aponta este princípio como o cardeal do Direito do Trabalho, por influir em toda a estrutura e características próprias desse ramo jurídico especializado. Esta, a propósito, é a compreensão do grande jurista uruguaio Américo Plá Rodriguez, que considera manifestar-se o princípio protetivo em três dimensões distintas: o princípio *in dubio pro operario*, o princípio da norma mais favorável e o princípio da condição mais benéfica<sup>18</sup>.

Na verdade, a noção de tutela obreira e de retificação jurídica da reconhecida desigualdade socioeconômica e de poder entre os sujeitos da relação de emprego, ideia inerente ao princípio protetor, não se desdobra apenas nas três citadas dimensões. Ela abrange, essencialmente, segundo Maurício Godinho Delgado, quase todos, senão todos, os princípios essenciais do Direito Individual do Trabalho, pois não se desdobra em apenas três outros, mas é inspirador amplo de

---

<sup>17</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR, 2009. p. 183.

<sup>18</sup> RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR, 1993. p. 42.

todo o complexo de regras, princípios e institutos que compõem esse ramo jurídico especializado<sup>19</sup>.

Neste mesmo sentido, Sérgio Pinto Martins, preconiza que o polo mais fraco da relação jurídica de emprego merece um tratamento jurídico superior, por meio de medidas protetoras, para que se alcance a efetiva igualdade substancial, ou seja, promovendo-se o equilíbrio que falta na relação de trabalho, pois, na origem, os seus titulares normalmente se apresentam em posições socioeconômicas desiguais<sup>20</sup>.

Para Souto Maior, o princípio de proteção insere-se na estrutura do Direito do Trabalho, que surgiu, de acordo com a história, inicialmente, como forma de impedir a exploração do capital sobre o trabalho humano, em seguida, visando a melhorar as condições de vida dos trabalhadores e, por fim, possibilitando aos trabalhadores adquirir *status* social, noção máxima de cidadania<sup>21</sup>.

Importante colacionar ainda o pensamento de Adrián Goldin, o qual afirma que em torno do princípio da proteção se forma o núcleo básico de conceitos que identificam a disciplina e se articulam os mecanismos técnicos que fazem a sua eficácia reguladora. Já é considerada, segundo o autor, uma diretriz política ou uma preferência axiológica, se caracteriza não só por sua função inspiradora, mas também por constituir-se no nexu indivisível que justifica o modo de operar das normas laborais<sup>22</sup>.

Para o referido autor a adoção do princípio da proteção define uma concepção filosófica em favor da pessoa que trabalha; conseqüentemente se valoriza o trabalho como resultado do esforço humano. Se parte do pressuposto de satisfazer uma demanda social que consiga tutelar a quem ganha o sustento colocando sua capacidade laborativa a favor de outro. Representa um pouco de preferência, similar ao que adotam outras disciplinas a respeito das categorias de pessoas, *pro reo*, que por distintas razões são protegidas com intensidades

---

<sup>19</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR, 2009. p. 184.

<sup>20</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. **A continuidade do contrato de trabalho**. São Paulo: Atlas, 2000. p. 127.

<sup>21</sup> SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **O direito do trabalho como instrumento de justiça social**. São Paulo: LTR, 2009. p. 21.

<sup>22</sup> GOLDIN, Adrian. **Curso de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social**. Buenos Aires: La Ley, 2009. p. 112.

diferentes. Conclui que há preferência ao trabalhador na disciplina pois sua ausência faria supor a negação ao Direito do Trabalho<sup>23</sup>.

### 1.2.1 Vulnerabilidades e hipossuficiência

Não se pode tratar de princípio da proteção do trabalho sem mencionar a hipossuficiência e vulnerabilidades do trabalhador. Em sua concepção técnica originária, hoje um tanto esquecida, a hipossuficiência nos remete fundamentalmente à flagrante desigualdade econômica entre o trabalhador e seu empregador<sup>24</sup>.

Para o jurista Cesarino Júnior, a tendência do Direito Moderno de encarar as diversas circunstâncias em que os homens se apresentam fez sobressair uma diferença fundamental existente entre eles: a econômica<sup>25</sup>.

Para Cláudia Lima Marques, mais do que uma medida voltada à preservação da instrumentalidade e legitimidade do direito do trabalho, a adoção do postulado da vulnerabilidade no âmbito juslaboral visa preservar uma das facetas do princípio fundamental de igualdade: direito à diferença. Realmente no pluralismo do direito privado atual, a tendência é identificar a diferença e respeitá-la. Isto é, identificar os grupos que há uma unidade diferencial coletiva e mantê-la sem suprimi-la, sem querer transformar a diferença em igualdade ou normalidade<sup>26</sup>.

Desdobramento do princípio da igualdade, embora com ele não se confunda, a vulnerabilidade é mais um estado da pessoa, um estado inerente de risco ou um sinal de confrontação excessiva de interesses identificados no mercado, é uma

---

<sup>23</sup> GOLDIN, Adrian. **Curso de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social**. Buenos Aires: La Ley, 2009. p. 113.

<sup>24</sup> DORNELES, Leandro do Amaral D. de. **Hipossuficiência e vulnerabilidade na teoria geral do direito do trabalho contemporânea**. Revista LTr. 77-03, 2013. p. 294.

<sup>25</sup> CESARINO JÚNIOR, Antônio F. **Direito Social**. Revista LTr, 1980. p. 44/45.

<sup>26</sup> MARQUES, Cláudia L., MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 178/179.

situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação<sup>27</sup>.

Enquanto o princípio da igualdade decorre de uma visão mais abstrata do indivíduo e da sociedade, estabelecendo contornos objetivos de equilíbrios ou desequilíbrios entre as relações humanas, a vulnerabilidade é uma noção flexível que apresenta traços de subjetividade, não necessitando sempre de uma comparação entre situações e sujeitos<sup>28</sup>.

O reconhecimento jurídico da vulnerabilidade configura uma necessária concretização do princípio da igualdade, de tratamento desigual aos desiguais, da procura de uma igualdade material e momentânea para um sujeito com direitos diferentes, sujeito vulnerável, mais fraco<sup>29</sup>.

Atualmente, devemos entender por igualdade a proteção sistemática e eficaz dos vulneráveis, que acaba por formar um instrumento de normas compensatórias e de proteção. Dessa condição surge uma tendência de qualificar a própria vulnerabilidade, em uma cumulação de fraquezas, agora juridicamente relevantes<sup>30</sup>.

Nas relações de emprego em geral, entendemos perfeitamente identificável um conjunto de vulnerabilidades ao menos, nos planos negocial, hierárquico, econômico, técnico, social e informativo (ou informacional). Como já expunha Moraes Filho, a produção capitalista é obtida mediante trabalho alheio, ou em outras palavras, o empresário recruta, organiza, fiscaliza, retribui e dirige o trabalho para fins de produção<sup>31</sup>.

Ora, o fato de ser recrutado por outrem é um indicativo de vulnerabilidade negocial do trabalhador; o de ser fiscalizado e dirigido, da vulnerabilidade

---

<sup>27</sup> MARQUES, Cláudia L., BENJAMIN, Antônio H., MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de defesa do consumidor**. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 197.

<sup>28</sup> MARQUES, Cláudia L. **Contratos no Código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 320.

<sup>29</sup> MARQUES, Cláudia L., MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 15/21.

<sup>30</sup> MARQUES, Cláudia L., MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 184.

<sup>31</sup> MOARES FILHO, Evaristo de. **Introdução ao Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 1956, v.1. p.94.

hierárquica ou jurídica; o de ser remunerado, da vulnerabilidade econômica; e o de se inserir em uma organização, da vulnerabilidade técnica<sup>32</sup>.

São variáveis ou desdobramentos compositivos do quebra cabeças que configura a noção de vulnerabilidade. O padrão geral das relações de emprego gera a premissa de que *a priori*, as diversas desigualdades que compõem a noção de vulnerabilidade estão presentes; no entanto, no caso concreto, circunstancialmente, um ou outro desdobramento pode não se apresentar, apresentar-se de forma minimizada ou mesmo maximizada (maior ou menor poder negocial, maior ou menor dependência econômica do emprego etc.), dando maleabilidade à definição de vulnerabilidade e, conseqüentemente, à demanda protetiva<sup>33</sup>.

Em outras palavras, pode-se afirmar que a vulnerabilidade, nas situações concretas, não é estática. Existem graus de vulnerabilidade. Retornando à análise de Marques em relação às relações de consumo, determinados grupos de indivíduos, por suas características ou circunstâncias, podem ser identificados como hipervulneráveis<sup>34</sup>.

Essa ideia pode ser transportada ao direito do trabalho, em relação, por exemplo às mulheres, jovens e deficientes físicos. De acordo com Dominguez não se considera igual a mulher e o homem, a criança e o adulto, o são e o enfermo, etc. O direito do trabalho conserva as distinções entre todos eles; estabelece categorias; assinala diferenças de tratamento; cria estatutos especiais; singulariza as relações laborais; individualiza as empresas<sup>35</sup>.

Verifica-se assim a fórmula da igualdade: tratar desigualmente os desiguais oferecendo a todos idênticas oportunidades, e se a liberdade implica em não constranger a atividade humana por cânones rígidos ou absolutos, não cerceando as iniciativas dos indivíduos mediante uma política ativa que mate seus estímulos, o

---

<sup>32</sup> DORNELES, Leandro do Amaral D. de. **Hipossuficiência e vulnerabilidade na teoria geral do direito do trabalho contemporânea**. Revista LTr. 77-03, 2013. p. 295.

<sup>33</sup> DORNELES, Leandro do Amaral D. de. **Hipossuficiência e vulnerabilidade na teoria geral do direito do trabalho contemporânea**. Revista LTr. 77-03, 2013. p. 295.

<sup>34</sup> MARQUES, Cláudia L., BENJAMIN, Antônio H., MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de defesa do consumidor**. 3. Ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2010. p. 199.

<sup>35</sup> DOMINGUEZ, Jose F. **Curso de derecho del trabajo**. Buenos Aires: Kibreria Editorial Macchi Hnos, 1951, tomo I. p. 223/224.



direito do trabalho deve conter em seu seio amplas doses de liberdade e igualdade<sup>36</sup>.

Justamente em razão disso o direito do trabalho prevê um padrão básico de proteção para os empregados em geral (presumidamente vulneráveis), mas a este padrão protetivo somam-se proteções específicas conforme a vulnerabilidade se apresente, presumidamente, acentuada (hipervulnerabilidade). É o caso, por exemplo, das mulheres, beneficiárias de proteções adicionais como as previstas no art. 10, II, b do ADCT (estabilidade gestante) e no art. 9º, §2º, II, da Lei n. 11.340/2008 (direito ao afastamento temporário do emprego em caso de violência doméstica), entre outras. Da mesma forma, os menores de dezoito anos e o art. 440 da CLT (não fluência do prazo prescricional), bem como os portadores de necessidades especiais e o disposto no art. 93 da Lei n. 8.213/91 (reserva de postos de trabalho)<sup>37</sup>.

Atualmente nem sempre se pode identificar um padrão único de vulnerabilidades (e, conseqüentemente, uma demanda protetiva uniforme) comum a todos os empregados, da mesma forma que pode-se perceber a combinação de diferentes vulnerabilidades em outras relações de trabalho não enquadradas nos contornos dos arts. 2º e 3º da CLT. A ideia de vulnerabilidade como fundamento do direito do trabalho tem por intuito aproximar a operacionalidade juslaboral das reais demandas protetivas que se apresentam em um novo mundo do trabalho, reconciliando (ou impedindo o divórcio entre) a instrumentalidade deste ramo jurídico com as reais necessidades sociais, ainda inegavelmente calcadas na demanda protetiva justificada por um desequilíbrio em suas relações jurídicas de base<sup>38</sup>.

---

<sup>36</sup> DOMINGUEZ, Jose F. **Curso de derecho del trabajo**. Buenos Aires: Kibreria Editorial Macchi Hnos, 1951, tomo I. p. 223/224.

<sup>37</sup> DORNELES, Leandro do Amaral D. de. **Hipossuficiência e vulnerabilidade na teoria geral do direito do trabalho contemporânea**. Revista LTr. 77-03, 2013. p. 295-296.

<sup>38</sup> DORNELES, Leandro do Amaral D. de. **Hipossuficiência e vulnerabilidade na teoria geral do direito do trabalho contemporânea**. Revista LTr. 77-03, 2013. p. 296.

### 1.2.2 Princípio *in dubio pro operario*

De acordo com Plá Rodrigues, o *in dubio pro operario*, na interpretação de uma disposição jurídica que pode ser entendida de diversos modos, ou seja, havendo dúvida sobre o seu efetivo alcance, deve-se interpretá-la em favor do empregado. Não se trata, no entanto, de alterar o significado claro da norma, nem se permite atribuir sentido que, de modo nenhum, possa ser deduzido da disposição<sup>39</sup>.

Por se tratar de princípio inerente ao Direito Material do Trabalho, segundo Teixeira Filho, o *indubio pro operario* não apresenta caráter processual, uma vez que o Direito Processual do Trabalho possui disposições específicas e próprias, com a avaliação da qualidade de provas produzidas e a aplicação das regras do ônus da prova<sup>40</sup>.

### 1.2.3 Princípio da norma mais favorável

O princípio da aplicação da norma mais favorável, conforme preceitua Barbosa Garcia, é no sentido de que, havendo diversas normas válidas incidentes sobre a relação de emprego, deve-se aplicar aquela mais benéfica ao trabalhador. Isso significa que, existindo mais de uma norma jurídica válida e vigente, aplicável a determinada situação, prevalece aquela mais favorável ao empregado, ainda que esta norma esteja em posição hierárquica formalmente inferior no sistema jurídico<sup>41</sup>.

Barbosa Garcia exemplifica no caso do acordo coletivo conferir ao empregado direito trabalhista superior àquele previsto na Constituição Federal, devendo ser o primeiro aplicado, por ser mais benéfico ao polo mais fraco da relação jurídica. Reforça ainda que isso atende ao próprio mandamento constitucional de melhoria da condição social dos trabalhadores<sup>42</sup>.

---

<sup>39</sup> RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR, 2004. p. 85.

<sup>40</sup> TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **A prova no processo do trabalho**. São Paulo: LTR, 1997. p. 141.

<sup>41</sup> GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 101.

<sup>42</sup> GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 102.

### 1.2.4 Princípio da condição mais benéfica

Por meio do princípio da condição mais benéfica, assegura-se ao empregado a manutenção, durante o contrato de trabalho, de direitos mais vantajosos, de forma que as vantagens adquiridas não podem ser retiradas nem modificadas para pior<sup>43</sup>.

#### 1.2.4.1 Princípio da promoção da melhoria da condição social do trabalhador.

O princípio fundamental da promoção da melhoria da condição social do trabalhador, no direito individual, manifesta-se basicamente através do princípio da condição mais benéfica. Segundo este, em regra, o contrato de trabalho não admite alterações nas condições de trabalho que consagrem prejuízos ao trabalhador<sup>44</sup>.

De acordo com o que preceitua Amauri Mascaro do Nascimento, o princípio da norma favorável ao trabalhador é um princípio de elaboração da norma jurídica, influenciando nos critérios inspiradores da reforma das legislações e definição das condições de trabalho fixadas pelas convenções coletivas<sup>45</sup>.

Continua o mencionado autor dizendo que é princípio de aplicação do direito do trabalho, permitindo a adoção de meios técnicos destinados a resolver o problema da hierarquia e da prevalência, entre muitas, de uma norma sobre a matéria a ser regulada. Finaliza conceituando como princípio de interpretação, permitindo no caso de dúvida sobre o sentido da norma jurídica venha a ser escolhido aquele mais benéfico ao trabalhador, salvo lei proibitiva do Estado<sup>46</sup>.

Em alguns sistemas jurídicos o princípio da norma mais favorável está expresso na lei e em outros, com o reconhecimento das convenções coletivas, está implícito. As convenções coletivas fixam normas conferindo melhores condições de trabalho do que estão declaradas pela lei.

---

<sup>43</sup> GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 103.

<sup>44</sup> OLIVEIRA, Cinthia Machado de, e DORNELES, Leandro do Amaral D. de. **Direito do Trabalho**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011. p.29.

<sup>45</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 387.

<sup>46</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 387.

Trata-se, de certa forma, de aplicação do princípio adquirido no âmbito da relação de emprego, estando incorporado na legislação por meio do art. 468 da CLT<sup>47</sup>, o que pode ser observado na Súmula 51 do TST<sup>48</sup>.

Como acentua Arnaldo Süssekind, referido princípio determina a prevalência das condições mais vantajosas para o trabalhador, ajustadas ao contrato de trabalho ou resultantes do regulamento de empresa, ainda que vigore ou sobrevenha norma jurídica imperativa prescrevendo menor nível de proteção e que com esta não sejam elas incompatíveis<sup>49</sup>.

Conforme Mauricio Godinho Delgado, o presente princípio dispõe que o operador do Direito do Trabalho deve optar pela regra mais favorável ao obreiro em três situações ou dimensões distintas: (1) no instante de elaboração da regra (princípio orientador da ação legislativa, portanto), ou; (2) no contexto de confronto entre regras concorrentes (princípio orientador do processo de hierarquização de normas trabalhistas) ou, por fim; (3) no contexto de interpretação das regras jurídicas (princípio orientador do processo de revelação do sentido da regra trabalhista)<sup>50</sup>.

Nessa linha o referido autor menciona que a visão mais ampla do princípio entende que atua, desse modo, em tríplice dimensão no Direito do Trabalho: informadora, interpretativa/normativa e hierarquizante<sup>51</sup>.

Na fase pré-jurídica (isto é, fase essencialmente política) age como critério de política legislativa, influenciando no processo de construção desse ramo jurídico especializado. Trata-se da função essencialmente informativa do princípio, sem caráter normativo, agindo como verdadeira fonte material do ramo justarabalista. Essa influência é muito clara, especialmente em contextos políticos democráticos,

---

<sup>47</sup> Art. 468 - Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.

<sup>48</sup> Súmula nº 51 do TST. Norma regulamentar. Vantagens e opção pelo novo regulamento. Art. 468 da CLT. I - As cláusulas regulamentares, que revoguem ou alterem vantagens deferidas anteriormente, só atingirão os trabalhadores admitidos após a revogação ou alteração do regulamento. II - Havendo a coexistência de dois regulamentos da empresa, a opção do empregado por um deles tem efeito jurídico de renúncia às regras do sistema do outro.

<sup>49</sup> SÜSSEKIND, Arnaldo. **Instituições de direito do trabalho**. São Paulo: LTR, 1999. p. 103.

<sup>50</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR, 2009. p. 184.

<sup>51</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR, 2009. p. 184.

colocando em franca excepcionalidade diplomas normativos que agridam a direção civilizatória essencial que é inerente ao Direito do Trabalho<sup>52</sup>.

Na fase jurídica, o mesmo princípio atua quer como critério de hierarquia de regras jurídicas, quer como princípio de interpretação de tais regras. Como critério de hierarquia, permite eleger como regra prevalecente, uma dada situação de conflito de regras, aquela que for mais favorável ao trabalhador, observados certos procedimentos objetivos orientadores, evidentemente<sup>53</sup>.

Como princípio de interpretação do Direito, permite a escolha da interpretação mais favorável ao trabalhador, caso antepostas ao intérprete duas ou mais consistentes alternativas de interpretação em face de uma regra jurídica enfocada. Ou seja, informa esse princípio que, no processo de aplicação e interpretação do Direito, o operador jurídico, situado perante um quadro de conflito de regras ou de interpretações consistentes a seu respeito, deverá escolher aquela mais favorável ao trabalhador, a que melhor realize o sentido teleológico essencial do Direito do Trabalho<sup>54</sup>.

Na pesquisa e eleição da regra mais favorável, o intérprete e aplicador do Direito obviamente deverá se submeter a algumas condutas objetivas, que permitam preservar o caráter científico da compreensão e apropriação do fenômeno jurídico. Assim, deverá ter em conta não o trabalhador específico, objeto da incidência da norma em certo caso concreto, mas o trabalhador como ser competente de um universo mais amplo (categoria profissional, por exemplo)<sup>55</sup>.

Quanto ao processo de hierarquização das normas, não poderá o operador jurídico permitir que o uso do princípio da norma mais favorável comprometa o caráter sistemático da ordem jurídica, elidindo-se o patamar de cientificidade a que se deve submeter todo processo de interpretação e aplicação do Direito. Assim, o encontro da regra mais favorável não se pode fazer mediante uma separação tópica e causuística de regras, acumulando-se preceitos favoráveis ao empregado e

---

<sup>52</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR, 2009. p. 184.

<sup>53</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR, 2009. p. 185.

<sup>54</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR, 2009. p. 185.

<sup>55</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR, 2009. p. 185.

praticamente criando-se ordens jurídicas próprias e provisórias em face de cada caso concreto – como resultado do enfoque proposto pela teoria da acumulação<sup>56</sup>.

Ao contrário, o operador jurídico deve buscar a regra mais favorável enfocando globalmente o conjunto de regras componentes do sistema, discriminando, no máximo, os preceitos em função da matéria, de modo a não perder, ao londo desse processo, o caráter sistemático da ordem jurídica e os sentidos lógico e teleológico básicos que sempre devem informar o fenômeno do Direito (teoria do conglobamento)<sup>57</sup>.

