

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

Adriano Marcos Soriano Lopes

Solainy Beltrão dos Santos

Resumo: A garantia provisória de emprego da gestante é um marco constitucional na efetivação do direito fundamental à maternidade. O presente trabalho visa a elucidar se a decisão proferida pelo E. STF no RE n. 629.053/STF, que deu ensejo ao Tema n. 497 da Repercussão Geral, justifica o não reconhecimento da estabilidade gravídica nos contratos com prazo determinado como vêm entendendo as mais recentes decisões da 4ª Turma do C. TST. Para tanto, a partir do método dedutivo, esse estudo analisará o referido direito constitucional, inicialmente, sob a perspectiva da doutrina e da jurisprudência para, posteriormente, abordar a sua aplicação nos contratos a termo. Na sequência, será examinada como é feita a sistematização de teses no rito da repercussão geral e, por fim, verificar-se-á a aplicação do Tema n. 497 do E. STF nos contratos a prazo determinado.

Palavras-chave: Estabilidade provisória. Gestante. Contrato a termo. Tema n. 497 do E. STF.

Abstract: The temporary guarantee of employment of the pregnant woman is a constitutional landmark in the realization of the fundamental right to maternity. The present work aims to elucidate if the rule by E. STF in RE n. 629.053 / STF, which gave rise to Theme n. 497 of the General Repercussion, justifies the failure to recognize pregnancy stability in fixed-term contracts as a buyer, understanding the most recent decisions of the 4th Panel of C. TST. For this scope, using the deductive method, this study will analyze the referred constitutional law, initially, from the perspective of doctrine and jurisprudence to, later, address its application in fixed-term contracts. Then, it will be examined how theses are systematized in the rite of general repercussion and, finally, the application of Theme n. 497 of E. STF in fixed-term contracts.

Keywords: Temporary stability. Pregnant. Forward contract. Theme n. 497 of E. STF.



Adriano Marcos Soriano Lopes

Juiz do Trabalho Substituto no Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Especialista em Ciências do Trabalho pela Faculdade Lions.



Solainy Beltrão dos Santos

Juíza do Trabalho Substituta no Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Especialista em Inovações em Direito Civil e seus Instrumentos de Tutela pela Universidade Anhanguera – Uniderp.

1 INTRODUÇÃO

A garantia provisória de emprego da gestante é assunto de crucial importância para o Direito do Trabalho, na medida em que o seu reconhecimento limita o direito potestativo patronal de rescisão contratual e isso pode implicar em discriminação da mulher no mercado de trabalho.

O escopo do presente estudo é debater se a decisão tomada pelo E. STF no RE n. 629.053/STF, que cristalizou a tese exposta no Tema n. 497 da Repercussão Geral, implica na restrição da estabilidade gravídica a determinada tipologia contratual ou, pelo contrário, se não há qualquer modificação substancial na jurisprudência iterativa das cortes superiores competentes acerca da matéria.

Para tanto, a partir do método lógico-dedutivo, será analisada a estabilidade da gestante nos contratos em geral à luz do tratamento doutrinário e jurisprudencial para, posteriormente, apresentar as nuances da aplicação do instituto nos contratos com prazo determinado em momento anterior à referida decisão do Pretório Excelso.

Em seguida, será examinado doutrinariamente o sistema de formulação de teses no rito da repercussão geral pelo STF e, por fim, se o Tema 497 oferece alguma mudança de paradigma quanto ao reconhecimento da garantia gestacional de emprego nos contratos a termo, como vêm entendendo a 4ª Turma do C. TST.

Destaca-se a necessidade de tal debate, já que o aprofundamento e o esclarecimento da questão de modo acadêmico auxiliam na

pacificação dos conflitos existentes em âmbito judicial, sempre visando à segurança jurídica e ao respeito aos direitos fundamentais.

2 A GARANTIA PROVISÓRIA DE EMPREGO DA GESTANTE NOS CONTRATOS EM GERAL

Os Direitos Sociais visam à concretização da igualdade social e constituem, à luz da Constituição da República de 1988, espécie do gênero Direitos e Garantias Fundamentais, bem como em liberdades positivas, o que quer significar que exigem observância obrigatória em um Estado Social Democrático de Direito, não só pelo Estado, mas também pela própria sociedade.