No tocante, por sua vez, ao processo de interpretação de normas, não poderá o operador jurídico suplantar os critérios científicos impostos pela Hermenêutica Jurídica à dinâmica de revelação do sentido das normas examinadas, em favor de uma simplista opção mais benéfica para o obreiro (escolher, por exemplo, uma alternativa inconsistente de interpretação, porém mais favorável)<sup>58</sup>.

Também no Direito do Trabalho o processo interpretativo deve concretizar-se de modo objetivo, criterioso, guiado por parâmetros técnicos-científicos rigorosos. Assim, apenas se, após respeitados, os rigores da Hermenêutica Jurídica, chegar-se ao contraponto de dois ou mais resultados interpretativos consistentes, é que poderá o intérprete à escolha final orientada pelo princípio da norma mais favorável<sup>59</sup>.

É óbvio que não se pode valer do princípio especial justralhista para comprometer a caráter lógico-sistemático da ordem jurídica, elidindo-se o patamar de cientificidade a que se deve submeter todo processo de interpretação de qualquer norma jurídica<sup>60</sup>.

---

<sup>56</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR, 2009. p. 185.

<sup>57</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR, 2009. p. 185.

<sup>58</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR, 2009. p. 185.

<sup>59</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR, 2009. p. 186.

<sup>60</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR, 2009. p. 186.

### 1.3 PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE DA RELAÇÃO DE EMPREGO

O princípio da continuidade da relação de emprego, segundo Amauri Mascaro Nascimento, recomenda a preferência legal pelos contratos por prazo indeterminado, as limitações impostas aos contratos por prazo determinado e a inserção, nas leis e nas convenções coletivas, de diversas técnicas tendentes a disciplinar a dispensa do empregado, impedindo-a sem causa jurídica ou dificultando-a bastante<sup>61</sup>.

Neste mesmo sentido Adrián Goldin relata que interpretando as necessidades e vantagens de ordem pessoal, econômico-social e empresarial que sua adoção implica, os ordenamentos modernos propõem que a relação contratual perdure o máximo de tempo possível<sup>62</sup>.

Isso pode ser verificado, segundo o autor, com um mergulho na estrutura da matéria onde possa se verificar que a prolongação dos vínculos laborais, ademais de representar um valor em si mesmo, se reflita de distintas formas, em todas elas em grau de preferência, ao adotar-se dispositivos técnicos regulatórios que denotam como objetivo e induzem a sua consecussão<sup>63</sup>.

Assim se comprovará que os contratos de longa duração gozam de nítida preferência em relação aos contratos cujo término está determinado; essa predileção derira da formulação de uma regra ou princípio, adotado com cautela pela teoria geral dos contratos, para posteriormente alcançar um alívio próprio ao isentar-se no âmbito laboral; segundo essa regra, todo o vínculo entre trabalhador e empregador se entende desde seu início combinado por tempo indeterminado, salvo exceções<sup>64</sup>.

Há de se advertir que o legislador idealiza um marco contratual que aspira a perdurar o máximo de tempo, e, de ser possível, extender-se até que o dependente

---

<sup>61</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 392.

<sup>62</sup> GOLDIN, Adrian. **Curso de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social**. Buenos Aires: La Ley, 2009. p. 124.

<sup>63</sup> GOLDIN, Adrian. **Curso de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social**. Buenos Aires: La Ley, 2009. p. 124.

<sup>64</sup> GOLDIN, Adrian. **Curso de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social**. Buenos Aires: La Ley, 2009. p. 125.

possa conectar-se a um benefício de aposentadoria e mais além inclusive. É o posicionamento após a continuidade derivada de uma eleição sociológico-legislativa marcada em uma sociedade determinada e em uma etapa da evolução das ideias, que foi adotada em benefício das pessoas que trabalham em relação de dependência<sup>65</sup>.

A história do homem é a encarregada de ilustrar sobre as diversas modalidades que adotou essa regra. Em uma primeira etapa do predomínio da autonomia da vontade, se justificava a fixação de um tempo de duração do vínculo na necessidade de diferenciar o contrato de outros vínculos pessoais nos quais a liberdade de quem trabalhava era um bem ausente ou escasso<sup>66</sup>.

Com o decorrer do tempo foi-se forjando um conceito novo que fez variar aquela tendência, com a recepção da indeterminação do prazo do contrato como um bem jurídico a tutelar; a partir de então, os ordenamentos em geral tendem a favorecer a conservação do vínculo<sup>67</sup>.

Esclarece Goldin que não é a indeterminação do prazo do contrato que garante sua continuidade. Finaliza esclarecendo que esta indeterminação expressa a maior vocação da continuidade; em um contrato de duração indeterminada, a continuidade do contrato de trabalho não está necessariamente garantida, mas ao menos, é possível<sup>68</sup>.

Na lição de Souto Maior, a importância desse princípio revela-se não apenas ao conferir segurança ao empregado durante a vigência de seu contrato de trabalho, mas também na sua integração à empresa, favorecendo a qualidade do serviço prestado<sup>69</sup>.

Sergio Pinto Martins, analisando o tema, destaca que a segurança do trabalhador no emprego, de não ser despedido, importa tranquilidade para poder

---

<sup>65</sup> GOLDIN, Adrian. **Curso de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social**. Buenos Aires: La Ley, 2009. p. 125.

<sup>66</sup> GOLDIN, Adrian. **Curso de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social**. Buenos Aires: La Ley, 2009. p. 125.

<sup>67</sup> GOLDIN, Adrian. **Curso de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social**. Buenos Aires: La Ley, 2009. p. 125.

<sup>68</sup> GOLDIN, Adrian. **Curso de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social**. Buenos Aires: La Ley, 2009. p. 125.

<sup>69</sup> SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **O direito do trabalho como instrumento de justiça social**. São Paulo: LTR, 2009. p. 300.



trabalhar, além disso, o empregador passa a contar com trabalhadores experientes, já formados e com treinamento<sup>70</sup>.

De acordo com Barbosa Garcia, esse princípio inspira diversas disposições contidas no sistema jurídico brasileiro, objetivando a manutenção do contrato de trabalho<sup>71</sup>.

Primeiramente, cabe destacar que o art. 7º, inciso I, da Constituição Federal de 1988<sup>72</sup> prevê a proteção da relação de emprego contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa, embora remeta a questão à lei complementar, ainda não existente. Mesmo assim, o art. 10, inciso II, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias<sup>73</sup> veda a dispensa arbitrária ou sem justa causa nas hipóteses ali previstas<sup>74</sup>.

Aliás, a previsão na Constituição, na lei, e em outras fontes formais do Direito do Trabalho, de certas estabilidades, normalmente transitórias (garantindo a permanência no emprego, por certo tempo, de trabalhadores em situações especiais), também é forma de concretizar o princípio da continuidade do contrato de trabalho. O mesmo se pode dizer quanto à vedação de dispensa por ato discriminatório<sup>75</sup> (Lei 9.029/1995)<sup>76</sup>.

A imposição ao empregador do dever de indenizar o empregado quando sua dispensa sem justa causa (art. 10, inciso I, do ADCT e Lei 8.036/1990, art. 18, §1º.<sup>77</sup>), bem como de conceder o aviso prévio (art. 7º., inciso XXI, da CF/88<sup>78</sup> e art.

<sup>70</sup> MARTINS, Sergio Pinto. **A continuidade do contrato de trabalho**. São Paulo: Atlas, 2000. p. 138.

<sup>71</sup> GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 107.

<sup>72</sup> Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos.

<sup>73</sup> Art. 10. Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição:(...)

II - fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa:

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.

<sup>74</sup> GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 107.

<sup>75</sup> GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 107.

<sup>76</sup> Proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, e dá outras providências.

<sup>77</sup> Art. 18. Ocorrendo rescisão do contrato de trabalho, por parte do empregador, ficará este obrigado a depositar na conta vinculada do trabalhador no FGTS os valores relativos aos depósitos referentes ao mês da rescisão e ao imediatamente anterior, que ainda não houver sido recolhido, sem prejuízo das cominações legais.

487 da CLT<sup>79</sup>), também são formas de não incentivo à ruptura contratual, revelando a preferência na sua manutenção<sup>80</sup>.

Outra emanção do princípio em questão, de acordo com Sergio Pinto Martins, encontra-se na sucessão trabalhista, prevista nos arts. 10<sup>81</sup> e 448<sup>82</sup> da CLT, a qual permite a preservação da relação de emprego, mesmo havendo mudança na estrutura jurídica da empresa ou alteração na sua titularidade<sup>83</sup>.

Ocorrendo a extinção do estabelecimento, o art. 469, §2º, da CLT<sup>84</sup> permite a transferência do empregado, o que também objetiva a continuidade do contrato de trabalho<sup>85</sup>.

Nas hipóteses de suspensão e interrupção do contrato de trabalho, embora não havendo prestação de serviços, o contrato de trabalho não é encerrado, buscando-se, assim, a sua manutenção<sup>86</sup>.

§ 1º Na hipótese de despedida pelo empregador sem justa causa, depositará este, na conta vinculada do trabalhador no FGTS, importância igual a quarenta por cento do montante de todos os depósitos realizados na conta vinculada durante a vigência do contrato de trabalho, atualizados monetariamente e acrescidos dos respectivos juros.

<sup>78</sup> Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...)

XXI - aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei.

<sup>79</sup> Art. 487 - Não havendo prazo estipulado, a parte que, sem justo motivo, quiser rescindir o contrato deverá avisar a outra da sua resolução com a antecedência mínima de:

I - oito dias, se o pagamento for efetuado por semana ou tempo inferior;

II - trinta dias aos que perceberem por quinzena ou mês, ou que tenham mais de 12 (doze) meses de serviço na empresa.

§ 1º - A falta do aviso prévio por parte do empregador dá ao empregado o direito aos salários correspondentes ao prazo do aviso, garantida sempre a integração desse período no seu tempo de serviço.

§ 2º - A falta de aviso prévio por parte do empregado dá ao empregador o direito de descontar os salários correspondentes ao prazo respectivo.

§ 3º - Em se tratando de salário pago na base de tarefa, o cálculo, para os efeitos dos parágrafos anteriores, será feito de acordo com a média dos últimos 12 (doze) meses de serviço.

§ 4º - É devido o aviso prévio na despedida indireta.

§ 5º O valor das horas extraordinárias habituais integra o aviso prévio indenizado.

§ 6º O reajustamento salarial coletivo, determinado no curso do aviso prévio, beneficia o empregado pré-avisado da despedida, mesmo que tenha recebido antecipadamente os salários correspondentes ao período do aviso, que integra seu tempo de serviço para todos os efeitos legais.

<sup>80</sup> GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 107.

<sup>81</sup> Art. 10 - Qualquer alteração na estrutura jurídica da empresa não afetará os direitos adquiridos por seus empregados.

<sup>82</sup> Art. 448 - A mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afetará os contratos de trabalho dos respectivos empregados.

<sup>83</sup> MARTINS, Sergio Pinto. **A continuidade do contrato de trabalho**. São Paulo: Atlas, 2000. p. 162.

<sup>84</sup> Art. 469 - Ao empregador é vedado transferir o empregado, sem a sua anuência, para localidade diversa da que resultar do contrato, não se considerando transferência a que não acarretar necessariamente a mudança do seu domicílio. (...)

§ 2º - É lícita a transferência quando ocorrer extinção do estabelecimento em que trabalhar o empregado.

<sup>85</sup> MARTINS, Sergio Pinto. **A continuidade do contrato de trabalho**. São Paulo: Atlas, 2000. p. 170.

Além disso, em razão desse princípio, presume-se a continuidade do contrato de trabalho, cabendo ao empregador provar o seu término, bem como a dispensa do empregado<sup>87</sup>.

Informa Mauricio Godinho Delgado que é de interesse do Direito do Trabalho a permanência do vínculo empregatício, com a integração do trabalhador na estrutura e dinâmica empresariais. Apenas mediante tal permanência e integração, segundo o autor, é que a ordem justralhista poderia cumprir satisfatoriamente o objetivo teleológico do Direito do Trabalho, de assegurar melhores condições, sob a ótica obreira, de pactuação e gerenciamento da força de trabalho em determinada sociedade<sup>88</sup>.

De fato para Godinho, a permanência da relação de emprego provoca, em geral, três correntes de repercussões favoráveis ao empregado envolvido<sup>89</sup>.

A primeira reside na tendencial elevação dos direitos trabalhistas, seja pelo avanço da legislação ou da negociação coletiva, seja pelas conquistas especificamente contratuais alcançadas pelo trabalhador em vista de promoções recebidas ou vantagens agregadas ao desenvolvimento de seu tempo de serviço no contrato<sup>90</sup>.

A segunda corrente de repercussões favoráveis reside no investimento educacional e profissional que se inclina o empregador a realizar nos trabalhadores vinculados a longos contratos. Quanto mais elevado o montante pago à força de trabalho (e essa elevação tende a resultar, ao lado de outros aspectos, da duração do contrato e conquistas trabalhistas dela decorrentes), mais o empresário ver-se-á estimulado a investir na educação e aperfeiçoamento profissional do obreiro, como fórmula para elevar sua produtividade e compensar o custo trabalhista ocorrido. Esse investimento na formação do indivíduo cumpre a fundamental faceta do papel

---

<sup>86</sup> GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 107.

<sup>87</sup> GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 107.

<sup>88</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR, 2009. p. 193.

<sup>89</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR, 2009. p. 193.

<sup>90</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR, 2009. p. 193.

social da propriedade e da função educativa dos vínculos de labor, potenciando, individual e socialmente, o ser humano que trabalha<sup>91</sup>.

A terceira corrente de repercussões favoráveis da longa continuidade da relação de emprego situa-se na afirmação social do indivíduo favorecido por esse longo contrato. Aquele que vive apenas de seu trabalho tem neste, e na renda dele decorrente, um decisivo instrumento de sua afirmação no plano da sociedade. Se está submetido a contrato precário, provisório, de curta duração (ou se está desempregado), fica sem o lastro econômico e jurídico necessário para se impor no plano de suas demais relações econômicas na comunidade<sup>92</sup>.

À medida que se sabe que a grande maioria da população economicamente ativa, na sociedade contemporânea ocidental (em particular em países como o Brasil), constitui-se de pessoas que vivem apenas de seu trabalho, percebe-se a relevância do presente princípio no Direito e sociedade atuais<sup>93</sup>.

Conforme preconiza Godinho Delgado, a princípio da continuidade da relação de emprego perdeu parte significativa de sua força com a introdução do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço no Brasil, em 1967 (Lei n. 5.107/66), desprestigiando o sistema estável então vigente na CLT, pois a nova lei passou a permitir, no momento da admissão, uma opção pelo sistema do Fundo – o qual se tornou tendência dominante na prática. O sistema do FGTS transformou a dispensa sem justa causa e, verdadeiro ato potestativo do empregador, frustrando o incentivo à permanência do pacto. Tempos depois, a Carta de 1988 generalizaria o sistema do Fundo de Garantia ao conjunto do mercado de trabalho, eliminando a antiga opção<sup>94</sup>.

Não obstante as vicissitudes com a implementação do FGTS, o princípio da continuidade da relação de emprego ainda cumpre, hoje, para Godinho Delgado, razoável importância na ordem justicialista brasileira, pois gera certas presunções

---

<sup>91</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR, 2009. p. 193.

<sup>92</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR, 2009. p. 194.

<sup>93</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR, 2009. p. 194.

<sup>94</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR, 2009. p. 194.

favoráveis ao trabalhador<sup>95</sup>, conforme jurisprudencialmente assentado na Súmula 212 do TST<sup>96</sup>.

Nessa linha, faz presumida a ruptura contratual mais onerosa ao empregador (dispensa injusta), caso evidenciado o rompimento do vínculo; coloca, em consequência, sem ônus da defesa, a prova de modalidade menos onerosa de extinção do contrato (pedido de demissão ou dispensa por justa causa, por exemplo). Faz presumida também a própria continuidade do contrato, lançando ao ônus da defesa a prova de ruptura do vínculo empregatício, em contextos processuais de controvérsia sobre a questão<sup>97</sup>.

O mesmo princípio também propõe como regra geral o contrato trabalhista por tempo indeterminado, uma vez que é o que melhor concretiza o direcionamento pela continuidade da relação empregatícia. Em consequência dessa regra geral, tornam-se exceptivos, no Direito do Trabalho, os contratos a termo, os quais somente podem ser pactuados nas estritas hipóteses franqueadas por lei<sup>98</sup>.

Atualmente, no Direito Brasileiro, são cinco estas hipóteses. As três mais frequentes estão previstas no art. 443, §2º da CLT<sup>99</sup>. A seu lado, há o grupo de situações direcionadas por leis especiais a certas profissões delimitadas, como ocorre com os artistas profissionais e também atletas profissionais. Finalmente, há a hipótese da Lei 9.601, de 1998, que regulou o chamado contrato provisório de trabalho<sup>100</sup>.

---

<sup>95</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR, 2009. p. 195.

<sup>96</sup> Súmula nº 212 do TST. DESPEDIMENTO. ÔNUS DA PROVA. 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.

<sup>97</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR, 2009. p. 195.

<sup>98</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR, 2009. p. 195.

<sup>99</sup> Art. 443 - O contrato individual de trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito e por prazo determinado ou indeterminado.

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

a) de serviço cuja natureza ou transitoriedade justifique a predeterminação do prazo;  
b) de atividades empresariais de caráter transitório;  
c) de contrato de experiência.

<sup>100</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR, 2009. p. 195.

## 2 PROTEÇÃO À MATERNIDADE

Russomano sustenta que a quase unanimidade dos autores nacionais sustenta que a mulher, durante a gravidez, sempre gozou de estabilidade provisória, por força das normas constitucionais anteriores<sup>101</sup>.

Na verdade, porém, a lei constitucional se limitava a dizer que a gravidez não constitui justo motivo para a rescisão do contrato da empregada e que o descanso remunerado a que ela tem direito, de acordo com as normas internacionais e o direito interno do país, não lhe tira a prerrogativa de retornar ao trabalho, após o parto. Ora, sendo assim, a rigor, não se podia dizer que a mulher grávida fosse transitoriamente estável, o que importaria em concluir que a despedida da gestante seria ato nulo de pleno direito<sup>102</sup>.

De acordo com Russomano é desconhecida decisão da Justiça do Trabalho que tivesse, na época, concluído pelo direito à reintegração da empregada grávida despedida sem motivo justo. Ao contrário, as decisões mandavam, em tais casos, que o empregador fosse condenado a pagar-lhe as indenizações de antiguidade, sem prejuízo do salário relativo ao período de repouso obrigatório<sup>103</sup>.

À luz da Constituição de 1988, a situação se alterou profundamente. Por outro lado, o auxílio-maternidade foi mantido, com o nome de licença gestante, com a duração de cento e vinte dias, conforme art. 7º, inc. XVIII da CF<sup>104</sup>.

Essa norma, conforme Russomano, não cria estabilidade ao emprego, mas o inciso I<sup>105</sup>, do citado art. 7º, estabelece a proteção da relação de emprego contra a

---

<sup>101</sup> RUSSOMANO, Mozart Victor. **Curso de Direito do Trabalho**. Curitiba: Juruá, 2002. p. 436.

<sup>102</sup> RUSSOMANO, Mozart Victor. **Curso de Direito do Trabalho**. Curitiba: Juruá, 2002. p. 436.

<sup>103</sup> RUSSOMANO, Mozart Victor. **Curso de Direito do Trabalho**. Curitiba: Juruá, 2002. p. 437.

<sup>104</sup> Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

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

<sup>105</sup> Art. 7º (...)

I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos;

despedida arbitrária ou sem justa causa (conceito moderno de estabilidade), na forma que esse direito venha a ser regulamentado através de lei complementar<sup>106</sup>.

Adiantando-se, entretanto, sobre essa futura lei, o próprio constituinte, no art. 10, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, estabeleceu alguns preceitos que – até promulgação da referida lei complementar – procuram proteger a relação de emprego contra despedidas arbitrárias e injustas. Essa orientação abrangeu a hipótese da empregada gestante, além do direito (patrimonial) ao auxílio-maternidade (cento e vinte dias antes e depois do parto sem trabalhar, mas com salários), a gestante tem a seu favor a estabilidade provisória, agora, claramente, adotada pelo legislador constituinte<sup>107</sup>.

Essa estabilidade prolonga-se da confirmação da gravidez (que compete à empregada junto ao empregador) até cinco meses após o parto. Isso significa que a gestante, se provar de imediato a sua gravidez, pode ficar protegida contra as despedidas arbitrárias e injustas, até mesmo pelo prazo de doze a treze meses<sup>108</sup>.

Nesse período, sua despedida só poderá ocorrer por justa causa. E, fora dessa hipótese, ela terá direito à reintegração ou ao pagamento dos salários relativos ao prazo legal que lhe é garantido<sup>109</sup>.

Barbosa Garcia complementa frisando a previsão contida no art. 391 da CLT<sup>110</sup>, o qual estipula que não constitui justo motivo para a rescisão do contrato de trabalho da mulher, o fato de haver matrimônio ou de encontrar-se em estado de gravidez<sup>111</sup>.

Além disso, não são permitidos em regulamentos de qualquer natureza, convenções e acordos coletivos ou individuais de trabalho, restrições ao direito da mulher ao seu emprego, por motivo de casamento ou de gravidez.

---

<sup>106</sup> RUSSOMANO, Mozart Victor. **Curso de Direito do Trabalho**. Curitiba: Juruá, 2002. p. 437.