Demais disso, os Direitos Sociais são normas imperativas e invioláveis, isto é, de ordem pública, tendo por escopo a melhoria das condições de vida dos hipossuficientes, mormente os trabalhadores, como observam J.J Canotilho e Vital Moreira:

(...) a individualização de uma categoria de direitos e garantias dos trabalhadores, ao lado dos de carácter pessoal e político, reveste um particular significado constitucional, do ponto em que ela traduz o abandono de uma concepção tradicional dos direitos, liberdades e garantias como direitos do homem ou do cidadão genéricos e abstractos, fazendo intervir também o trabalhador (exactamente: o trabalhador subordinado) como titular de direitos de igual dignidade.¹

A Constituição da República consagra no artigo 6º a proteção à maternidade, que é

1 CANOTILHO; J.J Gomes; MOREIRA, Vital. Constituição da república portuguesa anotada. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 285.

o tronco jurídico para outros direitos sociais instrumentais, como a licença-maternidade e o direito à segurança no emprego, o qual inclui a estabilidade provisória da gestante.

Ademais, o amparo à maternidade se deve ao compromisso assumido pelo Brasil na seara internacional, a exemplo da Convenção n. 103/1952 da Organização Internacional do Trabalho – OIT, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 20/1965 e incorporada ao ordenamento jurídico pátrio por meio da publicação do Decreto nº 58.820/1966 (revogado pelo Decreto n. 10.088/2019, que consolidou todos os atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal acerca das convenções da Organização Internacional do Trabalho ratificadas pelo Brasil), que veda ao empregador a demissão imotivada ou não comunicada da gestação, dispensando a confirmação da gravidez para efeito dos benefícios decorrentes da maternidade.

A esse respeito, registra Arnaldo Süssekind que:

(...) essas regras cogentes formam a base do contrato de trabalho, uma linha divisória entre a vontade do Estado, manifestada pelos poderes competentes, e a dos contratantes. Estes podem complementar ou suplementar o mínimo de proteção legal; mas sem violar as respectivas normas.²

Por sua vez, o art. 10, II, ‘b’, do ADCT/CRFB veda a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. Tal preceito é de aplicabilidade imediata, direta e

2 SÜSSEKIND, Arnaldo. Comentários a Constituição brasileira. v.1. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989, p. 332.

integral, por se tratar de norma constitucional transitória que materializa o âmbito de proteção do direito fundamental à maternidade e à infância (art. 6º da CFRB), o qual não admite restrições desproporcionais.

Diferentemente do que ocorre com os cipeiros, a doutrina e jurisprudência majoritárias têm entendido que o art. 10, II, “b”, do ADCT/CRFB não regulamenta a dispensa não arbitrária da gestante – tal como prevê o art. 165 da CLT para os cipeiros – ensejando a conclusão de que a gestante não pode ser dispensada ainda que por motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro.

Ainda no que tange à interpretação do dispositivo constitucional encimado, a jurisprudência e doutrina dominantes têm entendido que a confirmação da gravidez deve considerar a data da possível concepção, para que a efetividade prática da garantia da gestante observe o bom senso e a aderência à realidade.

Nesse sentido, Maurício Godinho Delgado versa que:

Em conformidade com a jurisprudência, tal garantia é objetiva, desde a confirmação da gestação — isto é, desde a concepção —, independentemente da ciência do fato pelo empregador e até mesmo pela própria trabalhadora. É irrelevante, ademais, a data de realização do exame laboratorial acerca da gravidez, já que se entende por confirmação a específica concepção, ou seja, a circunstância objetiva que confirma a gravidez. Nesta linha a Súmula 244, I, do TST.³

3 DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019, p. 667.

Essa interpretação decorre da aplicação do princípio do *in dubio pro operario*, já que a expressão ‘confirmação da gravidez’ permite inúmeras interpretações, devendo prevalecer aquela que mais favoreça a empregada, como expõe Carlos Henrique Bezerra Leite:

Exemplifiquemos com a regra contida no art. 10, II, ‘b’, do ADCT, segundo a qual é vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante ‘desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto’.

Ora, a expressão ‘desde a confirmação da gravidez’ comporta pluralidade de interpretações, a saber: ‘desde a comunicação da empregada ao empregador’; ‘desde a apresentação do atestado médico’; ‘desde a data da provável fecundação’ etc. Adotando-se o princípio *in dubio pro operario*, a interpretação da regra que mais protege a empregada gestante é a ‘desde a data da provável fecundação’.⁴

Ademais disso, a estabilidade no emprego transcende o interesse individual da empregada, pois se configura como importante direito social instrumental de dupla função ou de titularidade dupla, a fim de proteger não só a mulher, mas também o nascituro.

Isso porque o fundamento da norma não só é salvaguardar outros direitos sociais da mulher (pleno gozo do direito a licença-maternidade, por exemplo), mas efetivar a integral salvaguarda do recém-nascido, possibilitando a sua convivência harmônica e psicoeconomicamente segura com a mãe nos primeiros meses de vida, consagrada com

4 LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de direito do trabalho. 11. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 138.

absoluta prioridade no artigo 227 da Carta Magna, como dever, inclusive, da sociedade, ou melhor, do empregador. Com efeito, a garantia provisória da gestante no emprego contra a dispensa discriminatória do empregador visa a proteger o instituto da maternidade em sua concepção concreta e abstrata.

Prova maior de que a referida garantia no emprego transcende a figura da própria gestante é a previsão do parágrafo único do art. 391-A da CLT, incluído pela Lei nº 13.509/2017, que garante a estabilidade provisória prevista no art. 10, II, “b”, do ADCT/CRFB ao empregado adotante a quem foi concedida guarda provisória; bem como a LC n. 146/2014, que confere a mesma estabilidade a quem detiver a guarda do filho da gestante, em caso de falecimento desta, como, por exemplo, o pai e, na falta desse, a quem for outorgado pelo juiz.

Da mesma forma, pode-se argumentar que a proteção outrossim excede a figura do nascituro, na medida em que a garantia não está condicionada ao nascimento da criança com vida, aplicando-se aos casos de natimorto, pois tal condição não consta do referido dispositivo legal.⁵

5 I – AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI N.º 13.015/2014. GESTANTE. NATIMORTO. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. Ante a possível violação ao art. 10, II, “b”, da ADCT, deve ser provido o agravo de instrumento. II – RECURSO DE REVISTA. GESTANTE. NATIMORTO. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. A jurisprudência desta Corte entende que a hipótese de natimorto não afasta o direito à estabilidade da gestante prevista no art. 10, II, “b”, da ADCT, uma vez que a norma constitucional não exige o nascimento com vida para a aquisição do referido direito. Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido. [...] (TST, 2ª Turma, RR-41-97.2016.5.12.0049, Rel. Min.: Maria Helena Mallmann, Data de Julgamento: 13/09/2017, DEJT 15/09/2017).

RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO REGIONAL PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. ESTABILIDADE DA GESTANTE. NATIMORTO. I. O art. 10, II, b, do ADCT dispõe

Ressalta-se, por oportuno, que o nascimento sem vida não se trata de aborto, já que nesse último caso a gestação é interrompida até a 23ª semana, nos termos do § 3º do art. 294 da Instrução Normativa INSS/PRES n. 45/2010, e que garante o afastamento remunerado de duas semanas previsto no art. 395 da CLT, caso o ato não seja criminoso.

Sendo assim, em razão da *mens legis* do art. 10, II, “b”, do ADCT/CRFB, não por outra razão, o termo ‘confirmação’ há de ser interpretado teleologicamente, isto é, visando aos fins sociais a que se destina esta espécie de garantia provisória no emprego.

Acerca do instituto, a Súmula n. 244 do C. TST resume a sua aplicação no âmbito trabalhista:

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

.....
que é vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante “desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto”. II. Não há no dispositivo constitucional nenhuma restrição para a hipótese em que o feto tenha nascido sem vida. O requisito objetivo para a aquisição da referida estabilidade provisória é que a concepção ocorra no curso do contrato de trabalho. III. Recurso de revista de que se conhece, por divergência jurisprudencial, e a que se nega provimento. (TST, 4ª Turma, RR-813-46.2013.5.12.0023, Rel. Desembargadora Convocada: Cilene Ferreira Amaro Santos, Data de Julgamento: 19/04/2017, DEJT 28/04/2017).

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.