<sup>107</sup> RUSSOMANO, Mozart Victor. **Curso de Direito do Trabalho**. Curitiba: Juruá, 2002. p. 437.

<sup>108</sup> RUSSOMANO, Mozart Victor. **Curso de Direito do Trabalho**. Curitiba: Juruá, 2002. p. 437.

<sup>109</sup> RUSSOMANO, Mozart Victor. **Curso de Direito do Trabalho**. Curitiba: Juruá, 2002. p. 437.

<sup>110</sup> Art. 391 - Não constitui justo motivo para a rescisão do contrato de trabalho da mulher o fato de haver contraído matrimônio ou de encontrar-se em estado de gravidez.

Parágrafo único - Não serão permitidos em regulamentos de qualquer natureza contratos coletivos ou individuais de trabalho, restrições ao direito da mulher ao seu emprego, por motivo de casamento ou de gravidez.

<sup>111</sup> GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 999.

Conforme art. 394 da CLT<sup>112</sup>, mediante atestado médico, à mulher grávida é facultado romper o compromisso resultante de qualquer contrato de trabalho, desde que este seja prejudicial à gestação. Nesse caso especial, a empregada gestante pode pedir demissão, não tendo o dever de conceder aviso prévio ao empregador<sup>113</sup>.

De acordo com o art. 395 da CLT<sup>114</sup>, em caso de aborto não criminoso, comprovado por atestado médico oficial, a mulher terá um repouso remunerado de duas semanas, ficando-lhe assegurado o direito de retornar à função que ocupava antes de seu afastamento<sup>115</sup>.

Já o art. 396 da CLT<sup>116</sup> prevê que para amamentar o próprio filho, até que se complete 6 meses de idade, a mulher terá direito, durante a jornada de trabalho, a 2 descansos especiais, de meia hora cada um. Quando o exigir a saúde do filho, o período poderá ser dilatado, a critério da autoridade competente<sup>117</sup>.

Conforme o art. 397 da CLT<sup>118</sup>, o SESI, o SESC, a LBA e outras entidades públicas destinadas à assistência à infância manterão ou subvencionarão, de acordo com suas possibilidades financeiras, escolas maternais e jardins de infância, distribuídos nas zonas de maior densidade de trabalhadores, destinados especialmente aos filhos das mulheres empregadas<sup>119</sup>.

O Ministro do Trabalho e Emprego, de acordo com o art. 399 da CLT<sup>120</sup>, conferirá diploma de benemerência aos empregadores que se distinguirem pela

---

<sup>112</sup> Art. 394 - Mediante atestado médico, à mulher grávida é facultado romper o compromisso resultante de qualquer contrato de trabalho, desde que este seja prejudicial à gestação.

<sup>113</sup> GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 999.

<sup>114</sup> Art. 395 - Em caso de aborto não criminoso, comprovado por atestado médico oficial, a mulher terá um repouso remunerado de 2 (duas) semanas, ficando-lhe assegurado o direito de retornar à função que ocupava antes de seu afastamento.

<sup>115</sup> GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 999.

<sup>116</sup> Art. 396 - Para amamentar o próprio filho, até que este complete 6 (seis) meses de idade, a mulher terá direito, durante a jornada de trabalho, a 2 (dois) descansos especiais, de meia hora cada um. Parágrafo único - Quando o exigir a saúde do filho, o período de 6 (seis) meses poderá ser dilatado, a critério da autoridade competente.

<sup>117</sup> GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 999.

<sup>118</sup> Art. 397 - O SESI, o SESC, a LBA e outras entidades públicas destinadas à assistência à infância manterão ou subvencionarão, de acordo com suas possibilidades financeiras, escolas maternais e jardins de infância, distribuídos nas zonas de maior densidade de trabalhadores, destinados especialmente aos filhos das mulheres empregadas.

<sup>119</sup> GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 999.

<sup>120</sup> Art. 399 - O Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio conferirá diploma de benemerência aos empregadores que se distinguirem pela organização e manutenção de creches e de instituições de proteção aos menores em idade pré-escolar, desde que tais serviços se recomendem por sua generosidade e pela eficiência das respectivas instalações.



organização e manutenção de creches e de instituições de proteção aos menores em idade pré-escolar, desde que tais serviços se recomendem por sua generosidade e pela eficiência das respectivas instalações<sup>121</sup>.

Por fim, prevê o art. 400 da CLT<sup>122</sup> que os locais destinados à guarda dos filhos das operárias durante o período da amamentação deverão possuir, no mínimo, um berçário, uma saleta de amamentação, uma cozinha dietética e uma instalação sanitária<sup>123</sup>.

## 2.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Ao trabalho da mulher é dispensada, pelo direito, especial proteção ao exemplo que ocorre com o trabalho do menor. Em todos os sistemas jurídicos, a mulher merece tratamento particular, asseguradas condições mínimas de trabalho, diferentes e mais vantajosas do que aquelas estabelecidas em relação aos homens<sup>124</sup>.

Por ocasião da Revolução Industrial do século XVIII, o trabalho feminino foi aproveitado em larga escala, a ponto de ser preterida a mão-de-obra masculina. Os menores salários pagos à mulher constituíam a causa maior que determinava essa preferência pelo elemento feminino<sup>125</sup>.

O Estado não intervindo nas relações jurídicas de trabalho, permitia, com sua omissão, toda sorte de explorações. Nenhuma limitação de jornada de trabalho, idênticas exigências dos empregadores quanto às mulheres e homens, indistintamente, insensivelmente diante da maternidade e dos problemas que pode acarretar à mulher, quer quanto às condições pessoais, quer quanto às

---

<sup>121</sup> GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 999.

<sup>122</sup> Art. 400 - Os locais destinados à guarda dos filhos das operárias durante o período da amamentação deverão possuir, no mínimo, um berçário, uma saleta de amamentação, uma cozinha dietética e uma instalação sanitária.

<sup>123</sup> GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 999.

<sup>124</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 726.

<sup>125</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 726.

responsabilidades de amamentação e cuidados dos filhos com idade de amamentação etc<sup>126</sup>.

O processo industrial criou um problema que não era conhecido quando a mulher, em épocas remotas, dedicava-se aos trabalhos de natureza familiar e de índole doméstica. A indústria tirou a mulher do lar por 14, 15 ou 16 horas diárias, expondo-a a atividade profissional em ambientes insalubres e cumprindo muitas vezes obrigações superiores às suas possibilidades físicas<sup>127</sup>.

As primeiras leis trabalhistas voltaram-se para a proteção da mulher e do menor. Em agosto de 1842, a Inglaterra proibiu o trabalho das mulheres em subterrâneos. Em 1844, foi limitada a sua jornada de trabalho a 10 horas e meia, devendo, aos sábados, terminar antes das 16h30min. Na França, em 1848, surgiram leis de proteção ao trabalho feminino. Na Alemanha, o Código Industrial, de 1891, também se ocupou do problema, fixando normas mínimas. Uma das mais expressivas regulamentações é o Tratado de Versailles, que estabelece o princípio da igualdade salarial entre homens e mulheres, inserindo em algumas constituições, dentre as quais a do Brasil, e destinado a impedir a exploração salarial da mulher<sup>128</sup>.

No mesmo sentido, preconiza Arnaldo Süssekind que uma das consequências da Revolução Industrial Francesa foi o ingresso da mulher e do menor no mercado de trabalho, visando a complementar o orçamento familiar, cujos chefes tiveram reduzidos os seus salários. A exploração daí decorrente determinou a inclusão na pauta da Conferência de Berlim, de março de 1890, do exame do trabalho das crianças, dos jovens e das mulheres<sup>129</sup>.

Desde então o trabalho da mulher foi amplamente discriminado em relação ao do homem, sobretudo no tocante ao salário. Daí a preocupação da Organização Internacional do Trabalho, a partir de sua criação (1919), em instituir normas de proteção especial do trabalho feminino. Todavia o aumento das obrigações patronais em relação à mulher dificultou a eliminação de diversas formas de discriminação<sup>130</sup>.

---

<sup>126</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 726.

<sup>127</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 727.

<sup>128</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 727.

<sup>129</sup> SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Renovar, 2002. p. 491.

<sup>130</sup> SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Renovar, 2002. p. 492.

Depois da “revolução da pílula” e do considerável crescimento da participação da mulher em cursos de formação profissional, inclusive no grau universitário, tornaram-se dispensáveis algumas normas de proteção ao trabalho feminino. A verdade é que cada vez mais a mulher participa, com sucesso, de cargos de todos os níveis profissionais, sem excluir os de direção e de caráter técnico superior<sup>131</sup>.

Por via de consequência, a OIT reviu sua posição inicial. Consoante expôs essa organização, hoje suas diretrizes a respeito giram em torno de duas preocupações fundamentais: a primeira é a de garantir a igualdade de oportunidades e de tratamento no acesso à formação, ao emprego, à promoção, à organização e à tomada de decisões, e de lograr a igualdade de condições no que se refere aos salários, às vantagens (contratuais), à seguridade social e às prestações de caráter social relacionadas com o emprego; a segunda é a de proteger a mulher trabalhadora em especial no que se refere às condições de trabalho que possam representar riscos à gestante<sup>132</sup>.

A quase totalidade das normas constantes das convenções e recomendações da OIT, aplicam-se aos trabalhadores em geral, sem distinção de sexo, tal como preceituam a Declaração dos Direitos do Homem, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e a Declaração da Filadélfia sobre os Fins e Objetivos da OIT. Mas alguns dos seus instrumentos normativos destinam-se especificamente às mulheres.

A Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, aprovada pela ONU em 1974, retificada pelo Brasil em 1º de fevereiro de 1984, preceitua que os direitos relativos ao emprego sejam assegurados em condições de igualdade entre os homens e mulheres; mas adverte que as medidas destinadas a proteger a maternidade não se considerará discriminatória<sup>133</sup>.

Dos diversos congressos e conferências realizados no apontado período, podem-se extrair, as seguintes proposições: a) revogar as proibições do trabalho

---

<sup>131</sup> SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Renovar, 2002. p. 492.

<sup>132</sup> SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Renovar, 2002. p. 492.

<sup>133</sup> SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Renovar, 2002. p. 493.

noturno, penoso ou insalubre, salvo, quanto aos dois últimos, durante os períodos de gestação e amamentação; b) motivar a participação da mulher em cursos profissionalizantes, sobretudo nos de grau médio; c) disciplinar e fomentar o emprego a tempo parcial para trabalhadores com responsabilidade familiar; d) excluir a responsabilidade direta do empregador em relação ao problema da maternidade (salário gestante durante a licença compulsória, manutenção de creches, etc.)<sup>134</sup>.

Ainda atinente a evolução histórica da proteção da mulher no mercado de trabalho, cumpre destacar exposição do ilustre Orlando Gomes, o qual traz a baila que a antiguidade clássica greco-romana não oferece ao mundo o doloroso espetáculo da exploração sem limites do trabalho da mulher e do menor. Somente com a Revolução Industrial, mas sobretudo a partir do início do século XIX na Inglaterra; o regime de produção em massa ensejou uma das mais graves repercussões da técnica no mundo político, social e econômico contemporâneo: a desintegração do *metier*, do ofício. Ilustrativo é o exame, embora sumário, de seu processo de fragmentação para se compreender bem como foi introduzido, na empresa moderna, o trabalho da mulher e do menor<sup>135</sup>.

Constitui em truísmo dizer-se que a empresa na Idade Média era do tipo artesanal. Os sociólogos analisam-na em confronto com a empresa moderna, complexa e de imensas proporções, dizendo que era uma empresa simples. Mas exercia-se, aí, um ofício complexo. A empresa simples onde se praticava um ofício complexo era o ambiente privilegiado para o exercício da aprendizagem do ofício ou *metier*<sup>136</sup>.

A introdução da técnica, já nos fins da Idade Média, com a máquina de tecer e com a máquina a vapor, foi o ponto de partida para a revolução no ambiente industrial. Dentro em breve, a organização da empresa, principalmente orientada no sentido do lucro, viria a obedecer, com rigor progressivo, aos princípios

---

<sup>134</sup> SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Renovar, 2002. p. 493.

<sup>135</sup> GOMES, Orlando. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 419.

<sup>136</sup> GOMES, Orlando. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 419.

concordantes da racionalização e divisão do trabalho. Estava consumada a fragmentação do ofício<sup>137</sup>.

Filósofos, sociólogos e historiadores, desde Marx, salientaram o fenômeno mediante o qual a empresa complexa de nossos dias, pela divisão do trabalho, simplificou as operações do operário moderno, levando-o ao automatismo de movimentos e gestos a que a técnica reduziu a sua complexa tarefa de outrora. O campo estava aberto para a introdução de mulheres e menores no trabalho industrial, independentemente de uma prévia aprendizagem como se procedia antes, pois a singeleza da tarefa a cumprir não exigia, muitas vezes, mais do que a repetição dos mesmos movimentos. A indústria têxtil favorecia, desde então, a absorção do trabalho das chamadas meias forças, pois nela o emprego dos meios técnicos ensejou, cedo, uma racional divisão de trabalho<sup>138</sup>.

O emprego de mulheres e menores na indústria nascente representava uma sensível redução do custo de produção, a absorção de mão-de-obra barata, em suma, um meio eficiente e simples para enfrentar a concorrência. Nenhum preceito moral ou jurídico impedia o patrão de empregar em larga escala a mão-de-obra feminina e infantil. Os princípios invioláveis do liberalismo econômico e do individualismo jurídico davam-lhe a base ética e jurídica para contratar livremente, no mercado, esta espécie de mercadoria<sup>139</sup>.

Os abusos desse liberalismo cedo se fizeram patentes aos olhos de todos, suscitando súplicas, protestos e relatórios em prol de uma intervenção estatal em matéria de trabalho de mulheres e menores. Com as primeiras leis que surgiram, em diversos países europeus, disciplinando esta espécie de trabalho, surgiu, também, para o mundo jurídico, a nova disciplina: o Direito do Trabalho. Com efeito foi o *Moral and Health Act*, de Roberto Peel, em 1802, a primeira manifestação concreta que corresponde à ideia contemporânea do Direito do Trabalho. Esse ato proibia o trabalho de menores por mais de dez horas por dia, bem como o trabalho noturno<sup>140</sup>.

---

<sup>137</sup> GOMES, Orlando. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 420.

<sup>138</sup> FOOT, Francisco; LEONARDI, Victor. **História da Indústria e do Trabalho no Brasil**. São Paulo: Globo, 2000. p. 183.

<sup>139</sup> GOMES, Orlando. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 420.

<sup>140</sup> GOMES, Orlando. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 420.

## 2.2 IGUALDADE DE DIREITOS

Evaristo de Moraes Filho escrevia em 1975 que, quer na Doutrina, quer na legislação, continuam as mulheres e os menores a manter os mesmos cordões umbilicais, se não no mesmo berçário, pelo menos; praticamente, na mesma oficina de trabalho, com idênticas restrições e iguais solitudes. Historicamente foi assim que aconteceu, quer na legislação estrangeira, que na nacional. Tidas (as mulheres) como meia-forças de trabalho, mais dóceis e desorganizadas, foram as escolhidas desde logo para as tarefas mecânicas do industrialismo nascente. Com menores salários, e nas mesmas péssimas condições de trabalho adulto e masculino, tangidas pelas necessidades econômicas, levou imensas de mulheres e crianças, de todas as idades, a partir dos 5 anos, confundiam-se nas fábricas, sem limite máximo de duração na prestação de serviços, indo comumente a mais de dezesseis horas diárias, com salários de fome<sup>141</sup>.

A Constituição Federal Brasileira, ao dispor sobre os direitos e deveres individuais e coletivos, salienta a igualdade de todos perante a lei, declarando de forma incisiva, no art. 5º, inciso I<sup>142</sup>.

Logo após, entre os direitos dos trabalhadores, o constituinte inclui no art. 7º, inciso XXX<sup>143</sup>, a de salários.

Essas normas são frutos da luta empreendida nos dois últimos séculos a favor da emancipação da mulher e demonstra a forma como ela é hoje considerada nos grandes centros do mundo ocidental. Pelo menos nessa parte do mundo a mulher alcançou juridicamente condições de igualdade com o homem e, se ainda

---

<sup>141</sup> MOARES FILHO, Evaristo de; MORAES, Antonio Carlos Flores de. **Introdução ao Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR, 2010, 10ª ed. p.589.

<sup>142</sup> Art. 5º 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:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

<sup>143</sup> XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;

não usufrui plenamente dessa condição, se deve a fatores sociais arraigados que não cabe aqui analisar<sup>144</sup>.

Quanto à legislação trabalhista em vigor e diante da realidade brasileira, a Constituição, depois de declarar a igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres, e proibir diferença de salários em virtude de sexo, contém dispositivo obrigando a proteção do mercado da mulher mediante incentivos específicos (art. 7º, XX<sup>145</sup>). Tal fato decorre a indiscutível discriminação sofrida pela mulher no mercado de trabalho, tornando-se necessário que subsistam algumas proteções específicas<sup>146</sup>.

Além do mais, não há de se esquecer a existência quanto à complexão física entre os dois sexos, obrigando que as normas específicas venham a proteger na CLT o trabalho da mulher. Não há condição entre a igualdade jurídica entre homens e mulheres e desigualdades físicas e, ainda, a complexa mentalidade discriminatória nacional, que justifica a existência de documentos legais protetores<sup>147</sup>.

Analisando o Capítulo III do Título II da CLT, vemos que os benefícios previstos para a mulher, com duração do trabalho de oito horas, hora extra e trabalho noturno com remuneração acrescida e repouso semanal de 24 horas, já foram há muito tempo estendidos ao homem. O trabalho perigoso e insalubre é também hoje normatizado em pé de igualdade para homens e mulheres<sup>148</sup>.

Restaram, no Título II da CLT, como normas de proteção exclusivamente voltadas para a mulher, a limitação de levantamento de peso (20kg e 25kg) e os dispositivos que visam a proteger a gravidez, o nascimento e a amamentação do filho<sup>149</sup>.

---

<sup>144</sup> MOARES FILHO, Evaristo de; MORAES, Antonio Carlos Flores de. **Introdução ao Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR, 2010, 10ª ed. p.589.

<sup>145</sup> XX - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;

<sup>146</sup> MOARES FILHO, Evaristo de; MORAES, Antonio Carlos Flores de. **Introdução ao Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR, 2010, 10ª ed. p.590.

<sup>147</sup> MOARES FILHO, Evaristo de; MORAES, Antonio Carlos Flores de. **Introdução ao Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR, 2010, 10ª ed. p.590.

<sup>148</sup> MOARES FILHO, Evaristo de; MORAES, Antonio Carlos Flores de. **Introdução ao Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR, 2010, 10ª ed. p.590.

<sup>149</sup> MOARES FILHO, Evaristo de; MORAES, Antonio Carlos Flores de. **Introdução ao Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR, 2010, 10ª ed. p.590.

A limitação de levantamento de peso é norma originária do Direito Internacional do Trabalho e foi importada sem a devida adaptação ao físico da mulher brasileira. Assim, para a grande maioria de nossas mulheres, a limitação é desnecessária, porque é imposta pela própria natureza<sup>150</sup>.

Dessa forma, o que a CLT protege, hoje, não é o trabalho da mulher, mas o trabalho dela por ocasião da gravidez, da maternidade e da amamentação. Também o constituinte, ao prever a proteção do mercado de trabalho da mulher, objetivou impedir a discriminação a ela, garantindo-lhe a subsistência, na gravidez e na maternidade<sup>151</sup>.

Essas normas não podem, portanto, ser consideradas como proteção à mulher e incoerentes com o princípio de igualdade em direitos e obrigações entre homens e mulheres, porquanto são formas de proteção ao recém-nascido, que é filho de ambos. Além disso, trata-se de normas jurídicas emanadas do sentimento mais primitivo do homem – o instinto de conservação da espécie<sup>152</sup>.

Nos dias atuais, a mulher contribui para o sustento da família em pé de igualdade com o homem, deixando há muito o seu salário servir de mero complemento familiar. A proposição de restrição de jornada, se implantada, prejudicaria, em lugar de ajudar, pois deixaria a mulher em desvantagem no mercado de trabalho<sup>153</sup>.

De outro lado, sob o aspecto biológico, ambos os sexos hão de ser protegidos. Sobre esse assunto, pronunciou-se de forma apropriada a ex-ministra adjunta do Trabalho, Ana Geta Leíanon no sentido de que o trabalho perigoso, duro e sujo é arriscado para as mulheres, mas também o é para os homens. Deve ser concedida a mesma proteção aos trabalhadores de um ou outro sexo. Se o trabalho

---

<sup>150</sup> MOARES FILHO, Evaristo de; MORAES, Antonio Carlos Flores de. **Introdução ao Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR, 2010, 10ª ed. p.590.

<sup>151</sup> MOARES FILHO, Evaristo de; MORAES, Antonio Carlos Flores de. **Introdução ao Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR, 2010, 10ª ed. p.590.

<sup>152</sup> MOARES FILHO, Evaristo de; MORAES, Antonio Carlos Flores de. **Introdução ao Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR, 2010, 10ª ed. p.590.

<sup>153</sup> MOARES FILHO, Evaristo de; MORAES, Antonio Carlos Flores de. **Introdução ao Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR, 2010, 10ª ed. p.591.



noturno e outras formas incômodas de trabalho são necessários, devem ser compartilhados em pé de igualdade por homens e mulheres<sup>154</sup>.

Outra importante contribuição nessa luta de emancipação das mulheres se deve ao Papa Paulo VI, defensor das minorias discriminadas. Em sua Carta Apostólica, por ocasião do 80º aniversário da Encíclica *Rerum Novarum*, reivindicou um estatuto da mulher, com o objetivo de fazer cessar a discriminação que existia e estabelecer relações de igualdade nos direitos e de respeito pela sua dignidade<sup>155</sup>.

### 2.3 FUNDAMENTO DA PROTEÇÃO ESPECIAL

Destaca Adrián Goldin que tem sido, e segue sendo, uma constante preocupação do Direito do Trabalho a proteção da mulher na oportunidade de ser mãe, tutela esta dirigida a resguardar não somente a mulher em tal condição como também aos seus filhos, aos quais deve ser assegurado um crescimento e aprendizado adequado e normal<sup>156</sup>.

A adoção de medidas legislativas demonstram a ênfase em proteger a trabalhadora frente a maternidade, de modo a preservar sua saúde e de seu filho, como também a permanência de seu posto de trabalho<sup>157</sup>.

A maturidade física e a constituição fisiológica ou anatômica do trabalhador são fatores relevantes, que não podem ser desdenhados do ponto de vista da disciplina jurídica da regulamentação da regulamentação das condições de trabalho do mundo moderno. O Estado preocupa-se de maneira variada, não só com tutela social, mas também com a integridade biológica do trabalhador. Entre as leis sociais

---

<sup>154</sup> MELO, Floro de Araújo. **O trabalho de mulher na história**. Rio de Janeiro, 1978. p.72.

<sup>155</sup> PAPA PAULO VI, **Octagesima adveniens, encíclica e documentos sociais**. Revista LTr, v.1. p. 441.

<sup>156</sup> GOLDIN, Adrian. **Curso de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social**. Buenos Aires: La Ley, 2009. p. 410.

<sup>157</sup> GOLDIN, Adrian. **Curso de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social**. Buenos Aires: La Ley, 2009. p. 411.

que, de modo geral, tutelam a personalidade psicofísica do trabalhador, encarado este do ponto de vista da coletividade, estão as que regulam o seguro social, as prevenções contra acidentes (segurança e higiene do trabalho). Outras, encarando o trabalhador individualmente, tutelam-no sob outros aspectos, como as leis sobre acidente de trabalho e moléstia profissional, e de proteção específica ao trabalho da mulher e do menor<sup>158</sup>.

A tutela do Estado, nesse terreno, vai desde a proibição do trabalho noturno, cautela para a admissão de menores (carteira profissional), proibição de trabalhos perigosos, insalubres ou que atentem contra a moralidade, proteção á maternidade, até a imposição de normas de higiene e segurança do trabalho. A idade e o sexo na disciplina das condições de trabalho no sentido de inspirarem limitações à capacidade, mas não no da restrição aos seus direitos<sup>159</sup>.

A mulher trabalhadora tem os mesmo direitos, e com igualdade de trabalho, a mesma remuneração que cabe ao trabalhador adulto.

O trabalhador menor, de ambos os sexos, sofria discriminação no tratamento salarial, com base na antiga redação do art. 80 da CLT, hoje revogado. Ao aprendiz se assegura o salário mínimo.

O Estado intervém nesta matéria em função de uma política administrativa de largo alcance, vale dizer, provendo com fins demográficos e educacionais. Quanto aos primeiros, entra em linha de conta sobretudo o trabalho da mulher; a instrução primária do menor não pode ser prejudicada pela necessidade material de trabalhar<sup>160</sup>.

Outrora discutia-se acerca da oportunidade de tutelar a mulher como tal, isto é, quando fosse adulta e não apenas a mulher de menor idade. A corrente unilateral concluía por excluir qualquer tutela em vista das exigências da indústria e do princípio da liberdade de trabalho. Hoje, porém, essas discussões perderam todo valor, e a necessidade da tutela é reconhecida por todos<sup>161</sup>.

---

<sup>158</sup> GOMES, Orlando. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 421.

<sup>159</sup> GOMES, Orlando. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 421.

<sup>160</sup> GOMES, Orlando. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 422.

<sup>161</sup> GOMES, Orlando. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 422.

Em relação à mulher, os legislados, com o objetivo de assegurar o desenvolvimento demográfico, cuida de preservar a sua função fundamental da maternidade. Em relação ao menor, com vista à política educacional do povo, dispõe sobre a idade mínima para ingressar na vida profissional, após o cumprimento da obrigação de receber a instrução primária.

Os biólogos e fisiologistas demonstram que a mulher, em confronto com o homem, possui menor resistência a trabalhos extenuantes, por isso recomendam especiais cautelas do ponto de vista físico e espiritual. Recomendam evitar trabalhos complicados, e aconselham decompô-los em atos mais simples, que não requeiram um esforço excessivo; multiplicar os intervalos de repouso; tornar sempre mais automáticos os movimentos realizados profissionalmente<sup>162</sup>.

Do ponto de vista espiritual, aconselham evitar o esforço prolongado e intensivo do pensamento, executar trabalhos de breve duração. E a conclusão é que a mulher não pode, de modo geral, substituir o homem em trabalhos fatigantes ou que requeiram excessiva concentração do pensamento<sup>163</sup>.

Atualmente, a doutrina, representada por Floriano Correa, opõe embargos a tais conceitos, afirmando que tal situação não decorre de fatores históricos, políticos e, até certo ponto, sociológicos e psicológicos. Em outras palavras, inexistente a inferioridade da mulher e a desigualdade existente, há tantos milênios, decorre de superestruturas ideológicas e culturais<sup>164</sup>.

É bem verdade que antigas normas, ainda que consolidadas, a despeito do elevado espírito protecionista de que revestiam, ao longo dos anos, revelam-se discriminatórias do trabalho feminino, isso face da extraordinária emancipação cultural da mulher. No fundo das contestações, justas muitas vezes, está a exaltação de um certo espírito feminista, que tenta levar às últimas consequências a realidade da atual revolução política, econômica, financeira, social e até sexual da mulher

---

<sup>162</sup> GOMES, Orlando. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 422.

<sup>163</sup> GOMES, Orlando. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 422.

<sup>164</sup> DA SILVA, Floriano Correa Vaz. **A Discriminação contra o trabalho feminino**. Revista do Trabalho, nº. 14, julho-agosto, ano 3, 1978. p. 65.

neste final de século. Mas sua frágil constituição física e biológica está a recomendar especiais cautelas, sobretudo no trabalho industrial da operária de fábrica<sup>165</sup>.

Dada a finalidade da tutela legislativa a respeito do trabalho da mulher e do menor, resulta que as normas respectivas são de ordem pública, criam para as partes no contrato de trabalho obrigações indeclináveis. Além da sanção penal – a multa – a violação de tais normas acarreta a nulidade do contrato de trabalho<sup>166</sup>.

A política que preside a evolução do direito do trabalho da mulher vem passando por modificações, e a primeira fase do direito protetor, caracterizada pelas proibições do trabalho da mulher em diversas atividades, cede lugar à promoção da igualdade entre a mulher e o homem no sentido de eliminar essas proibições. O primeiro período foi marcadamente de intervenção do Estado na defesa das meias forças, a mulher e os menores<sup>167</sup>.

São os seguintes os fundamentos apontados pela doutrina para justificar a intervenção do direito na defesa da mulher que trabalha profissionalmente: 1) fundamento fisiológico: a mulher não é dotada da mesma resistência física do homem e a sua constituição é mais frágil, de modo a exigir do direito uma atitude diferente e mais compatível com o seu estado; 2) fundamento social: interessa à sociedade a defesa da família, daí por que o trabalho da mulher deve ser especialmente protegido, de tal modo que a maternidade e as solicitações dela decorrentes sejam devidamente conciliadas com as ocupações profissionais. O filho em idade de amamentação necessita da presença da mãe<sup>168</sup>.

A mulher, por ocasião do parto, precisa de repouso conveniente. O tempo dedicado pela mulher ao trabalho fora de casa não deve ser um entrave a impossibilitar-lhe o cumprimento dos seus deveres domésticos. Nem toda a atividade industrial ou comercial é própria para a mulher, impondo-se um critério seletivo por meio de determinadas proibições legais. A criança em idade escolar não pode dispensar a assistência da mãe, complementar ao estudo e à formação pedagógica obtida na escola. Assim, as leis trabalhistas devem refletir, na medida adequada, os

---

<sup>165</sup> GOMES, Orlando. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 423.

<sup>166</sup> GOMES, Orlando. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 423.

<sup>167</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 727.

<sup>168</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 727.

valores principais que devem presidir a regulamentação jurídico-social do trabalho feminino<sup>169</sup>.

Em síntese Mascaro Nascimento expõe que a regulamentação jurídica da empregada nos diferentes países, ocupou-se dos seguintes aspectos: a) capacidade para contratar trabalho, submetida a algumas restrições; b) proteção à maternidade, com paralisações forçadas, descansos obrigatórios maiores e imposição de condições destinados a atender a sua situação de mãe; c) defesa do salário, objetivando-se evitar discriminações em detrimento da mulher; d) proibições, quer quanto à duração diária e semanal do trabalho, quer quanto a determinados tipos de atividades prejudiciais ao organismo do ser humano e que, portanto, devem ser reservadas somente para os homens<sup>170</sup>.

O direito promocional do trabalho da mulher surgiu quando as premissas que inspiravam a legislação anterior proibitiva foram afastadas e a mulher deixou de ser considerada um ser inferior que necessita da proteção do Estado, como se fosse incapaz para as mesmas oportunidades de trabalho oferecidas pela sociedade ao homem<sup>171</sup>.

Cresceu a ideia de que o direito do trabalho deveria garantir o livre acesso da mulher no mercado de trabalho, eliminando as proibições que antes restringiam a sua atividade profissional, daí as leis afastarem, como a do México, da França e da Itália, os obstáculos que apresentavam ao impedir a atividade da mulher em períodos noturnos, em atividades insalubres, com periculosidade e outras, sendo essa a característica atual das leis trabalhistas, como também a do Brasil a partir da Lei nº. 7855, de 1989<sup>172</sup>.

---

<sup>169</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 728.

<sup>170</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 728.

<sup>171</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 728.

<sup>172</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 728.

## 2.4 ESTABILIDADE E GARANTIA DE EMPREGO

A estabilidade analisada por Sergio Pinto Martins é a jurídica, prevista na legislação, é a estabilidade que impede a dispensa do empregado. Pode ser a estabilidade decorrente de norma coletiva, do regulamento de empresa ou do próprio contrato de trabalho, se as partes assim dispuserem, como ocorre com a estabilidade do menor em época de serviço militar, do empregado às vésperas da aposentadoria etc<sup>173</sup>.

A estabilidade é o direito do empregado de continuar no emprego, mesmo contra a vontade do empregador, desde que inexista uma causa objetiva a determinar sua despedida. Tem, assim, o empregado o direito ao emprego, de não ser despedido, salvo determinação de lei em sentido contrário. É a estabilidade uma forma não só de garantia de emprego, mas de dificultar a despedida por parte do empregador<sup>174</sup>.

O exercício do direito potestativo do empregador quanto à rescisão contratual não se pode dar na estabilidade, ainda que por razões técnicas ou econômico-financeiras. Ao contrário, quando se fala em garantia de emprego, a dispensa pode ser feita, salvo a arbitrária, ou seja, aquela que não se fundar em motivos disciplinares, técnicos, econômicos e financeiros. Na estabilidade, o empregador somente poderá dispensar o empregado havendo justa causa ou encerramento das atividades<sup>175</sup>.

Cesarino Jr. Faz distinção entre estabilidade própria e estabilidade imprópria. A estabilidade é própria, ou real, ou verdadeira, nos sistemas jurídicos de proteção ao trabalho em que a permanência do empregado em seu emprego é efetivamente garantida, em caso de violação pelo empregador, seja pela sua reintegração forçada, seja pela imposição de sanções econômicas adequadas. Há estabilidade imprópria sempre que se procura conseguir a permanência no emprego

---

<sup>173</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. São Paulo: Atlas, 2004. p. 417.

<sup>174</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. São Paulo: Atlas, 2004. p. 417.

<sup>175</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. São Paulo: Atlas, 2004. p. 417.

tão-somente por meio da condenação do empregador ao pagamento de uma indenização nos casos de despedida injusta<sup>176</sup>.

A estabilidade poderia ser classificada como absoluta ou definitiva, que ocorre quando o empregado não pode ser dispensado, como na hipótese em que tem 10 anos de casa e não optante pelo FGTS. Pode ser relativa ou provisória, como ocorre nas hipóteses em que o trabalhador não pode ser dispensado em certo período de tempo, como os cipeiros, grávidas, dirigente sindical, acidentado. A estabilidade pode ser legal, tendo previsão em lei, ou convencional, observada em convenção ou acordo coletivo<sup>177</sup>.

Para Sérgio Pinto Martins a verdadeira estabilidade era aquela por tempo de serviço, em que se considerava estável o empregado que tivesse 10 anos de empresa. As demais estabilidades podem ser chamadas de provisórias, pois ficam circunscritas a determinado período, normalmente 12 meses após o término do mandato<sup>178</sup>.

A garantia de emprego restringe o direito potestativo do empregador de dispensar o empregado sem que haja motivo relevante ou causa justificada durante certo período. A estabilidade envolve o direito que tem o empregado de não ser despedido unilateralmente, salvo as exceções legais (justa causa, encerramento da atividade). A estabilidade proíbe o direito potestativo de dispensa por parte do empregador, ainda que queira pagar indenizações<sup>179</sup>.

Garantia de emprego é, porém, o nome adequado para o que se chama estabilidade provisória, pois, se há estabilidade, ela não pode ser provisória. Não se harmonizam os conceitos de estabilidade e provisoriedade, daí por que garantia de emprego. É a impossibilidade temporária da dispensa do empregado, salvo as hipóteses previstas em lei, como ocorre com o dirigente sindical, o cipeiro, a grávida etc. Difere a garantia *no* emprego da garantida *de* emprego. Esta está ligada à política de emprego do governo<sup>180</sup>.

---

<sup>176</sup> CESARINO JR., A. F. **Direito Social**. São Paulo: LTr 1980. p.78.

<sup>177</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. São Paulo: Atlas, 2004. p. 418.

<sup>178</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. São Paulo: Atlas, 2004. p. 419.

<sup>179</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. São Paulo: Atlas, 2004. p. 419.

<sup>180</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. São Paulo: Atlas, 2004. p. 419.

A redação do §4º, do art. 1º, da Lei 9.601/98<sup>181</sup> não é bem clara. O que quer dizer é que os empregados que tiverem a garantia de emprego (e não “estabilidade provisória”), como da gestante, do dirigente sindical, do cipeiro, do empregado acidentado, não podem ser dispensados antes do termo final da contratação. Assim, o contrato de trabalho não poderá ser rescindido antes do tempo se o empregado gozar de garantia de emprego, mesmo com o pagamento de indenização prevista no inciso I, do § 1º, do art. 1º<sup>182</sup>.

Terminado o prazo do contrato, de acordo com Sérgio Pinto Martins, não há que se falar em garantia de emprego, pois as partes sabiam desde o início do pacto que este iria terminar. Logo, depois da cessação do contrato por prazo determinado, o empregador não estará obrigado a manter no emprego o trabalhador portador de garantia de emprego. As partes sabiam desde o início que o contrato era por prazo determinado e que terminaria no último dia o prazo, inexistindo direito à garantia de emprego. A existência de garantia de emprego obtida no curso do contrato de trabalho não transforma o pacto em tempo indeterminado. Assim, se a empregada ficar grávida, se o empregado for eleito membro da Cipa, o pacto laboral terminará na data acordada, sem se falar em direito à garantia de emprego<sup>183</sup>.

Importante destacar que a orientação ministrada por Sergio Pinto Martins é anterior a alteração da súmula 244 do TST<sup>184</sup>, a qual a partir de setembro de 2012

---

<sup>181</sup> Art. 1º As convenções e os acordos coletivos de trabalho poderão instituir contrato de trabalho por prazo determinado, de que trata o art. 443 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, independentemente das condições estabelecidas em seu § 2º, em qualquer atividade desenvolvida pela empresa ou estabelecimento, para admissões que representem acréscimo no número de empregados.

§ 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.

<sup>182</sup> § 1º As partes estabelecerão, na convenção ou acordo coletivo referido neste artigo:

I - a indenização para as hipóteses de rescisão antecipada do contrato de que trata este artigo, por iniciativa do empregador ou do empregado, não se aplicando o disposto nos arts. 479 e 480 da CLT.

<sup>183</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. São Paulo: Atlas, 2004. p. 420.

<sup>184</sup> Súmula nº 244 do TST. GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA (redação do item III alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012

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.



concedeu direito à estabilidade provisória à gestante mesmo na hipótese de contratação por prazo indeterminado<sup>185</sup>.

### 2.4.1 Gestantes

Gravidez não é doença. Assim, não se pode tratar a gestante como doente ou como incapaz. Quanto à garantia de emprego, justifica-se essa discriminação no período em que a empregada esteja grávida, ou no período pós-parto, pois com certeza não iria encontrar outro serviço no referido lapso de tempo<sup>186</sup>.

A gestante deve ter direito ao emprego em razão da proteção ao nascituro, para que possa se recuperar do parto e cuidar da criança nos primeiros meses de vida. Dispõe a alínea b do inciso II do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias que, até que seja promulgada lei complementar, fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. Não havia previsão nesse sentido em normas constitucionais e legais anteriores, porém já era encontrado algo semelhante em normas coletivas. O certo é que, a partir de 05 de outubro de 1988, a gestante tem garantido o seu emprego desde a confirmação da gravidez até 5 meses após o parto<sup>187</sup>.

Às empregadas domésticas também é deferido o mesmo direito, por força do art. 4º-A da Lei 5859/1972<sup>188</sup>. A proteção da gestante é espécie menos consistente de estabilidade, pois nessa é apenas vedada a despedida arbitrária e não há necessidade de inquérito judicial<sup>189</sup>.

---

<sup>185</sup> A súmula 244 será abordada em detalhes a partir do Capítulo 3.

<sup>186</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. São Paulo: Atlas, 2004. p. 425.

<sup>187</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. São Paulo: Atlas, 2004. p. 425.

<sup>188</sup> Art. 4º-A. É vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada doméstica gestante desde a confirmação da gravidez até 5 (cinco) meses após o parto.

<sup>189</sup> OLIVEIRA, Cinthia Machado de, e DORNELES, Leandro do Amaral D. de. **Direito do Trabalho**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011. p.319.

Embora ainda dependente de regulamentação por meio de Lei Complementar (art. 10, inciso II, b da ADCT), atualmente, a estabilidade provisória da gestante é tratada por meio da Súmula n.º 244 do TST.

Como se nota da redação da Súmula, e da proteção que visa conferir ao nascituro, o evento de estar grávida já confere à empregada gestante o direito à estabilidade provisória, sendo irrelevante o desconhecimento do estado gravídico pelo empregador.

Portanto, a responsabilidade do empregador, no caso, quanto a essa ciência do estado de gravidez é objetiva. A discussão que surge, refere-se à ausência de ciência pela própria empregada, quanto ao seu estado gestacional, no momento da dispensa sem justa causa<sup>190</sup>.

Há quem entenda que, se nem a empregada sabia da gravidez quando da cessação do vínculo de emprego, não seria justo assegurar-lhe o direito à garantia de emprego, inclusive em respeito à boa-fé objetiva no âmbito da relação de emprego<sup>191</sup>.

No entanto, interpretando-se a disposição constitucional, verifica-se que o direito surge a partir da confirmação da gravidez, o que deve ser interpretado de forma ampla e benéfica à gestante, por se tratar de norma de proteção, inclusive em conformidade com o princípio *in dubio pro operario*. Desse modo, entende-se que a referida confirmação significa existência de gravidez, ou seja, em termos médicos e científicos, o momento inicial da gestação<sup>192</sup>.

De todo modo, se a empregada encontra-se gestante quando da dispensa sem justa causa, mas só vem a tomar ciência desse seu estado no curso do aviso prévio, trabalhando ou mesmo indenizado (pois este tempo é de serviço), entende-se que a garantia de emprego deve ser reconhecida<sup>193</sup>.

Na lição de Oliveira e Dorneles, a estabilidade inicia na confirmação da gravidez (e não com a comunicação ao empregador) e projeta-se até 5 meses após

---

<sup>190</sup> GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 1013.

<sup>191</sup> GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 1013.

<sup>192</sup> GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 1013.

<sup>193</sup> GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 1013.

o parto. A licença maternidade sofreu alterações com a edição da Lei 11.770/2008<sup>194</sup> que possibilitou a sua extensão por mais sessenta dias além do tempo já previsto de 120 dias<sup>195</sup>.

Contudo, a estabilidade não era garantida a gestante nos casos de celebração de contrato de experiência, uma vez que, nessa modalidade as partes já sabiam antecipadamente quando o contrato teria sua morte natural.

Esse entendimento, inclusive, estava consolidado na redação do item III, da Súmula 244, ao prever que a empregada gestante não teria direito 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.

Em outras palavras, como as partes já sabiam antecipadamente sobre o fim do contrato, a dispensa arbitrária era descaracterizada.