E, nesse mesmo sentido, aponta Alexandre de Moraes para quem:

O texto constitucional exige como termo inicial para a incidência da proteção constitucional a existência de gravidez. Constatado que houve gravidez antes da dispensa arbitrária, incide a estabilidade. O desconhecimento por parte da gestante, ou a ausência de comunicação, ou ainda, a própria negligência da gestante em juntar uma documentação e mostrar um atestado não pode prejudicá-la e prejudicar o recém-nascido durante aqueles cinco meses, pois a proteção a maternidade, enquanto um direito também individual, é irrenunciável.⁶

Assim, para configurar a efetividade máxima do direito à maternidade e decorrente garantia da estabilidade basta a existência do estado gravídico ao tempo do vínculo empregatício, bem como a solução de continuidade do contrato de trabalho não ocasionada pela empregada, independentemente do conhecimento pelo empregador ou pela própria empregada acerca do estado gravídico, mesmo porque os direitos sociais, e nesse caso, a maternidade, enquanto um direito também individual, são irrenunciáveis, nos termos da OJ 30 da SDC/TST,

6 MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 36. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 448.

senão vejamos:

ESTABILIDADE DA GESTANTE. RENÚNCIA OU TRANSAÇÃO DE DIREITOS CONSTITUCIONAIS. IMPOSSIBILIDADE (republicada em decorrência de erro material) – DEJT divulgado em 19, 20 e 21.09.2011 Nos termos do art. 10, II, “b”, do ADCT, a proteção à maternidade foi erigida à hierarquia constitucional, pois retirou do âmbito do direito potestativo do empregador a possibilidade de despedir arbitrariamente a empregada em estado gravídico. Portanto, a teor do artigo 9º da CLT, torna-se nula de pleno direito a cláusula que estabelece a possibilidade de renúncia ou transação, pela gestante, das garantias referentes à manutenção do emprego e salário.

A notória jurisprudência tanto do E. STF como do C. TST reconhece os direitos da mulher com relação à maternidade e à gestação, consagrando real efetividade à segurança no emprego, que compreende a proteção contra despedida arbitrária ou sem justa causa da gestante, mesmo que no momento da dispensa o empregador não tenha conhecimento do fato, o que indica espécie de responsabilidade patronal pelo fato da gravidez.⁷

7 EMPREGADA GESTANTE – ESTABILIDADE PROVISÓRIA (ADCT, ART. 10, II, “b”) – CONVENÇÃO OIT Nº 103/1952 – PROTEÇÃO À MATERNIDADE E AO NASCITURO – DESNECESSIDADE DE PRÉVIA COMUNICAÇÃO DO ESTADO DE GRAVIDEZ AO EMPREGADOR – ESPECIFICAÇÃO DAS VERBAS RESCISÓRIAS DEVIDAS À EMPREGADA – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS. - O legislador constituinte, consciente das responsabilidades assumidas pelo Estado brasileiro no plano internacional (Convenção OIT nº 103/1952, Artigo VI) e tendo presente a necessidade de dispensar efetiva proteção à maternidade e ao nascituro, estabeleceu, em favor da empregada gestante, expressiva garantia de caráter social, consistente na outorga, a essa trabalhadora, de estabilidade provisória

Alexandre de Moraes bem esclarece as únicas exigências estabelecidas no texto constitucional para fruição da estabilidade pela empregada gestante:

o texto constitucional, portanto, fixa os termos inicial e final, para que não parem dúvidas sobre a excepcionalidade dessa estabilidade, evitando eventuais fraudes, como o início da gestação posterior à dispensa sem justa causa. O que se exige é a presença de um requisito biológico, qual seja, a anterioridade da gravidez à dispensa sem justa causa.⁸

Dessa forma, caso haja dissolução do vínculo empregatício após a confirmação da gravidez a finalidade perscrutada pela garantia da gestante é obstada pelo empregador, atraindo o disposto no art. 129 do CC, por configurar conduta obstativa da garantia de emprego, de modo a prejudicar ou sonegar direitos da empregada.

Além disso, tal conduta patronal faz incidir as normas constitucionais garantidoras da estabilidade provisória da gestante, sob pena de afronta não apenas ao precitado art. 10, II, “b”, do ADCT/CRFB, como também de toda a normatização constitucional voltada para a proteção da maternidade (art. 6º e 7º, XVIII),

(ADCT, art. 10, II, “b”). - A empregada gestante tem direito subjetivo à estabilidade provisória prevista no art. 10, II, “b”, do ADCT/88, bastando, para efeito de acesso a essa inderrogável garantia social de índole constitucional, a confirmação objetiva do estado fisiológico de gravidez, independentemente, quanto a este, de sua prévia comunicação ao empregador, revelando-se írrita, de outro lado e sob tal aspecto, a exigência de notificação à empresa, mesmo quando pactuada em sede de negociação coletiva. Precedentes (AI 448.572-ED/SP, Rel. Min. Celso de Mello).

8 MORAES, Alexandre de. *Op cit.*, p. 119/120.

da família (art. 226), da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e demais dispositivos dirigidos à proteção da saúde pública, direitos de inquestionável indisponibilidade.

Em que pese a doutrina e jurisprudência invocarem como fundamentação para concessão da estabilidade provisória da gestante uma espécie de responsabilidade objetiva, em que a empregada não necessita comprovar a situação de gravidez, registra-se que, não se trata, em verdade, de divisar a dicotomia ínsita à responsabilidade civil (objetiva e subjetiva), como prevista nos arts. 186 e 927 do CC, mas tão somente perceber que a garantia de emprego da gestante está vinculada ao fato da gravidez, sendo irrelevante perquirir acerca da responsabilidade e, por consequência, do ato ilícito, donexo causal e do dano.

Acrescenta-se que o art. 391-A da CLT, introduzido pela Lei n. 12.812/2013, ampliou a garantia provisória do emprego da gestante, malgrado a jurisprudência já se posicionasse da mesma forma.

Não sem razão, essa garantia provisória no emprego também se estende às domésticas, na forma do parágrafo único do art. 25 da LC n. 150/2015, observando que tal direito foi expressamente assegurado à referida categoria profissional a partir da promulgação da Lei n. 11.324/06 ao introduzir o art. 4º-A à Lei n. 5.859/72, conquanto existisse cizânia antiga na jurisprudência acerca da existência dessa estabilidade desde a promulgação da CRFB, como recorda Luciano Martinez:

Destaque-se, por outro lado, que a vantagem passou a ser estendida em favor das empregadas domésticas por força da Lei n. 11.324, de 19 de julho de 2006, compreendida como fonte

mais favorável nos termos do caput do art. 7º da Carta. Antes disso, por uma gélida interpretação sistemática do mesmo art. 7º, I (que gerou a redação do art. 10 do ADCT) e parágrafo único, não era possível falar em estabilidade da gestante para as domésticas. Costumava-se afirmar que a negativa de estabilidade à empregada doméstica baseava-se numa interpretação da letra fria da lei, sem que se percebesse que, sob o ponto de vista objetivo, qualquer gravidez é substancialmente igual à outra. Por isso, todas as gestantes deveriam merecer o mesmo tipo de tratamento e de proteção, ainda que por analogia. Foi necessária a publicação de uma lei para o reconhecimento daquilo que sempre foi extremamente óbvio. Hoje a proteção é indubitosa em decorrência de a EC n. 72/2013 ter estendido o direito contido no art. 7º, I, também aos trabalhadores do lar.⁹

Menciona-se, ademais, que a jurisprudência iterativa do C. TST tem entendido que caso o período de garantia de emprego já tenha se encerrado, é possível a empregada pleitear os consectários da estabilidade, convertendo, necessariamente, a reintegração em indenização substitutiva, afastando a ideia de abuso de direito ou de renúncia ao instituto, nos moldes da OJ 399 da SBDI-I/TST, *ipsis literis*:

ESTABILIDADE PROVISÓRIA. AÇÃO TRABALHISTA AJUIZADA APÓS O TÉRMINO DO PERÍODO DE GARANTIA NO EMPREGO. ABUSO DO EXERCÍCIO DO DIREITO DE AÇÃO. NÃO CONFIGURAÇÃO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. (DEJT divulgado em 02, 03 e

9 MARTINEZ, Luciano. Curso de direito do trabalho. 11ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 1373.

04.08.2010) O ajuizamento de ação trabalhista após decorrido o período de garantia de emprego não configura abuso do exercício do direito de ação, pois este está submetido apenas ao prazo prescricional inscrito no art. 7º, XXIX, da CF/1988, sendo devida a indenização desde a dispensa até a data do término do período estabilitário.