Não obstante, haviam diversas decisões judiciais dispendo ao contrário. Como exemplo disso, a decisão proferida pela 1ª Turma do TST, no RR n.º 107-20-2011.5.18.0006, a qual reconheceu o direito de uma trabalhadora gestante a receber salários e demais direitos correspondentes ao período de estabilidade, mesmo em se tratando de contrato de experiência.

Modificando sua jurisprudência consolidada, e corroborando o entendimento acima, foi dada nova redação o inciso III, da Súmula 244, para que a proteção à gestante, e conseqüentemente ao nascituro, envolvessem todas as modalidades de contratos por prazo determinado, ou seja, aqueles em cuja vigência dependa de termo pré-fixado ou da execução de serviço específicos ou ainda da realização de certo acontecimento suscetível de previsão aproximada, conforme define o § 1º do artigo 443 da CLT.

---

<sup>194</sup> Cria o Programa Empresa Cidadã, destinado à prorrogação da licença-maternidade mediante concessão de incentivo fiscal, e altera a Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.

<sup>195</sup> OLIVEIRA, Cinthia Machado de, e DORNELES, Leandro do Amaral D. de. **Direito do Trabalho**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011. p.320.

Diante disso a nova redação prevê que a empregada gestante tem direito à estabilidade provisória prevista no art.10, inciso II, alínea b, do ADCT, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado.

Em suma, desde o dia 28 de setembro de 2012, caso seja firmado contrato por prazo determinado com empregada e essa venha a se torna gestante durante o termo pactuado, fará jus a estabilidade provisória a que se refere o artigo 10. II, “b” do ADCT, que vai desde sua confirmação até cinco meses após o parto.

### 3 CONTRATOS DE TRABALHO

Os contratos individuais de trabalho têm sido objeto de meticolosos debates. Repete-se, relativamente a eles, situação muito comum no estudo das ciências sociais e, em particular, do Direito: a propósito de institutos sobre os quais todos já construíram ideias definitivas, cada autor, se sente, por assim dizer, na obrigação intelectual de formular uma definição própria e, na medida do possível, original. É essa a razão por que, a maioria das vezes, o mesmo instituto é definido de maneira diversa. Não raro, inclusive, articula-se definição nova na forma mas, quanto ao conteúdo, em tudo e por tudo idêntica às anteriores <sup>196</sup>.

O jurista argentino Alfredo J. Ruprecht, por exemplo, em uma de suas obras, na qual analisa os problemas fundamentais do contrato de trabalho, indica mais de trinta definições, o que, sem dúvida, pode capitular-se no que a ironia popular brasileira costuma qualificar como “cultura inútil”<sup>197</sup>.

O conceito do contrato de trabalho parte da circunstância de que o mundo contratual trabalhista – como temos dito – está dividido em dois hemisférios: o hemisfério das relações contratuais individuais e o hemisfério das relações contratuais coletivas. A essa divisão se segue a justaposição dessas duas partes que constituem, em sua integralidade, o Direito do Trabalho atual<sup>198</sup>.

Os contratos individuais de trabalho não se contrapõem aos acordos ou convenções coletivas; distinguem-se dos mesmos, mas existe, entre ambos, uma vinculação estreita e notória<sup>199</sup>.

A vida jurídica é um conjunto de fatos sobre os quais incidem normas. Na convenção coletiva de trabalho, ao lado das cláusulas puramente contratuais, há formulação de normas que vão regular a celebração de determinados atos jurídicos. São, assim, fontes de direito objetivo<sup>200</sup>.

---

<sup>196</sup> RUSSOMANO, Mozart Victor. **Curso de Direito do Trabalho**. Curitiba: Juruá, 2002. p. 117.

<sup>197</sup> RUSSOMANO, Mozart Victor. **Curso de Direito do Trabalho**. Curitiba: Juruá, 2002. p. 117.

<sup>198</sup> RUSSOMANO, Mozart Victor. **Curso de Direito do Trabalho**. Curitiba: Juruá, 2002. p. 117.

<sup>199</sup> RUSSOMANO, Mozart Victor. **Curso de Direito do Trabalho**. Curitiba: Juruá, 2002. p. 117.

<sup>200</sup> RUSSOMANO, Mozart Victor. **Curso de Direito do Trabalho**. Curitiba: Juruá, 2002. p. 117.

Os atos jurídicos controlados pelas normas elaboradas através das convenções coletivas e a elas submetidos são, precisamente, os contratos individuais de trabalho. Estes, os contratos de trabalho, são, pois, como todos os contratos, atos jurídicos de feitos e efeitos tradicionais<sup>201</sup>.

Enquanto as convenções e acordos coletivos recaem sobre outros atos jurídicos, os contratos individuais (que são atos jurídicos eventualmente regidos pelas convenções coletivas) incidem, diretamente, sobre os fatos da vida social. Como todos os atos jurídicos de natureza contratual, os contratos de trabalho criam direitos e obrigações e, assim, em uma só palavra, são fontes de direitos subjetivos<sup>202</sup>.

É impossível conceituar-se o contrato de trabalho sem se saber o que seja a relação de emprego. A vinculação entre o contrato e a relação jurídica é evidente demais para ser lembrada. No que concerne ao ponto ao contrato de trabalho, basta lembrar que o art. 442<sup>203</sup>, da CLT, embora com impropriedade de expressões, diz, claramente, que o contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso correspondente à relação de emprego<sup>204</sup>.

Arnaldo Süssekind leciona que no Brasil, tendo em conta o disposto nos arts. 2º e 3º da CLT<sup>205</sup>, o contrato individual de trabalho pode ser definido como o negócio jurídico em virtude do qual um trabalhador obriga-se a prestar pessoalmente

---

<sup>201</sup> RUSSOMANO, Mozart Victor. **Curso de Direito do Trabalho**. Curitiba: Juruá, 2002. p. 117.

<sup>202</sup> RUSSOMANO, Mozart Victor. **Curso de Direito do Trabalho**. Curitiba: Juruá, 2002. p. 117.

<sup>203</sup> Art. 442 - Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego.

<sup>204</sup> RUSSOMANO, Mozart Victor. **Curso de Direito do Trabalho**. Curitiba: Juruá, 2002. p. 118.

<sup>205</sup> 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.

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

serviços não eventuais a uma pessoa física ou jurídica, subordinado ao seu poder de comando, dele recebendo os salários ajustados<sup>206</sup>.

O empregador, por assumir os riscos da atividade empreendida, exerce o poder de comando (diretivo, hierárquico e disciplinar) em relação aos serviços prestados pelo empregado<sup>207</sup>.

O contrato de trabalho pode ser ajustado verbalmente (expressa ou tacitamente) ou por escrito (art.443 da CLT<sup>208</sup>); e desde que configure a relação de emprego em face dos elementos descritos nos precitados arts. 2º e 3º, considerando-se celebrado o contrato, art. 442, qualquer que seja o *nomen juris* que se lhe dê<sup>209</sup>.

Esses dois dispositivos, ao contrário do que alguns entenderam, ou ainda entendam, procuram despir o contrato de trabalho de formalidades exigidas para outros negócios jurídicos, ao mesmo tempo que afirmam sua existência sempre que a relação fática de trabalho revele os elementos caracterizadores da condição de empregador e da de empregado. Adotou, assim, a teoria do contrato realidade, hoje amplamente consagrada pela doutrina e pela jurisprudência<sup>210</sup>.

Com a caracterização do contrato de trabalho, o empregado contrai uma obrigação de fazer, de caráter personalíssimo e intransferível a terceiro<sup>211</sup>. Daí por que, ao contrário do que ocorre com o empregador, esse contrato é *intuitu personae* em relação ao trabalhador. Destarte, elemento relevante para negar a condição de

---

<sup>206</sup> SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Renovar, 2002. p. 209.

<sup>207</sup> SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Renovar, 2002. p. 210.

<sup>208</sup> Art. 443 - O contrato individual de trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito e por prazo determinado ou indeterminado.

§ 1º - Considera-se como de prazo determinado o contrato de trabalho cuja vigência dependa de termo prefixado ou da execução de serviços especificados ou ainda da realização de certo acontecimento suscetível de previsão aproximada.

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

a) de serviço cuja natureza ou transitoriedade justifique a predeterminação do prazo;  
b) de atividades empresariais de caráter transitório;  
c) de contrato de experiência.

<sup>209</sup> SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Renovar, 2002. p. 210.

<sup>210</sup> SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Renovar, 2002. p. 210.

<sup>211</sup> SAAD, Eduardo Gabriel. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2000. p. 128.

empregado consiste em verificar se o serviço objeto do contrato pode ser, ou o é, executado por outra pessoa designada pelo contratante<sup>212</sup>.

Toma-se a expressão contratos de trabalho como gênero. Onde fundamentá-la como gênero? O direito processual do trabalho adiantou-se ao direito material do trabalho com a Emenda Constitucional nº. 45, de 2004, que instituiu a reforma do Poder Judiciário, alterando a redação do art. 114 da Constituição Federal<sup>213</sup> para ampliar a competência da Justiça do Trabalho que passou a processar e julgar as ações oriundas da relação de trabalho. Quando a lei dispõe sobre relação de trabalho, quer se referir a contrato de trabalho<sup>214</sup>.

Faça-se a ressalva sobre a antiga discussão sobre o sentido das duas expressões: aquela uma visão objetivista do vínculo de emprego, esta uma postura contratualista. Mas não se controverte que relação de trabalho é um gênero, ou, em outras palavras, contrato de trabalho é um gênero, e não se confunde com relação de emprego ou contrato de emprego, que é uma modalidade – a mais importante – de contrato de trabalho<sup>215</sup>.

Com a alteração constitucional, a Justiça do Trabalho passou a julgar contratos de empregos e outros contratos, alguns previstos no Código Civil, como contratos de prestação de serviços autônomos quando prestados por uma pessoa física<sup>216</sup>.

---

<sup>212</sup> SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Renovar, 2002. p. 211.

<sup>213</sup> Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

I. as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

II. as ações que envolvam exercício do direito de greve;

III. as ações sobre representação sindical, entre sindicatos, entre sindicatos e trabalhadores, e entre sindicatos e empregadores;

IV. os mandados de segurança, habeas corpus e habeas data, quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição;

V. os conflitos de competência entre órgãos com jurisdição trabalhista, ressalvado o disposto no art. 102, I, o;

VI. as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho;

VII. as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho;

VIII. a execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no art. 195, I, a, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir;

IX. outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei.

<sup>214</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 539.

<sup>215</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 539.

<sup>216</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 540.



Outro fundamento do contrato de trabalho como gênero é o Código Civil, art. 594<sup>217</sup>, ao dispor que toda a espécie de serviço ou trabalho lícito, material ou imaterial, pode ser contratada mediante retribuição, e o art. 593<sup>218</sup>, segundo o qual a prestação de serviço, que não estiver sujeita às leis trabalhistas ou a lei especial, reger-se-á pelas disposições deste Capítulo<sup>219</sup>.

Comenta Matiello que depois de relegada a plano secundário pelo advento do contrato de trabalho – entenda-se contrato de emprego - , a prestação de serviços voltou a assumir papel de grande relevância no cenário jurídico brasileiro, nas situações que não caracterizam relação de natureza trabalhista submetida à legislação específica<sup>220</sup>.

O que deve ser observada é a terminologia arraigada em nosso vocabulário e que identifica, equivocadamente, contrato de trabalho com contrato de emprego da CLT, pois, se assim era possível em 1943, no período contemporâneo não é mais, tendo em vista a diversificação dos tipos de trabalho que podem ser contratados, o que exige uma nova classificação a partir de um gênero, que só pode ser contrato de trabalho<sup>221</sup>.

Outro aspecto também a destacar é a impropriedade da expressão contrato de trabalho a não ser como gênero, porque, se o significado do seu uso é o de uma modalidade, então o correto seria dizer, ao contrário da CLT, contratos de trabalho no plural, e não no singular, diante da variedade de tipos contratuais regidos pelo período atual pela legislação trabalhista<sup>222</sup>.

Aceita a premissa de contrato de trabalho como gênero, cabe verificar as suas modalidades, deixando claro, em primeiro lugar, que o vocábulo, no sentido em que está sendo usado, abrange um universo que ultrapassa o tradicional. A divisão inicial deve levar em conta as grandes áreas jurídicas do trabalho humano, que, segundo a antiga concepção binária, abrangia o trabalho autônomo e o subordinado,

---

<sup>217</sup> Art. 594. Toda a espécie de serviço ou trabalho lícito, material ou imaterial, pode ser contratada mediante retribuição.

<sup>218</sup> Art. 593. A prestação de serviço, que não estiver sujeita às leis trabalhistas ou a lei especial, reger-se-á pelas disposições deste Capítulo.

<sup>219</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 540.

<sup>220</sup> MATIELLO, Fabricio Zamprogna. **Código Civil Comentado**. São Paulo: LTr, 2007. p. 756.

<sup>221</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 540.

<sup>222</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 540.

e de acordo com a teoria contemporânea funda-se na divisão tridimensional entre autonomia (trabalho para si), subordinação (trabalho para outro, sob seu comando jurídico) e trabalho parassubordinado (trabalho com características híbridas de autonomia e subordinação, que não se enquadra em nenhuma dessas duas áreas, tendendo para a coordenação no lugar da subordinação)<sup>223</sup>.

Orlando Gomes caracteriza o contrato individual de trabalho como sendo, bilateral, consensual, oneroso, da classe dos comutativos e de trato sucessivo. É contrato bilateral, porque origina direitos e obrigações recíprocas para contratantes. Aos direitos do empregador correspondem deveres do empregado, do mesmo modo que os direitos do empregado são, correlatamente, obrigações do empregador. A bilateralidade do contrato de trabalho é genética: desde a sua formação, ambas as partes contraem obrigações. É contrato consensual, ou melhor, simplesmente consensual, porque está perfeito e acabado, com o indispensável consentimento das partes. Por seu objeto, não poderia ser um contrato real, uma vez que a obrigação de dar do empregador depende da obrigação de fazer do empregado, consistente na execução de um serviço<sup>224</sup>.

O modo por que se constitui a relação de emprego na grande indústria, em que se reveste da forma indisfarçável de um ato de adesão, tem levado alguns tratadistas a enxergar no contrato de trabalho uma realidade *sui generis*, segundo a qual seus efeitos não nasceriam de puro e simples consenso, mas do fato material de começar o empregado a trabalhar<sup>225</sup>.

Para Orlando Gomes a assertiva de La Cueva, carece de fundamento. Contrato oneroso é porque os contratantes auferem vantagens recíprocas, recebendo cada qual o equivalente do que dá. Essa presumida equipolência de prestações atribui-lhe o caráter de contrato comutativo. A onerosidade é da essência do contrato de trabalho. Se a prestação de serviço for gratuita, o contrato não será

---

<sup>223</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 541.

<sup>224</sup> GOMES, Orlando. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 124.

<sup>225</sup> DE LA CUEVA, Mario. **El nuevo derecho mexicano del trabajo**. México, Porrúa, 1972, vol I, cap. II.

de trabalho, na acepção técnica e restrita dessa expressão, não havendo, pois, contrato de trabalho nem salário<sup>226</sup>.

Não é, outrossim, um contrato solene, pois a sua perfeição não depende de formalidades especiais. Salvo reduzidíssimas exceções, a sua forma de constituição é livre, bastando para concluí-lo o simples ajuste verbal. Diz-se de trato sucessivo ou de duração o contrato cujas obrigações se não extinguem com a prática de um simples ato<sup>227</sup>.

De Ruggiero ensina que a obrigação é duradoura ou transeunte, conforme a prestação exija uma ação ou omissão continuada de modo que se prolongue ou se renove, ou, pelo contrário, se verifique num só momento; duradoura ou continuada são, normalmente, todas as prestações negativas e, entre as positivas, aquela do locador, do depositário e do tutor, que deve, respectivamente, dar em gozo pelo tempo estabelecido a coisa locada, guardar a que foi recebida em depósito, ou cuidar, enquanto durar a tutela, dos bens do pupilo<sup>228</sup>.

Os autores alemães completam a explicação acima, referindo-se, como o fez Gierke, às relações de débito permanente, nas quais a prestação deve ser cumprida num espaço de tempo. Estas relações de débito permanente produzem um estado de poder, cuja manutenção é essencial ao cumprimento da obrigação contratual. O estado de poder pode ser conferido sobre uma coisa ou sobre uma pessoa. No primeiro caso, entram as relações de locação, de custódia, etc. um poder sobre a pessoa do devedor do trabalho produz-se, ao contrário, na relação de trabalho. Por isso, essa relação se enquadra na categoria das relações de débito permanente com estado de poder a favor da pessoa do credor sobre a pessoa do devedor de trabalho<sup>229</sup>.

A teoria tenta dar uma explicação jurídica à subordinação hierárquica do empregado. O caráter sucessivo do contrato de trabalho oferece interesse prático

---

<sup>226</sup> GOMES, Orlando. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 125.

<sup>227</sup> GOMES, Orlando. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 124.

<sup>228</sup> DE RUGGIERO, Roberto. **Instituições de Direito Civil**. Campinas: Bookseller, 1999, vol III, p. 33.

<sup>229</sup> BORSI, Humberto; PERGOLESI, Ferruccio. **Trattato di Diritto del Lavoro**. Padova: Cedam, 1941, vol. III. p. 33.

em virtude da alteração que o seu conteúdo pode sofrer por causas supervenientes à sua constituição<sup>230</sup>.

### 3.1 CONTRATO POR PRAZO DETERMINADO

De acordo com Orlando Gomes, sempre que as partes manifestam a vontade de se não ligarem indefinidamente, e saibam de antemão que se desligarão automaticamente, o contrato será por prazo determinado. Nem sempre é fácil, na prática, precisar se determinada relação jurídica de trabalho é constituída a prazo determinado ou indeterminado. Um contrato de trabalho celebrado para vigorar dois anos é, evidentemente, um contrato a prazo fixo. Nenhuma dificuldade há em sua caracterização. Mas há contratos por tempo determinado cujo termo é incerto<sup>231</sup>.

O termo pode ser expresso através das seguintes fórmulas: a) *dies certus an et quando*; b) *dies certus an et incertus quando*. Em outras palavras, a duração do contrato de trabalho pode ser fixada ou por unidade de tempo ou pela natureza do serviço a ser executado pelo empregado. Na primeira hipótese, o tempo extintivo é certo, também o é o evento. Mas, na segunda, é apenas certo o evento. Não é o dia em que se realiza, o quando. O trabalhador sabe que o contrato se extinguirá, mas ignora quando<sup>232</sup>.

Para se conhecer a natureza do contrato em relação à sua duração, o processo mais indicado é o de se analisar o fim da prestação, a fim de verificar se o trabalhador, ao ajustá-lo, podia saber, aproximadamente, quando cessaria o trabalho, e, por conseguinte, se o contrato informa relação que não pode ser continuada<sup>233</sup>.

---

<sup>230</sup> GOMES, Orlando. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 125.

<sup>231</sup> GOMES, Orlando. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 180.

<sup>232</sup> GOMES, Orlando. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 180.

<sup>233</sup> GOMES, Orlando. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 180.

O §1º do art. 443 da CLT procurou incorporar ao texto legal as noções de certo e incerto. O interesse prático dessa distinção apresenta-se no caso de sucessão de contratos, com intervalos inferiores a seis meses, para efeito da conversão em prazo indeterminado<sup>234</sup>.

Lembra Riva Sanseverino que o termo pode ser fixado em relação à circunstância estranha ao contrato, como poderia ser, por exemplo, quando o empregado atingisse uma determinada idade. De qualquer sorte, deve ficar preservada a regra de que a duração do contrato não pode ser superior a dois anos<sup>235</sup>.

Em última análise, é a qualidade do serviço que decide se o contrato é por tempo determinado ou indeterminado. Como normalmente os contratos são celebrados sem estipulação de prazo, no caso de dúvida deve considerar-se que a relação é a tempo indeterminado<sup>236</sup>.

Interessa a distinção entre contrato por tempo determinado e contrato por tempo indeterminado porque as duas modalidades não estão sujeitas ao mesmo regime legal. Uma das mais importantes diferenças reside na aplicação do instituto do aviso prévio – comunicação obrigatória que qualquer das partes deve fazer à outra quando quer rescindir o contrato<sup>237</sup>.

O pré-aviso é incompatível com o contrato por tempo determinado, precisamente porque o dia da extinção deste é previsto pelos contraentes. Assim, a cessação de seus efeitos produz-se automaticamente. Não teria cabimento ao exigir-se de alguém que previna a outrem de ocorrência cuja verificação foi prevista. O mesmo não sucederia nos contratos determinados por termo incerto<sup>238</sup>.

Mas, no contrato por tempo indeterminado, dependendo a rescisão de uma declaração de vontade de qualquer dos contraentes, o aviso, com certa antecedência, faz-se necessário, a fim de que a outra parte possa evitar as consequências de uma ruptura brusca. Eis porque o Código Civil, logicamente, só

---

<sup>234</sup> GOMES, Orlando. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 180.

<sup>235</sup> SANSEERINO, Riva. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1976. p. 394.

<sup>236</sup> GOMES, Orlando. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 180.

<sup>237</sup> GOMES, Orlando. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 181.

<sup>238</sup> GOMES, Orlando. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 181.

exigia o aviso prévio nas locações sem prazo estipulado, consignando ainda a diversidade de efeitos quanto à rescisão injustificada do contrato, estabelecendo a obrigação de indenizar, quando o era com prazo estipulado. É com efeito, aí que se encontra a principal razão de ordem prática para distinguir-se o contrato por tempo indeterminado do contrato por tempo determinado<sup>239</sup>.

Na conformidade de seus dispositivos, em caso de dissolução sem justa causa de contrato por tempo indeterminado, o empregador é obrigado a pagar ao empregado a indenização fundiária (40% dos depósitos na conta de FGTS, percentual provisoriamente alterado pela Lei Complementar nº. 110/2001 para 50% nas hipóteses que disciplina), e o empregado é obrigado a avisar com certa antecedência que vai deixar o emprego, sob pena de sofrer desconto na remuneração de parcela correspondente a esse período de tempo<sup>240</sup>.

Portanto, a indenização fundiária e o pré-aviso do empregado só tem cabimento nas situações jurídicas de correntes de contrato por tempo indeterminado. Assim, em caso de despedida, é preciso qualificar a modalidade do contrato para conhecer, com segurança e precisão, os direitos e deveres recíprocos das partes<sup>241</sup>.

A Constituição vigente (art.7º, I) protegeu a relação de emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos da Lei Complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos. Até que seja promulgada Lei Complementar, a própria Constituição concedeu o aumento para quatro vezes do depósito do FGTS, ou seja, para 40% de seu valor, ficando desde logo vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa para certas classes de empregados, como gestantes e membros das CIPAS. A ressalva feita induz que o constituinte entendeu que o preceito não é auto-aplicável (art. 10 das Disposições Constitucionais Transitórias)<sup>242</sup>.

A instituição da Despedida Arbitrária modifica profundamente o poder de despedir, afetando o livre uso pelo empregador do Aviso Prévio. Para os

---

<sup>239</sup> GOMES, Orlando. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 181.

<sup>240</sup> GOMES, Orlando. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 182.

<sup>241</sup> GOMES, Orlando. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 182.

<sup>242</sup> GOMES, Orlando. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 182.

empregados que tiverem celebrado contrato por prazo determinado, prevalecerá a indenização prevista no art. 479 da CLT<sup>243</sup>, isto é, metade da remuneração a que teriam direito até o término do contrato ou do art. 481 da CLT<sup>244</sup>, conforme o caso<sup>245</sup>.

Para Orlando Gomes existe uma prevalência do contrato por termo indeterminado em relação ao por termo determinado haja vista que a aposição de termo no contrato de trabalho impede que o trabalhador desfrute de certos direitos, que se reputam indispensáveis à sua proteção jurídica. Daí, a tendência para se considerar o contrato por tempo determinado como exceção, só admissível em determinadas condições. Toda relação contratual de trabalho deve ter duração ilimitada. É a regra. Excepcionalmente, certos contratos são limitados no tempo<sup>246</sup>.

Essa tendência já se concretizou no Direito mexicano. Conforme expressa disposição legal, o contrato só pode ser por tempo determinado quando assim o exija a natureza do sérico a ser prestado. Na hipótese de haver termo final, prorrogase automática e necessariamente pelo tempo em que subsistam as causas que lhe deram nascimento. Não se admite, portanto, mais de um modo de determinação da duração: a natureza do serviço<sup>247</sup>.

Também a lei italiana sobre o emprego privado prescrevia que se aplicassem as disposições relativas ao contrato por prazo indeterminado, toda vez que, sendo concluído por tempo determinado, a aposição de termo não era justificada pela especialidade da relação, se fosse feita para elidir os dispositivos legais. Preceito mais rigoroso foi incorporado no Código Civil italiano (art. 2.097), quando priva de efeitos jurídicos o termo apostado com o objetivo de elidir as disposições relativas ao contrato por prazo indeterminado<sup>248</sup>.

---

<sup>243</sup> Art. 479 - Nos contratos que tenham termo estipulado, o empregador que, sem justa causa, despedir o empregado será obrigado a pagar-lhe, a título de indenização, e por metade, a remuneração a que teria direito até o termo do contrato.

Parágrafo único - Para a execução do que dispõe o presente artigo, o cálculo da parte variável ou incerta dos salários será feito de acordo com o prescrito para o cálculo da indenização referente à rescisão dos contratos por prazo indeterminado.

<sup>244</sup> Art. 481 - Aos contratos por prazo determinado, que contiverem cláusula asseguratória 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.

<sup>245</sup> GOMES, Orlando. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 182.

<sup>246</sup> GOMES, Orlando. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 182.

<sup>247</sup> GOMES, Orlando. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 183.

<sup>248</sup> GOMES, Orlando. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 183.

Para Pélissier, no caso de contrato de trabalho por tempo determinado, a eventual justa causa dada pelo empregado para a rescisão denomina-se ruptura antecipada, quando de iniciativa do empregador, e não despedida propriamente dita<sup>249</sup>.

Os princípios concordam plenamente com os critérios diretivos do Direito do Trabalho. A este, o que interessa, fundamentalmente, é a ação de trabalhar e não o negócio de que deriva. Daí, o pressuposto de que a necessidade de tal relação em uma empresa de assegurar o direito ao emprego. Para realizar esse objetivo, a lei atribui ao empregado o direito à percepção de uma indenização quando houver cessação da relação de emprego, a que o trabalhador não haja dado motivo. Evidentemente, o fim é impedir que cesse a relação, quando em verdade o trabalho continua<sup>250</sup>.

Já no caso de ruptura por justa causa torna-se dispensável a ação judicial para dissolução do vínculo, em virtude da natureza pessoal da relação de trabalho. A política do legislador orienta-se no sentido de assegurar a permanência das situações jurídicas oriundas do contrato de trabalho. A relação de emprego só deve mudar subjetivamente, isto é, só deve haver substituição de sujeitos quando o trabalhador tenha motivado a ruptura do vínculo, com a prática de ato que a lei considera grave. Deste modo, a intenção do legislador é que o vínculo perdure indefinitivamente. Fiel a tal desiderato previa a CLT a estabilidade decenal, substituída na CF/88 pelo Fundo de Garantia do Tempo de Serviço. Ademais, se limitou a contratação por prazo determinado<sup>251</sup>.

Permitir, pois, a livre estipulação de termo no exercício das empresas de trabalho contínuo é assegurar ao empregador um meio de esquivar-se ao cumprimento de obrigações cuja satisfação se reputa indispensável à proteção dos trabalhadores. O respeito ao princípio da autonomia de vontade é, no caso, uma sobrevivência injustificável do individualismo jurídico, contra o qual o Direito do Trabalho se rebelou triunfalmente<sup>252</sup>.

---

<sup>249</sup> PÉLISSIER, Jean. **Le Nouveau Droit Du Licenciement**. Paris: Sirey, 1977. p.7.

<sup>250</sup> GOMES, Orlando. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 183.

<sup>251</sup> GOMES, Orlando. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 183.

<sup>252</sup> GOMES, Orlando. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 184.



No estado atual do desenvolvimento das relações de produção, não se justifica uma limitação no tempo para o vínculo de trabalho, nas empresas de atividade permanente. Se estas necessitam, sempre, de certo número de trabalhadores, que podem substituir quando deem motivo, é inadmissível a pretensão de só conservá-los durante certo tempo<sup>253</sup>.

O trabalho é o mesmo e não para; que o trabalhador o realize enquanto bem servir, mas que se não o prive do emprego porque, tendo sido forçado a concordar com a aposição do termo, no contrato, o mesmo sobreveio. Não havendo razão para limitar a duração do contrato, nas empresas de trabalho contínuo, a limitação só pode ser interpretada como indício de que o empregador quer fraudar a lei<sup>254</sup>.

Para Nascimento o contrato a prazo é um contrato flexível de trabalho porque se distancia do contrato a tempo e duração indeterminados, que é a principal figura contratual da sociedade industrial, com as transposições para alguns setores de serviços, mas incompatível com as atividades novas decorrentes do avanço da tecnologia no século XX e dos sistemas de produção adotados por alguns setores da economia moderna<sup>255</sup>.

De acordo com o que preconiza Goldin, a lei laboral subtrai da autonomia privada a possibilidade de estipular contratos por tempo determinado a menos que as circunstâncias objetivamente consideradas o justifiquem. Isso confirma que existe um tipo contratual imposto ao preferido pela lei – contrato por tempo indeterminado – o qual as partes não podem desviar-se a menos que a natureza das tarefas ou da atividade o justifiquem<sup>256</sup>.

De tal modo, existe contrato de trabalho a prazo fixo quando as partes estabelecem esse prazo de forma expressa e por escrito, o fazem com fundamentos e razões objetivas que justificam a temporalidade e a contratação. Ausente alguma dessas condições (razões objetivas que justifiquem a temporalidade da contratação

---

<sup>253</sup> GOMES, Orlando. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 184.

<sup>254</sup> GOMES, Orlando. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 183.

<sup>255</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 803.

<sup>256</sup> GOLDIN, Adrian. **Curso de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social**. Buenos Aires: La Ley, 2009. p. 277.

ou estipulação expressa e por escrito do prazo consequente), o contrato se entenderá celebrado por tempo indeterminado<sup>257</sup>.

A indeterminação da duração contratual constitui, regra geral incidente aos contratos empregatícios. Em harmonia a essa regra clássica, afirma Delgado que a ordem justrabalhista considera excetivos os pactos por prazo prefixado existentes na realidade sociojurídica. Na qualidade de exceção, os pactos a prazo podem ser celebrados em estritas hipóteses legalmente especificadas instituidora de novo contrato por tempo determinado, rompendo com algumas dessas restrições aos contratos a termo<sup>258</sup>.

Pactuados regularmente os contratos a termo, eles irão firmar clara especificidade também no tocante a suas características, regras e efeitos jurídicos. Nesse quadro, eles distinguem-se por estarem submetidos a lapsos temporais geralmente estreitos e rígidos; por se pautarem segundo normas rigorosas, quer no tocante a sua sucessividade por outro contrato da mesma natureza, quer quanto à prorrogação contratual; por produzirem repercussões rescisórias mais restritas dos que as típicas aos contratos sem prazo prefixado; finalmente, distinguem-se por não se subordinarem à mesma amplitude de efeitos própria à interrupção e à suspensão contratuais e às garantias jurídicas de emprego, em contraponto aos contratos de duração indeterminada<sup>259</sup>.

Conforme leciona Süsskind, a CLT referiu, no §1º do seu art. 443, três modalidades de contrato de trabalho por prazo determinado: a) em função do tempo prefixado no momento da celebração do contrato (por exemplo o trabalhador é contratado para prestar serviços durante dezoito meses); b) em função dos serviços especificados cuja execução constitui objeto de contrato (por exemplo o trabalhador é contratado para os serviços de pedreiro durante a execução de um edifício); c) em função da realização de certo acontecimento cuja duração possa ser prevista, aproximadamente (por exemplo o trabalhador é contratado para prestar serviços durante a safra de determinado produto agrícola)<sup>260</sup>.

---

<sup>257</sup> GOLDIN, Adrian. **Curso de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social**. Buenos Aires: La Ley, 2009. p. 278.

<sup>258</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR, 2009. p. 492.

<sup>259</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR, 2009. p. 184.

<sup>260</sup> SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Renovar, 2002. p. 242.

Nos dois últimos tipos o prazo é estipulado em razão da natureza do trabalho a realizar; no primeiro as partes têm em vista apenas a conveniência da fixação de um termo cujo implemento extingue a relação jurídica convencionada. Assim, o contrato não deixará de ser de prazo determinado pelo fato de estar a seu termo condicionado ao implemento de um acontecimento certo, embora não haja precisão, mas simples estimativa quanto ao momento em que se verificará<sup>261</sup>.

Orlando Gomes conclui que a continuidade do trabalho deve excluir a possibilidade de contrato por prazo determinado. A legislação pátria (Dec.Lei nº. 229) acabou por acolher os princípios defendidos pelo doutrinador. Assim, hoje, o contrato a prazo só será válido nas três hipóteses previstas no art. 443 da CLT.

Daí acentuar a doutrina que há duas hipóteses de termo nos contratos de prestação sucessiva quanto ao momento de sua extinção: o termo certo, quando a data da extinção do contrato é prefixada, e o termo incerto, quando há certeza de que ele ocorrerá em data apenas presumida<sup>262</sup>.

O fundamento do contrato a prazo admitido pela CLT é a transitoriedade da prestação de serviços, tal como evidencia o §2º do art. 443, que prevê a validade do contrato por prazo determinado somente em três hipóteses: a) de serviço cuja natureza ou transitoriedade justifique a predeterminação do prazo; b) de atividades empresariais de caráter transitório, e; c) de contrato de experiência<sup>263</sup>.

O contrato de prazo não poderá exceder dois anos (art. 445 da CLT<sup>264</sup>), sendo transformado em indeterminado se superar esse lapso ou for prorrogado, tácita ou expressamente, por mais de uma vez (art. 451 da CLT<sup>265</sup>). Também será considerado de duração indeterminada o que suceder, dentro de seis meses, a outro contrato por prazo determinado, salvo se a extinção deste decorrer da execução de

---

<sup>261</sup> SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Renovar, 2002. p. 242.

<sup>262</sup> SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Renovar, 2002. p. 242.

<sup>263</sup> SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Renovar, 2002. p. 243

<sup>264</sup> Art. 445 - O contrato de trabalho por prazo determinado não poderá ser estipulado por mais de 2 (dois) anos, observada a regra do art. 451.

Parágrafo único. O contrato de experiência não poderá exceder de 90 (noventa) dias.

<sup>265</sup> 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.

serviços especializados ou da realização de certos acontecimentos (art. 452 da CLT<sup>266</sup>)<sup>267</sup>.

Cabe assinalar que a CLT permite que os contratos por prazo determinado contenham cláusula asseguratória do direito recíproco de rescisão no curso de sua vigência; mas, neste caso, aplicar-se-ão à rescisão as normas a respeito estatuídas para os contratos por prazo indeterminado (art. 481 da CLT)<sup>268</sup>.

Delgado destaca entre os contratos a termo o contrato de experiência, o contrato de safra, o contrato de obra certa, o contrato de temporada e o contrato provisório<sup>269</sup>.

Haja vista o intuito deste trabalho será examinado pormenorizadamente o contrato a termo de aprendizagem.

## 3.2 CONTRATO DE APRENDIZAGEM

### 3.2.1 Evolução histórica

É a aprendizagem ao lado da *locatio operarum* o instituto do moderno Direito do Trabalho que deitou fecundas raízes no Direito Romano. Segundo Brasiello, entre os romanos o contrato de aprendizagem podia conceber-se abstratamente sob três modos: a) o mestre era remunerado pelo ensino ministrado (*locatio operis*); b) era o

---

<sup>266</sup> Art. 452 - Considera-se por prazo indeterminado todo contrato que suceder, dentro de 6 (seis) meses, a outro contrato por prazo determinado, salvo se a expiração deste dependeu da execução de serviços especializados ou da realização de certos acontecimentos.

<sup>267</sup> SÚSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Renovar, 2002. p. 243

<sup>268</sup> SÚSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Renovar, 2002. p. 243

<sup>269</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR, 2009. p. 509.

mestre quem pagava os serviços do menor (*locatio operarum*); c) o mestre não pagava, nem recebia uma “merces”, compensando-se o ensino com os serviços<sup>270</sup>.

Explica-se essa sistematização da disciplina jurídica entre os romanos, pela razão histórica que aponta a importância social de que se revestiu a aprendizagem em Roma antiga. Com efeito, os *cokkegia* da época imperial, especialmente a partir do III século, eram constituídos não de trabalhadores estranhos ao ofício, mas somente dos que pertenciam ao mesmo, e também das mulheres e componentes da família do produtor<sup>271</sup>.

Eram um incentivo para que os filhos se educassem segundo a profissão paterna, que, por via do vínculo familiar, se transmitia de uma para outra geração. Acredita-se, hoje, que uma das finalidades dos *collegia* romanos consistia na tutela moral do trabalhador artesão e no encaminhar e adestrar para o ofício os jovens trabalhadores. Entre os séculos VII e XI, os artesãos reuniam-se em *Scuole*, florescentes em Roma e em Ravena<sup>272</sup>.

A partir do século XI, e, especialmente, do século XII, a aprendizagem expandiu-se por toda a Europa ocidental. Na França, a partir dos séculos XII e XIII, manifestou-se firmemente no seio das corporações de ofício e *métier* até a sua progressiva decadência e extinção, no século XVIII. A aprendizagem medieval apresentava-se sob a forma de um contrato celebrado entre o mestre e os pais do menor (a romana, também, processava-se dessa forma, incluindo-se, porém, um outro sujeito, o senhor de escravo).<sup>273</sup>

No Brasil colonial não houve ambiente propício ao florescimento dos grêmios ou corporações profissionais, como ocorreu na Europa, inclusive em Portugal, embora em menor proporção que em outros países. Di-lo, com autoridade, o nosso melhor historiador colonial que os mecânicos nunca formaram grêmios profissionais à maneira da Europa: eram para isso muito poucos, se nas cidades podiam viver de

---

<sup>270</sup> BRASIELLO, Teucro. *Riv. It. Scienze Giuridiche*. 1927. p. 361.

<sup>271</sup> BORSI, Humberto; PERGOLESI, Ferruccio. *Contratti Speciali di Lavoro*. Padova: Cedam, 1941, vol. I. p. 451.

<sup>272</sup> MARTIN, Oliver. *L'Organisation Corporative de La France d'Ancien Régime*, 1957. p.81

<sup>273</sup> GOMES, Orlando. *Curso de Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 442.

um só ofício, em lugares de população menos densa precisavam de sete instrumentos para ganhar a subsistência<sup>274</sup>.

Mesmo nas cidades, faziam-lhes concorrência os oficiais escravos. Talvez a razão de nossa debilidade corporativa fosse outra: o ciúme da metrópole, empenhada na manutenção de seu mercado manufatureiro. Assim, não conheceu o Brasil colonial a verdadeira aprendizagem, ao estilo europeu, pois lhe faltou o campo fecundo de sua germinação: a corporação de ofício<sup>275</sup>.

Após ter sofrido tremendo impacto da Revolução Industrial, a aprendizagem, sob novas formas, vem, progressivamente, nos tempos atuais, assumindo o seu antigo prestígio em todos os países altamente desenvolvidos e mesmo nos subdesenvolvidos, dada a necessidade premente, num ou outro caso, da formação de quadros profissionais. A mentalidade reinante no século passado vai-se modificando, progressivamente, pelo entendimento esclarecido dos homens de empresa de que a habilidade profissional do empregado é um fator precioso, mesmo ou sobretudo quando tenha de lidar com as mais aperfeiçoadas máquinas<sup>276</sup>.

Começa-se a difundir a convicção de que é a antieconômica a admissão de menores inexperientes como empregados, e, embora, a técnica tenha pulverizado o ofício, afirma-se, dia a dia, por outro lado, o fenômeno das especializações dentro da profissão, exigindo do empregado um mais ou menos longo período de aprendizagem<sup>277</sup>.

A orientação contemporânea da aprendizagem firma-se no sentido de confiar a tarefa ao Estado, ou a certas instituições, ou a organizações privadas, em colaboração financeira ao Estado, ou isoladamente. Por meio desses processos, se estão superando as dificuldades que se opõem à instrução técnica dentro da própria empresa, isto é, a chamada aprendizagem contratual ou contrato de aprendizagem<sup>278</sup>.

---

<sup>274</sup> ABREU, João Capistrano de. **Capítulos de História Colonial**. Brasília: Senado Federal, 1998. p. 239.

<sup>275</sup> GOMES, Orlando. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 443.

<sup>276</sup> GOMES, Orlando. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 444.

<sup>277</sup> GOMES, Orlando. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 444.

<sup>278</sup> GOMES, Orlando. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 444.

Modernamente, prevalece na doutrina a concepção de que a relação jurídica entre o empregador e o aprendiz configura um contrato de trabalho especial. Martins Catharino, em sua monografia sobre o tema, depois de registrar que, já em 1906, Carnelutti reconheceu a transformação do contrato de tirocínio em contrato de emprego, embora especial, demonstra que a doutrina italiana conceitua a aprendizagem contratada com o empregador como um contrato de trabalho especial<sup>279</sup>.

Daí em muitos países se criarem contribuições especiais, designadas por taxa de aprendizagem destinadas à instalação e manutenção de cursos onde se ministram ensinamento integrativo ou complementar de aprendizagem contratual haurida pelo menor na própria empresa. Entre nós, o SENAI e o SENAC são instituições que vivem dessas contribuições, e têm o fim precípua de organizar e administrar, em todo o país, escolas de aprendizagem para industriários e comerciários<sup>280</sup>.

### 3.2.2 O empregado aprendiz

O contrato de aprendizagem é regulado por alguns artigos da própria CLT (art. 428<sup>281</sup> e seguintes), dispositivos legais que, a partir de dezembro de 2005, estão regulados pelo Decreto 5.598<sup>282</sup>, de 1º de dezembro de 2005<sup>283</sup>.

---

<sup>279</sup> CATHARINO, Martins. **O contrato de emprego e a aprendizagem**. Tese de concurso, Bahia, 1954. p. 8-11.

<sup>280</sup> GOMES, Orlando. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 445.