Nesse ínterim, ainda que a trabalhadora não aceite eventual oferta de retorno ao trabalho não representa, de qualquer forma, renúncia à garantia ao emprego, mesmo porque a Corte Trabalhista entende que a indenização não é substitutiva da reintegração, podendo aquela ser pretendida ainda que o período de estabilidade não esteja superado, considerando que a garantia de emprego não está condicionada ao pedido de reintegração, nos termos cristalinos do art. 10, II, 'b', do ADCT/CRFB.

Ad argumentandum, tanto não pode ser renunciada que o pedido de demissão, ou melhor, a comunicação de demissão da gestante deve observar a necessária participação do sindicato da categoria, como exige o art. 500 da CLT.¹⁰

A aplicação do art. 500 da CLT à hipótese de estabilidade provisória da gestante é inexorável, já que esta garantia de emprego, como visto, transcende a proteção da gestante para alcançar a tutela do nascituro e, porque não, da própria maternidade.

Se o art. 500 celetista abarca o vetusto estável decenal, *a fortiori* também deve

10 "O pedido de demissão do empregado estável só será válido quando feito com a assistência do respectivo Sindicato e, se não o houver, perante a autoridade local competente do Ministério do Trabalho e Previdência Social ou da Justiça do Trabalho."

acobertar a gestante, considerando que a garantia de emprego desta transcende a sua própria individualidade, o que motiva a assistência sindical para o caso de comunicação de demissão da empregada.

Em razão do entendimento da jurisprudência de ser irrelevante o conhecimento do estado gravídico, quer pela empregada quer pelo empregador, tal circunstância, da mesma forma que não afasta o direito à estabilidade, também não afasta a necessidade de haver a assistência sindical como requisito de validade da rescisão de contrato de trabalho formalizado com empregada gestante, ainda que por sua iniciativa.

Aliás, os dispositivos celetistas devem ser analisados em consonância com a norma constitucional, já que para uma mesma razão deve haver a mesma interpretação. Se a proteção do empregado estável decenal está em patamar inferior à garantia de emprego da gestante, portanto, deve-se ler o dispositivo celetista de acordo com os escopos do legislador constitucional, que é exatamente assegurar a rede de proteção jurídica ao nascituro e à genitora.

A interpretação de Valentim Carrion é ainda mais abrangente, quando leciona: "*A formalidade se aplica tanto à estabilidade permanente quanto à provisória. O dispositivo pretende evitar a fraude*".¹¹

Desse modo, o art. 500 da CLT exsurge como disposição indissociável de qualquer caso de estabilidade provisória cuja proteção transcende a figura do próprio trabalhador, ou, como prefere Valentim Carrion, em qualquer

11 CARRION, Valentim. Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho. São Paulo: Saraiva, 31ª edição, 2006, p. 413.

caso de estabilidade o dispositivo seria aplicável.

A pretensão do art. 500 da CLT, portanto, é justamente evitar fraudes que afrontem o princípio da continuidade da relação de emprego, especialmente em vista da previsão erigida no artigo 7º, I, da CRFB.

Em arremate, convém destacar que a SBDI-I do C. TST, órgão destinado a dirimir controvérsias na corte máxima trabalhista, também segue o mesmo entendimento.¹²

3 DA GARANTIA DE EMPREGO GESTACIONAL NOS CONTRATOS A TERMO: PANORAMA ANTERIOR AO TEMA N. 497 DO E. STF

O contrato por prazo determinado é o pacto em que se estabelece início e término antecipadamente, encontrando previsão no art. 443, § 1º, da CLT, o qual considera como aquele

cuja vigência dependa de termo prefixado ou da execução de serviços especificados ou, ainda, da realização de certo acontecimento suscetível de previsão aproximada, sendo modalidade de contrato geralmente utilizada em casos de maior fluxo sazonal de trabalho. O tempo de duração deste contrato é combinado entre o trabalhador e o empregador, devendo observar os interregno temporais legalmente previstos.