<sup>281</sup> Art. 428. Contrato de aprendizagem é o contrato de trabalho especial, ajustado por escrito e por prazo determinado, em que o empregador se compromete a assegurar ao maior de 14 (quatorze) e menor de 24 (vinte e quatro) anos inscrito em programa de aprendizagem formação técnico-profissional metódica, compatível com o seu desenvolvimento físico, moral e psicológico, e o aprendiz, a executar com zelo e diligência as tarefas necessárias a essa formação.

§ 1º A validade do contrato de aprendizagem pressupõe anotação na Carteira de Trabalho e Previdência Social, matrícula e frequência do aprendiz na escola, caso não haja concluído o ensino médio, e inscrição em programa de aprendizagem desenvolvido sob orientação de entidade qualificada em formação técnico-profissional metódica.

§ 2º Ao menor aprendiz, salvo condição mais favorável, será garantido o salário mínimo hora.

§ 3º O contrato de aprendizagem não poderá ser estipulado por mais de 2 (dois) anos, exceto quando se tratar de aprendiz portador de deficiência.

A Constituição de 1988, em seu art. 7º, XXXIII, com redação dada pela Emenda 20/1998, estabeleceu a proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito anos e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos<sup>284</sup>.

Contrato de aprendizagem é o contrato de trabalho especial, ajustado e por escrito e por prazo determinado, em que o empregador se compromete a assegurar ao maior de 14 (quatorze) e menor de 24 (vinte e quatro) anos, exceto nos casos de aprendizes portadores de deficiência (hipótese em que não se aplica esse limite máximo de idade), inscrito em programa de aprendizagem, formação técnico-profissional metódica, compatível com o seu desenvolvimento físico, moral e psicológico, e o aprendiz, a executar, com zelo e diligência, as tarefas necessárias a essa formação<sup>285</sup>.

A validade do contrato de aprendizagem pressupõe anotação na Carteira de Trabalho e Previdência Social, matrícula e frequência do aprendiz na escola, caso não haja concluído o ensino médio, e inscrição em programa de aprendizagem desenvolvido sob orientação de entidade qualificada em formação técnico-profissional metódica<sup>286</sup>.

São, portanto, as seguintes características da aprendizagem: 1) é contrato especial, regido pela CLT; 2) é contrato por prazo determinado, e deve ser formalizado por escrito; 3) o aprendiz deverá ter entre quatorze e vinte e quatro anos de idade (exceto no caso de aprendizes portadores de deficiência, situação em que

---

§ 4º A formação técnico-profissional a que se refere o caput deste artigo caracteriza-se por atividades teóricas e práticas, metodicamente organizadas em tarefas de complexidade progressiva desenvolvidas no ambiente de trabalho.

§ 5º A idade máxima prevista no **caput** deste artigo não se aplica a aprendizes portadores de deficiência.

§ 6º Para os fins do contrato de aprendizagem, a comprovação da escolaridade de aprendiz portador de deficiência mental deve considerar, sobretudo, as habilidades e competências relacionadas com a profissionalização.

§ 7º Nas localidades onde não houver oferta de ensino médio para o cumprimento do disposto no § 1º deste artigo, a contratação do aprendiz poderá ocorrer sem a frequência à escola, desde que ele já tenha concluído o ensino fundamental.

<sup>282</sup> Regulamenta a contratação de aprendizes e dá outras providências.

<sup>283</sup> PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Manual de direito do trabalho**. 15. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 107.

<sup>284</sup> PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Manual de direito do trabalho**. 15. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 107.

<sup>285</sup> PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Manual de direito do trabalho**. 15. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 107.

<sup>286</sup> PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Manual de direito do trabalho**. 15. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 107.



não se aplica esse limite de idade) e estar inscrito em programa de aprendizagem desenvolvido sob a orientação de entidade qualificada em formação técnico-profissional metódica; 4) as tarefas desenvolvidas pelo aprendiz deverão contribuir para sua formação técnico-profissional metódica a ser compatíveis com o seu desenvolvimento físico, mental e psicológico; 5) o contrato deverá ser anotado na Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS),e; 6) o aprendiz deve estar matriculado e frequentando a escola, caso não tenha concluído o ensino médio<sup>287</sup>.

Ao menor aprendiz, salvo condição mais favorável, será garantido o salário-mínimo hora. O art.80 da CLT, que previa o pagamento de meio salário-mínimo durante a primeira metade da duração do contrato de aprendizagem e de dois terços do salário-mínimo na segunda metade, foi revogado expressamente pela Lei 10.097/2000<sup>288</sup>.

No caso de rescisão antecipada do contrato, não há obrigatoriedade de indenização da parte que lhe der causa, seja esta o tomador dos serviços ou aprendiz (o art. 433<sup>289</sup>, §2º, da CLT, com redação dada pela Lei 10.097/2000, afasta a aplicação, em relação ao contrato de aprendizagem, dos arts. 479 e 480 da mesma Consolidação)<sup>290</sup>.

Os estabelecimentos de qualquer natureza são obrigados a empregar e matricular nos cursos dos Serviços Nacionais de Aprendizagem número de aprendizes equivalente a cinco por cento, no mínimo, e quinze por cento, no

---

<sup>287</sup> PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Manual de direito do trabalho**. 15. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 108.

<sup>288</sup> PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Manual de direito do trabalho**. 15. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 108.

<sup>289</sup> Art. 433. O contrato de aprendizagem extingui-se-á no seu termo ou quando o aprendiz completar 24 (vinte e quatro) anos, ressalvada a hipótese prevista no § 5º do art. 428 desta Consolidação, ou ainda antecipadamente nas seguintes hipóteses:

a) revogada;

b) revogada .

I – desempenho insuficiente ou inadaptação do aprendiz; (AC)

II – falta disciplinar grave; (AC)

III – ausência injustificada à escola que implique perda do ano letivo; ou (AC)

IV – a pedido do aprendiz. (AC)

Parágrafo único. Revogado.

§ 2º Não se aplica o disposto nos arts. 479 e 480 desta Consolidação às hipóteses de extinção do contrato mencionadas neste artigo.

<sup>290</sup> PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Manual de direito do trabalho**. 15. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 108.

máximo, dos trabalhadores existentes em cada estabelecimento, cujas funções demandem formação profissional<sup>291</sup>.

Esse limite máximo de quinze por cento não se aplica quando o empregador for entidade sem fins lucrativos, que tenha por objeto a educação profissional. As frações de unidade, resultantes do cálculo dos percentuais relativos aos limites acima, darão lugar à admissão de um aprendiz. Assim, um estabelecimento que possua 10 empregados permanentes em função que demande formação profissional, deverá contratar no mínimo um aprendiz e no máximo 2 aprendizes<sup>292</sup>.

Na hipótese de os Serviços Nacionais de Aprendizagem não oferecerem cursos ou vagas suficientes para atender à demanda dos estabelecimentos, esta poderá ser suprida por outras entidades qualificadas em formação técnico-profissional metódica (Escolas Técnicas de Educação e outras entidades sem fins lucrativos, que tenham por objeto a assistência ao adolescente e à educação profissional, registradas no Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente). Aos aprendizes que concluírem os cursos de aprendizagem, com aproveitamento, será concedido certificado de qualificação profissional<sup>293</sup>.

A contratação do aprendiz poderá ser efetivada: a) pela empresa onde se realizará a aprendizagem, hipótese em que gera vínculo de emprego direto, ou; b) pelas entidades sem fins lucrativos, que tenham por objeto a assistência ao adolescente e à educação profissional, registradas no Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, caso em que não gera vínculo de emprego com a empresa tomadora de serviços<sup>294</sup>.

A duração do trabalho do aprendiz não excederá seis horas diárias, sendo vedadas a prorrogação e a compensação de jornada. A lei veda, expressamente, a

---

<sup>291</sup> PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Manual de direito do trabalho**. 15. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 108.

<sup>292</sup> PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Manual de direito do trabalho**. 15. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 108.

<sup>293</sup> PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Manual de direito do trabalho**. 15. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 108.

<sup>294</sup> PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Manual de direito do trabalho**. 15. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 108.

realização de horas extraordinárias pelo menor aprendiz, ainda quando destinadas à compensação de horários<sup>295</sup>.

O limite da jornada de trabalho poderá ser de até oito horas diárias para os aprendizes que já tiverem completado o ensino fundamental, se nessas oito horas forem computadas as horas destinadas à aprendizagem teórica. Portanto, se o aprendiz, na condição descrita, estiver em um estabelecimento que lhe ministre, por exemplo, quatro horas diárias de ensino teórico, poderá trabalhar outras quatro horas na atividade em que esteja sendo formado, não se lhe aplicando o limite geral de seis horas diárias. O que não se admite é que o aprendiz trabalhe efetivamente em atividade prática por mais de seis horas. Em qualquer das situações permanece vedada a realização de horas extras pelo aprendiz<sup>296</sup>.

Os contratos de aprendizagem terão a alíquota do FGTS reduzida para 2% (dois por cento). O contrato de aprendizagem não poderá ser estipulado por mais de 2 (dois) anos, exceto quando se tratar de aprendiz portador de deficiência (CLT, art. 428, §3º, com a redação dada pela Lei 11.788, de 25.09.2008)<sup>297</sup>.

O contrato de aprendizagem extinguir-se-á no seu termo ou quando o aprendiz completar 24 (vinte e quatro) anos, ressalvada a hipótese de portadores de deficiência física (hipótese em que não se aplica esse limite máximo de idade, ou ainda antecipadamente nas seguintes hipóteses: a) por desempenho insuficiente ou inadaptação do aprendiz; b) por cometimento de falta disciplinar grave; c) pela ausência injustificada à escola, que implique perda do ano letivo, ou; d) a pedido do aprendiz.

---

<sup>295</sup> PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Manual de direito do trabalho**. 15. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 109.

<sup>296</sup> PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Manual de direito do trabalho**. 15. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 109.

<sup>297</sup> PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Manual de direito do trabalho**. 15. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 109.

### 3.2.3 A Garantia de Emprego da Gestante nos Contratos de Aprendizagem

Quanto à estabilidade gestacional, o Tribunal Superior do Trabalho, por intermédio da Súmula 244, consolidava entendimento (até setembro de 2012) no sentido de que o termo final dos contratos de trabalho a prazo determinado não era protraído em virtude da aquisição da estabilidade. O que a estabilidade provisória impediria era a dispensa imotivada e não o término natural do contrato de trabalho, o qual não traduzia a ideia de dispensa.

Ao tratar da antiga redação da Súmula 244 do TST, Bruno Klippel, lecionava que apesar de o entendimento do TST versar apenas sobre o contrato de experiência, espécie de contrato a prazo determinado, descrito no artigo 443 da CLT, a ideia deveria ser aplicada a qualquer espécie desses contratos, pois a predeterminação do prazo já tornaria a dispensa totalmente lícita, pois quando da contratação a empregada já sabia da data de seu término. Assim, sabia que, independentemente da superveniência de gravidez, o vínculo trabalhista terminaria em uma data certa<sup>298</sup>.

No mesmo sentido, Aldemiro Rezende Dantas Júnior ensinava que a ocorrência de uma das causas de garantia de emprego, no curso do contrato a termo, não assegurava a continuidade do contrato, que se extinguiria normalmente no término previsto. Segundo o mesmo autor, em relação à gestante, esclarecia a Súmula 244, do TST, que não havia 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 constituía dispensa arbitrária ou sem justa causa<sup>299</sup>.

Em que pese a existência do entendimento sumulado pelo TST, veio-se verificando, no âmbito do próprio TST, uma mudança de entendimento no sentido de assegurar à empregada gestante a completa estabilidade assegurada pelo Texto

---

<sup>298</sup> KLIPPEL, Bruno. **Direito Sumular Esquematizado – TST**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 307-308.

<sup>299</sup> DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende. **Curso de Direito do Trabalho**. 3ª Edição. Manaus, 2009. p. 133.

Maior, ainda que tenha sido contratada por intermédio de um contrato a prazo determinado<sup>300</sup>.

Com o intuito de conferir maior efetividade ao Texto Constitucional, bem como se adequar à consolidada jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, algumas Turmas do Tribunal Superior do Trabalho repensaram o entendimento consolidado por intermédio da Súmula 244 do TST. Em julgados, já estavam afastando a aplicação da Súmula para o fim de conceder a estabilidade gestacional às empregadas admitidas por intermédio de um contrato a prazo determinado<sup>301</sup>.

A nova diretriz jurisprudencial pretendia resguardar a subsistência da mãe e da criança que estaria por vir. Além disso, ostentava manifestos fins assistenciais e de saúde não somente em relação à mãe trabalhadora como também em face de sua gestação e da criança recém-nascida<sup>302</sup>.

Maurício Godinho Delgado, ao tratar da estabilidade da gestante nos contratos a termo, lecionava que havendo, desse modo, evidente interesse público com vistas às proteções à mãe trabalhadora, sua gestação e o parto, além do período inicial da maternidade, interesse público que se pretende também à criança nascitura, ganha destaque a garantia constitucional, afastando o óbice criado pela Consolidação das Leis do Trabalho com respeito aos contratos a termo (art. 472, §2º, CLT)<sup>303</sup>.

Nessa ordem de ideias, cumpre citar trecho do Voto proferido pelo Ministro Celso de Mello, no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 634.093/Distrito Federal:

Em suma: as gestantes – quer se trate de servidoras públicas, quer se cuide de trabalhadoras, qualquer que seja

---

<sup>300</sup> RIBEIRO, Henrique França. **A estabilidade da gestante e a superação da Súmula 244 do TST.** Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3344, 27 ago. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/22487>>. Acesso em: 3 nov.

<sup>301</sup> RIBEIRO, Henrique França. **A estabilidade da gestante e a superação da Súmula 244 do TST.** Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3344, 27 ago. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/22487>>. Acesso em: 3 nov.

<sup>302</sup> RIBEIRO, Henrique França. **A estabilidade da gestante e a superação da Súmula 244 do TST.** Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3344, 27 ago. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/22487>>. Acesso em: 3 nov.

<sup>303</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho.** 11ª Edição, São Paulo: LTR, 2012. p. 547.

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.

O Supremo Tribunal Federal vinha consolidando jurisprudência no sentido de assegurar à gestante a estabilidade provisória prevista no artigo 10, inciso II, alínea b, do ADCT, conforme arestos a seguir reproduzidos:

EMENTA Agravo regimental no recurso extraordinário. Servidora gestante. Cargo em comissão. Exoneração. Licença-maternidade. Estabilidade provisória. Indenização. Possibilidade. 1. As servidoras públicas, em estado gestacional, ainda que detentoras apenas de cargo em comissão, têm direito à licença-maternidade e à estabilidade provisória, nos termos do art. 7º, inciso XVIII, c/c o art. 39, § 3º, da Constituição Federal, e art. 10, inciso II, alínea b, do ADCT. 2. Agravo regimental não provido. (RE 420839 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 20/03/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-081 DIVULG 25-04-2012 PUBLIC 26-04-2012)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CARGO EM COMISSÃO. SERVIDORA GESTANTE. EXONERAÇÃO. DIREITO À INDENIZAÇÃO. 1. As servidoras públicas e empregadas gestantes, inclusive as contratadas a título precário, independentemente do regime jurídico de trabalho, têm direito à licença-maternidade de cento e vinte dias e à estabilidade provisória desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. Precedentes: RE n. 579.989-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, Dje de 29.03.2011, RE n. 600.057-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Eros Grau, Dje de 23.10.2009 e RMS n. 24.263, Segunda Turma, Relator o Ministro Carlos Velloso, DJ de 9.5.03. 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (AI 804574 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 30/08/2011, DJe-178 DIVULG 15-09-2011 PUBLIC 16-09-2011 EMENT VOL-02588-03 PP-00317 RT v. 100, n. 913, 2011, p. 491-494)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. SERVIDORAS PÚBLICAS E EMPREGADAS GESTANTES. LICENÇA-MATERNIDADE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. ART. 7º, XVIII, DA CONSTITUIÇÃO. ART. 10, II, "B", do ADCT. O Supremo Tribunal Federal fixou entendimento no sentido de que as servidoras públicas e empregadas gestantes, inclusive as contratadas a título precário, independentemente do regime jurídico de trabalho, têm direito à licença-maternidade de cento e vinte dias e à estabilidade provisória desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, nos termos do art. 7º, XVIII, da Constituição do Brasil e do art. 10, II, "b", do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento. (RE 600057 AgR, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 29/09/2009, DJe-200 DIVULG 22-10-2009 PUBLIC 23-10-2009 EMENT VOL-02379-10 PP-02124)

Consoante noticiado nas linhas acima, algumas Turmas do Tribunal Superior do Trabalho passaram a seguir o entendimento jurisprudencial consolidado na Corte Maior, o que pode ser apreendido a partir da leitura dos arestos abaixo reproduzidos:

RECURSO DE REVISTA - GESTANTE - ESTABILIDADE PROVISÓRIA - CONTRATO DE EXPERIÊNCIA. Estabelece o art. 10, II, "b", do ADCT/88 que é vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, não impondo nenhuma restrição quanto à modalidade de contrato de trabalho, mesmo porque a garantia visa, em última análise, à tutela do nascituro. O entendimento vertido na Súmula nº 244, III, do TST encontra-se superado pela atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que as empregadas gestantes, inclusive as contratadas a título precário, independentemente do regime de trabalho, têm direito à licença maternidade de 120 dias e à estabilidade provisória desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. Dessa orientação dissenteu o acórdão recorrido, em afronta ao art. 10, II, -b-, do ADCT/88. Recurso de revista conhecido e provido. (RR - 1520-32.2010.5.04.0511, Relator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Data de Julgamento: 27/06/2012, 4ª Turma, Data de Publicação: 03/08/2012)

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. ESTABILIDADE DA GESTANTE. CONTRATO POR PRAZO DETERMINADO. (...) RECURSO DE REVISTA. ESTABILIDADE DA GESTANTE. CONTRATO POR PRAZO DETERMINADO. NORMATIZAÇÃO ESPECIAL E PRIVILEGIADA À MATERNIDADE CONTIDA

NA CARTA DE 1988. ARTS. 10, II, B, DO ADCT, ARTS. 7º, XVIII E XXII, 194, 196, 197, 200, I, 227, CF/88. RESPEITO, FIXADO NA ORDEM CONSTITUCIONAL, À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, À PRÓPRIA VIDA AO NASCITURO E À CRIANÇA (ART. 1º, III, E 5º, CAPUT, DA CF). (...) A estabilidade provisória advinda da licença maternidade decorre da proteção constitucional às trabalhadoras em geral e, em particular, às gestantes e aos nascituros. A proteção à maternidade e à criança advém do respeito, fixado na ordem constitucional, à dignidade da pessoa humana e à própria vida (art. 1º, III, e 5º, caput, da CF). E, por se tratar de direito constitucional fundamental, deve ser interpretado de forma a conferir-se, na prática, sua efetividade. Nesse sentido, entendo que não pode prevalecer o posicionamento adotado pelo TRT, que conferiu preponderância aos efeitos dos contratos a termo - especificamente em relação à garantia de emprego - em detrimento da estabilidade assegurada às gestantes, na forma do art. 10, II, b, do ADCT. Nessa linha, está realmente superada a interpretação exposta no item III da Súmula 244 do TST. (...) (RR - 21700-25.2009.5.01.0079, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 08/02/2012, 6ª Turma, Data de Publicação: 13/04/2012)<sup>304</sup>.

Portanto, o TST, a partir dos precedentes turmários acima referidos inspirados pelo entendimento do STF, reviu e modificou sua jurisprudência quanto à estabilidade conferida a empregada gestante durante os contratos por prazo determinado.

Um dos fundamentos de tal alteração foi a consolidação dos direitos e garantias fundamentais materialmente asseguradas pela Constituição Federal, mormente os insculpidos no bojo dos princípios da dignidade da pessoa humana, da valorização do trabalho humano e da livre iniciativa e da razoabilidade, em conjunto com outros princípios infraconstitucionais igualmente importantes, como o da função social do contrato e o da boa-fé contratual, evolução que vai de encontro às matizes neoliberais trazidas pelo processo de globalização.

Por outro lado, deve-se considerar também que o alvo da proteção conferida pela Constituição da República é também o nascituro. Os princípios constitucionais

---

<sup>304</sup> No mesmo sentido: TST - RR-1601-11.2010.5.09.0068, 1ª Turma, Rel. Min. Vieira de Mello Filho, in DJ 9.3.2012; TST - RR- 57041-60.2009.5.09.0671 Ac. 3ª Turma, Redator Min Horácio Raymundo de Senna Pires, 3ª Turma, in DEJT 27.4.2012; TST - RR - 186700-33.2008.5.12.0006, Relator Ministro: Pedro Paulo Manus, Data de Julgamento: 13/06/2012, 7ª Turma, Data de Publicação: 15/06/2012.



da isonomia, garantia na dignidade da pessoa humana e proteção à maternidade também foram considerados na proposição da alteração em comento.

A estabilidade provisória da gestante até então era dependente apenas da regulamentação por meio de Lei Complementar, uma vez que prevista apenas na Constituição Federal, no ADCT, art. 10, II, alínea "b". Hodiernamente, contudo, tal lacuna passou a ser tratada por meio da Súmula n.º 244, inciso III, do TST, cuja redação atualizada é a que segue, *in verbis*:

**SÚMULA 244 DO TST – GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA.**

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

II - A garantia de emprego à gestante só autoriza a reintegração se esta se der durante o período de estabilidade. Do contrário, a garantia 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 ADCT, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado.

Neste sentido, ampliou-se tal proteção para as situações onde a estabilidade não era garantida à gestante, ou seja, quando diante da celebração dos contratos com duração determinada (artigo 443, §1º e 2º, da CLT), uma vez que, nessa modalidade as partes já sabiam antecipadamente quando o contrato teria sua morte natural e, com base nisso, o direito à estabilidade gestacional era suprimido da trabalhadora em estado gravídico.

Em outras palavras a alteração da Súmula acarretou no envolvimento de todas as modalidades de contratos por prazo determinado, ou seja, aqueles cuja vigência dependa de termo pré-fixado ou da execução de serviço específicos ou ainda da realização de certo acontecimento suscetível de previsão aproxima, conforme define o § 1º do artigo 443 da CLT.

Entretanto, tal modificação gerou discussões na doutrina, pois para alguns juristas a data final do contrato a termo não se protraí em virtude de estabilidades<sup>305</sup>. Para Cassar, garantir o emprego durante todo o período da estabilidade, mesmo que perdure mais que a vigência do contrato determinado é o mesmo que acabar com algumas espécies de contratos determinados típicos<sup>306</sup>.

O posicionamento contrário de alguns doutrinadores em relação à alteração da Súmula, em especial quando se trata de contrato de aprendizagem, é sustentado sob o argumento, por exemplo, da empregada que está terminando o curso, aos 24 anos (idade máxima), e/ou cujo prazo de 2 anos está se esgotando, como previsto no artigo 428 da CLT e que, no último mês, engravida, terá o contrato de aprendizagem prorrogado? Mesmo que tenha se formado, se ausente da escola ou saia do curso de formação metódica?

Neste sentido, Cassar adota a tese de que a estabilidade, qualquer que seja o tipo, é adquirida até o fim do contrato por prazo determinado, mas não depois de seu prazo, pois não há despedida e sim caducidade do contrato. O contrato nasce com dia ou momento certo para romper, cláusula ajustada legalmente ou contratualmente desde a admissão. Não surpreende as partes e não viola direitos<sup>307</sup>.

Explica Cassar que quando implementado o termo final, o contrato rompe-se naturalmente, dispensando a declaração das partes ou qualquer notificação neste sentido. Isto porque, na verdade, não há dispensa ou pedido de demissão. Há morte natural do contrato. A estabilidade, a suspensão ou a interrupção do contrato restringem o exercício do poder potestativo do empregador e, por isso, impedem a despedida imotivada. Porém, quando o contrato chega ao seu termo final, não há

---

<sup>305</sup> Neste sentido Delgado, Martins e Maranhão. DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2004, p. 570-571. MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 103. MARANHÃO, Délio. **Direito do Trabalho**. 11. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1983, p. 158.

<sup>306</sup> CASSAR, Vólia Bomfim. **Breves comentários às novas súmulas e orientações Jurisprudenciais do TST**. Disponível em: <<http://www.poisze.com.br/pagina/breves-coment%C3%A1rios-sobre-novas-s%C3%BAmulas-e-orienta%C3%A7%C3%B5es-jurisprudenciais-do-tst-artigo-de-v%C3%B3lia->>>. Acesso em: 3 nov.

<sup>307</sup> CASSAR, Vólia Bomfim. **Breves comentários às novas súmulas e orientações Jurisprudenciais do TST**. Disponível em: <<http://www.poisze.com.br/pagina/breves-coment%C3%A1rios-sobre-novas-s%C3%BAmulas-e-orienta%C3%A7%C3%B5es-jurisprudenciais-do-tst-artigo-de-v%C3%B3lia->>>. Acesso em: 3 nov.

despedida, pois as partes já tinham ciência, desde seu início, do momento ou data da terminação. Há morte natural<sup>308</sup>.

Tem-se, portanto, que o contrato de aprendizagem possui natureza específica, qual seja, a de propiciar ao empregado a formação profissional. Embora tenha, assim como o contrato de experiência ou determinado, um prazo máximo estabelecido legalmente de 2 anos (§ 3º do art. 428 da CLT), esta limitação não está vinculada à proteção do trabalhador, mas ao lapso temporal razoável de um programa de aprendizagem.

Diante do posicionamento acima e em virtude da Resolução TST 185/2012, que alterou o texto do inciso III da Súmula 244 do TST, surge o questionamento sobre a aplicabilidade ou não da estabilidade provisória à gestante aprendiz.

Em que pese o contrato de aprendizagem possa ser comparado a qualquer outro contrato a termo, existe posicionamento da doutrina no sentido de que o artigo 433 da CLT prevê a extinção do contrato de aprendizagem em hipóteses específicas como: 1) no seu termo; 2) quando o aprendiz completar 24 anos (salvo a hipótese prevista no § 5º do art. 428 da CLT); 3) quando o desempenho for insuficiente ou por inadaptação do aprendiz; 4) a ausência injustificada à escola que implique perda do ano letivo ou ainda; 5) a pedido do aprendiz.

Neste diapasão, entendem ainda que em virtude da norma celetista prever multa imposta pelo artigo 479 da CLT (multa imposta ao empregador que demite empregado antes do término do contratado determinado) e pelo art. 480 da CLT (multa imposta ao empregado que pede demissão antes do término do contrato determinado), não se aplicaria às hipóteses de extinção do contrato de aprendizagem mencionadas acima.

Concluem que, ainda que haja interesse de o empregador manter o aprendiz no seu quadro de pessoal, o fato é que após o término do contrato de aprendizagem

---

<sup>308</sup> CASSAR, Vólia Bomfim. **Breves comentários às novas súmulas e orientações Jurisprudenciais do TST.** Disponível em: <<http://www.poisze.com.br/pagina/breves-coment%C3%A1rios-sobre-novas-s%C3%BAmulas-e-orienta%C3%A7%C3%B5es-jurisprudenciais-do-tst-artigo-de-v%C3%B3lia->>>. Acesso em: 3 nov.

outro contrato deverá ser celebrado entre as partes, tendo em vista que a natureza dos contratos são totalmente distintas.

No mesmo sentido, cumpre mencionar a Norma Técnica nº 70/2013 do Ministério do Trabalho e Emprego que ao analisar a alteração da Súmula 244 do TST entende pela inaplicabilidade da estabilidade da empregada aprendiz gestante. Este posicionamento é fundamentado pelo fato do contrato de aprendizagem possuir caráter especial, pois tem por objeto a formação profissional do aprendiz, de modo que não se pode obrigar o empregador a firmar o que seria, na verdade, um novo contrato com regime jurídico diverso da aprendizagem e com objetivo diverso (trabalho produtivo ao invés de formação profissional)<sup>309</sup>.

A referida Norma Técnica, trata que no caso da aprendizagem, o termo final do contrato indica basicamente o encerramento das atividades previstas no programa de aprendizagem. É indiferente para tanto se, no momento em que o contrato se encerra, a empregada aprendiz estava ou não gestante. Diferente dos contratos de prazo determinado tradicionais, não se pode sequer presumir que a condição de gestante frustrou a prorrogação daquele vínculo de aprendizagem, cujo encerramento se dá por um critério objetivo-temporal, qual seja, o simples adimplemento de um termo final previamente fixado para as atividades teóricas e práticas que integram o programa.

Dentro desse contexto, Daniel Chagas, Auditor-Fiscal autor da Norma técnica, entende que a estabilidade da gestante desde a confirmação da gravidez até o quinto mês após o parto não se aplica à empregada aprendiz quando o contrato de aprendizagem for regularmente extinto pelo decurso do prazo de sua duração previamente estipulado (art. 433 da CLT).

Embora haja posicionamento doutrinário e técnico contrário à aplicabilidade da estabilidade da gestante aprendiz, o judiciário vem se mostrando a favor desta hipótese.

---

<sup>309</sup> Norma Técnica nº. 70/2013/DMSC/SIT. Ministério do Trabalho e Emprego. Secretaria de Inspeção do Trabalho. Nº. do Processo (no MTE): N/C. Documento de referência: Memorando/SRTE/BA/SEINT nº. 001/2013. Interessado: Inspeção do Trabalho (fiscalização dos contratos de aprendizagem).

Importante colacionar a decisão do ilustre Desembargador Federal do Trabalho Márcio Sérgio M. Pinheiro, que em seu voto acentua que uma vez iniciada a gestação, durante o liame empregatício, segue-se automaticamente o direito à proteção do emprego, a fim de garantir ao nascituro condições mínimas de amparo econômico e emocional.

Nesses casos, não se pode olvidar que a responsabilidade do empregador é objetiva quanto ao dever legal de abster-se de despedir a empregada e pagar-lhe os salários até cinco meses após o parto, independentemente da comunicação da gravidez ou mesmo do conhecimento da própria empregada, no momento da demissão.

Este voto traz a baila que o artigo 10, inciso II, "b", do ADCT assegura a garantia de emprego, e não à indenização, entretanto, esta poderá ser concedida, no caso de ser desaconselhável a reintegração, pois o direito à indenização é substitutivo ao direito ao emprego. A indenização pelos salários do período é sucedâneo da reintegração, se esta não for mais cabível - entendimento ratificado na Súmula nº 396 do C. TST.

Conclui-se pelo exposto acima que não há como se cogitar de falar de diferenciação entre empregadas grávidas, sob a égide de contrato por prazo determinado e gestantes regidas por pactos de duração indeterminada, pois a empregada, mesmo sob o regime de um contrato precário de aprendizagem, nos moldes do artigo 428 da CL, tem direito à estabilidade e à licença-maternidade, preconizadas nos artigos. 7º, XVIII da Constituição e 10, II, b do ADCT, por tratar-se de garantia constitucional inderrogável. Os contratos predeterminados não têm o condão de inibir a estabilidade da empregada grávida, devendo ser preservado, nesse período, o contrato entre as partes, *sem prejuízo da remuneração correlata*.

Assim, entende-se que a garantia de emprego se estende aos contratos a prazo – incluindo de aprendizagem. O que a constituição veda é a despedida arbitrária ou sem justa causa, sendo que historicamente, não se enquadra a extinção por decurso do prazo como arbitrária ou sem justa causa. Como bem exposto por Cassar, há caducidade contratual, pelo decurso do tempo.

Então a solução mais adequada do ponto de vista da teoria geral do contrato de trabalho seria a empregada ter estabilidade até o 5º mês após o parto, ou até o término pelo decurso temporal, o que acontecer primeiro.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A República Federativa do Brasil, constituída em Estado Democrático de Direito, tem por fundamento a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, a cidadania, a soberania e o pluralismo político. Trata-se de Estado Democrático destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, estabelecida na harmonia social.

Nos termos do artigo 6º da Carta Maior, o ser humano apresenta-se como destinatário dos direitos sociais, os quais foram estabelecidos como sendo a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados.

Os direitos sociais, aí incluídos os de índole trabalhista, são direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como liberdades positivas, as quais são de observância obrigatória pelo Estado. Têm por finalidade a melhoria das condições de vida dos hipossuficientes, visando à materialização da igualdade social. São direitos que se ligam ao direito de igualdade.

Por outras palavras, são direitos destinados à proteção das necessidades básicas do ser humano, para que viva com o mínimo de dignidade e com acesso aos bens materiais e morais condicionadores da sua realização enquanto cidadão.

Sob a ótica da pessoa que vive do trabalho, em especial do trabalho empregatício, os direitos sociais são o principal instrumento de concretização dos princípios e regras constitucionais referentes à prevalência da dignidade da pessoa, da valorização do trabalho e do emprego, da submissão da propriedade privada a sua função social, da efetividade da justiça social e da democratização da sociedade civil.

Do exposto, é possível extrair o especial destaque dado pelo Constituinte Originário ao primado do trabalho humano (art. 193, CF/1988), o qual foi reconhecido como condição de efetiva existência digna.

O trabalho é da essência humana, no sentido de dever de valorização pessoal e de integração social, e será ao mesmo tempo um dever e um direito, na relação do indivíduo com a sociedade e o Estado.

O trabalho é valorizado a tal ponto que teve a essencialidade da conduta laborativa reconhecida pela Constituição Federal como um dos instrumentos mais relevantes de afirmação do ser humano, seja no contexto da própria individualidade, seja no contexto de sua inclusão familiar e social. Constitui-se em um especial veículo de afirmação comunitária da grande maioria das pessoas que compõem a contemporânea sociedade capitalista. Trata-se de um direito e de um honroso dever do ser humano.

Não por outro motivo, a estabilidade do trabalhador no emprego foi um dos temas que maior controvérsia gerou na Assembleia Nacional Constituinte que resultou na promulgação do atual Texto Maior. Significativas organizações sindicais e Partidos Políticos lograram êxito, ainda no seio da Comissão da Ordem Social, na aprovação de disposições assegurando a estabilidade no emprego com restrições significativas à administração empresarial.

Posteriormente, na Comissão de Sistematização, devido a pressões exercidas por empresários e alguns setores governamentais, a estabilidade anteriormente prevista foi substituída pela garantia de uma indenização compensatória, além de outros mecanismos, tais como fundo de garantia por tempo de serviço, o seguro desemprego e o aviso prévio proporcional.

Em razão da substituição da estabilidade no emprego, foi estabelecida regra no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (art. 10, inciso I) fixando o valor da indenização até que a lei prevista no art. 7º, I, da Constituição Federal, seja aprovada. Da mesma forma, foi estabelecida regra tornando inválida a dispensa arbitrária ou sem justa causa 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, bem como da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto (art. 10, inciso II, ADCT). Nesse ponto, especial destaque merece a proteção conferida à empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.



Trata-se, inegavelmente, de expressiva garantia de caráter social, cujo gozo depende somente da confirmação objetiva do estado gravídico da empregada, independentemente de sua prévia comunicação ao empregador ou mesmo da modalidade contratual celebrada entre as partes envolvidas no vínculo empregatício.

Quer-se dizer, com isso, que o único requisito exigido pelo Constituinte é a confirmação da gravidez. A estabilidade gestacional não se encontra condicionada à prévia comunicação do estado gravídico ao empregador ou mesmo à celebração de um contrato de trabalho a prazo indeterminado. Exigiu-se apenas a confirmação da gravidez.

A previsão constitucional, para fins de concessão da estabilidade à empregada gestante, não estabeleceu distinção entre contratos a prazo determinado ou indeterminado. O que se pretende proteger é a vida que está por vir, é a garantia de subsistência da mãe durante o período inicial de vida do novo ser. A Constituição Federal protege a mãe e o nascituro.

A garantia constitucional ultrapassa o interesse estrito da empregada gestante, uma vez que possui manifestos fins de saúde e de assistência social não somente em relação às mães trabalhadoras como também em face de sua gestação e da criança recém-nascida.

Não bastasse isso, não se pode olvidar que o intérprete deve atribuir à norma constitucional o sentido que lhe dê maior eficácia, a mais ampla efetividade. Por outras palavras, em caso de dúvida, deve-se preferir a interpretação que maior efetividade confira à norma constitucional.

Desse modo, o artigo art. 10, inciso II, b, do ADCT, deve ser interpretado da forma que maior efetividade lhe seja concedida, o que, por consequência, resultará em uma proteção mais concreta à empregada gestante e ao nascituro, afastando-se condicionantes não previstas no Texto Constitucional.

Na mesma linha segue o direito à estabilidade no contrato de aprendizagem, pois o contrato predeterminado não tem o condão de inibir a estabilidade da gestante, a qual se configura em uma garantia constitucional inderrogável. A mera confirmação objetiva o estado gestacional, independentemente, da precariedade do

contrato entabulado entre as partes, é o fator primordial para garantir à mulher a estabilidade requerida. Embora o contrato de aprendizagem tenha cunho especial, conforme tratado por muitos doutrinadores, não se pode fazer diferenciação entre as empregadas grávidas, pois o intuito da proteção ultrapassa a gestante, abarcando o nascituro.

Os contratos predeterminados não podem ter o condão de inibir a estabilidade da empregada grávida, pois a estabilidade provisória às gestantes deve ser concedida independentemente da modalidade contratual. Esta ideia, em consonância com o posicionamento dos juristas acarretou na alteração da Súmula 244 do TST. Portanto não faz sentido algum tal alteração não se aplicar à gestante aprendiz.

Diante do exposto, entende-se que a garantia de emprego se estende aos contratos a prazo – incluindo de aprendizagem, tendo como solução mais adequada do ponto de vista da teoria geral do contrato de trabalho a empregada ter estabilidade até o 5º mês após o parto, ou até o término pelo decurso temporal, o que acontecer primeiro.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABREU, João Capistrano de. **Capítulos de História Colonial**. Brasília: Senado Federal, 1998, p. 239.
- BORSI, Humberto; PERGOLESI, Ferruccio. **Contratti Speciali di Lavoro**. Padova: Cedam, 1941, vol. I.
- BORSI, Humberto; PERGOLESI, Ferruccio. **Trattato di Diritto del Lavoro**. Padova: Cedam, 1941, vol. III.
- BRASIELLO, Teucro. **Riv. It. Scienze Giuridiche**. 1927.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª Ed., Coimbra: Almedina, 2004.
- CASSAR, Vólia Bomfim. **Breves comentários às novas súmulas e orientações Jurisprudenciais do TST**. Disponível em: <<http://www.poisze.com.br/pagina/breves-coment%C3%A1rios-sobre-novas-s%C3%BAmulas-e-orienta%C3%A7%C3%B5es-jurisprudenciais-do-tst-artigo-de-v%C3%B3lia->>>. Acesso em: 3 nov.
- CESARINO JÚNIOR, Antônio F. **Direito Social**. Revista LTr, 1980.
- CRETELLA JR, José. **Os Cânones do direito administrativo**. Revista Informação Legislativa. Brasília, ano 25, nº 97.
- DA SILVA, Floriano Correa Vaz. **A Discriminação contra o trabalho feminino**. Revista do Trabalho, nº. 14, julho-agosto, ano 3, 1978.
- DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende. **Curso de Direito do Trabalho**. 3ª Edição. Manaus, 2009, p. 133.
- DE LA CUEVA, Mario. **El nuevo derecho mexicano del trabajo**. México, Porrúa, 1972, vol I, cap. II.
- DE RUGGIERO, Roberto. **Instituições de Direito Civil**. Campinas: Bookseller, 1999, vol III.
- DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR, 2009.
- DOMINGUEZ, Jose F. **Curso de derecho del trabajo**. Buenos Aires: Kibreria Editorial Macchi Hnos, 1951, tomo I.
- DORNELES, Leandro do Amaral D. de. **Hipossuficiência e vulnerabilidade na teoria geral do direito do trabalho contemporânea**. Revista LTr. 77-03, 2013.
- DWORKIN, Ronald. **El Dominio de la Vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanásia y la libertad individual**. Barcelona: Ariel, 1998.

FOOT, Francisco; LEONARDI, Victor. **História da Indústria e do Trabalho no Brasil**. São Paulo: Globo, 2000.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GOLDIN, Adrian. **Curso de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social**. Buenos Aires: La Ley, 2009.

GOMES, Orlando. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

KLIPPEL, Bruno. **Direito Sumular Esquematizado – TST**. São Paulo: Saraiva, 2011.

LOUREIRO, João Carlos Gonçalves. **O Direito à Identidade Genética do Ser Humano**. Portugal-Brasil, 2000, Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, 2000.

MARANHÃO, Délio. **Direito do Trabalho**. 11. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1983, p. 158.

MARQUES, Cláudia L., MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARQUES, Cláudia L., BENJAMIN, Antônio H., MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de defesa do consumidor**. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARQUES, Cláudia L. **Contratos no Código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MARTIN, Oliver. **L'Organisation Corporative de La France d'Ancien Régime**, 1957.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. São Paulo: Atlas, 2004.

MARTINS, Sergio Pinto. **A continuidade do contrato de trabalho**. São Paulo: Atlas, 2000.

MATIELLO, Fabricio Zamprogna. **Código Civil Comentado**. São Paulo: LTr, 2007.

MELO, Floro de Araújo. **O trabalho de mulher na história**. Rio de Janeiro, 1978.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1997.

MOARES FILHO, Evaristo de; MORAES, Antonio Carlos Flores de. **Introdução ao Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR, 2010, 10ª ed.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2009.

OLIVEIRA, Cinthia Machado de, e DORNELES, Leandro do Amaral D. de. **Direito do Trabalho**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011.

PAPA PAULO VI, **Octagesima adveniens, encíclica e documentos sociais**. Revista LTr, v.1.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Manual de direito do trabalho**. 15. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

PÉLISSER, Jean. **Le Nouveau Droit Du Licenciement**. Paris: Sirey, 1977.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Henrique. **Derechos Humanos. Estado de Derecho y Constitución**. 5ª Ed. Madrid: Tecnos, 1995.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. São Paulo: Saraiva, 1977.

RIBEIRO, Henrique França. **A estabilidade da gestante e a superação da Súmula 244 do TST**. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3344, 27 ago. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/22487>>. Acesso em: 3 nov.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR, 2004.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **Curso de Direito do Trabalho**. Curitiba: Juruá, 2002.

SAAD, Eduardo Gabriel. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2000.

SACHS, Michael. **Verdassungsrecht II – Grundrechte**. Berlin-Heidelberg-New York: Springer – Verlag, 2000.

SANSEERINO, Riva. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1976.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **O direito do trabalho como instrumento de justiça social**. São Paulo: LTR, 2009.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Instituições de direito do trabalho**. São Paulo: LTR, 1999.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Renovar, 2002.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **A prova no processo do trabalho**. São Paulo: LTR, 1997.