Os contratos a termo são hipóteses excepcionais de pactuação expressamente previstas no art. 443, § 2º, da CLT e em leis específicas, na medida em que a regra é o entabulamento do contrato sem prazo, a fim de observar a função do Direito do Trabalho, que é aperfeiçoar as condições de pactuação da força de trabalho e não precarizá-las.

Em regra, ao possibilitar um término prévio para o vínculo empregatício, os contratos com prazo determinado inviabilizam a integração do trabalhador na empresa e, por consequência, neutralizam, de certa forma, a aplicação do instituto da estabilidade.

Cabe ponderar que os contratos por tempo determinado não se desconfiguram, em tese, por conta de situações que suscitem estabilidade, uma vez que os empregados, quando contratados mediante essa modalidade de ajuste, já sabem, antecipadamente, qual a data de término do vínculo.

De um modo geral, não é admissível, portanto, que um empregado invoque situação geradora de estabilidade para impedir a extinção de um vínculo contratual cuja data final lhe fora previamente informada ou para estender seus limites temporais.

Foi com base nesse raciocínio que a jurisprudência inicialmente firmada no âmbito da Corte Máxima Trabalhista era no sentido de

12 EMBARGOS COM AGRAVO EM RECURSO DE REVISTA. ESTABILIDADE DA GESTANTE. PEDIDO DE DEMISSÃO. NECESSIDADE DE ASSISTÊNCIA SINDICAL. ART. 500 DA CLT. 1. Hipótese em que a Turma considerou válido o pedido de dispensa sem assistência sindical, por considerar inaplicável à empregada gestante, detentora da estabilidade prevista no art. 10, II, “b”, do ADCT, a norma inserta no art. 500 da CLT. Registrou que “sendo válido o pedido de demissão da Reclamante gestante, é indevida a estabilidade prevista no art. 10, II, “b”, do ADCT, não havendo de se falar, portanto, em violação do art. 500 da CLT – segundo o qual o “pedido de demissão do empregado estável só será válido quando feito com a assistência do respectivo Sindicato e, se não o houver, perante autoridade local competente do Ministério do Trabalho ou da Justiça do Trabalho”, por não se tratar de empregado estável”. 2. Tratando-se de empregada gestante, detentora de estabilidade provisória, a validade do pedido de demissão está condicionada à assistência do respectivo Sindicato ou da autoridade do Ministério do Trabalho, nos termos do artigo 500 da CLT, de modo a afastar qualquer incerteza quanto à vontade livre e consciente do trabalhador de rescindir o seu contrato de trabalho. Decisões de todas as Turmas neste sentido. Recurso de embargos conhecido e provido. (TST, SDI-I, E-ARR – 603-26.2015.5.03.0071, Rel. Min.: Hugo Carlos Scheuermann, Data de Julgamento: 19/10/2017, DEJT 27/10/2017).

inadmitir a estabilidade provisória da gestante em contrato de experiência, nos termos do vetusto item III da Súmula 244 do C. TST, aprovado pela Resolução n. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005:

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

Entretanto, em que pese os contratos a termo parecerem relativizar o instituto da estabilidade da gestante, já que a existência de um termo final induz à ideia de término automático e não arbitrário do contrato de trabalho, não há, em verdade, qualquer incompatibilidade entre os contratos por prazo determinado e a estabilidade provisória da gestante, uma vez que essa garantia de emprego se ajusta aos preceitos constitucionais de tutela da maternidade e do nascituro.

Ilustra tal pensamento as palavras de Maurício Godinho Delgado:

Havendo, desse modo, evidente interesse público com vista às proteções à mãe trabalhadora, sua gestação e parto, além do período inicial da maternidade, interesse público que se estende também à criança nascitura, ganha destaque a garantia constitucional, afastando o óbice criado pela CLT com respeito aos contratos a termo (art. 472, § 2º, CLT) [...] parece-nos irreprimível a tendência ao alargamento da efetividade dos direitos humanos e sociais trabalhistas,

em especial quando possuem matriz na própria Constituição.¹³

É digno de nota que o art. 10, II, 'b', do ADCT/CRFB não especifica a modalidade de contrato de trabalho, o que quer significar que não há diferença entre a rescisão do contrato de trabalho da empregada gestante ocorrer em contrato por prazo determinado ou não.

Considerando esses parâmetros, em 14/7/2012, o Tribunal Pleno e o Órgão Especial do TST aprovaram, por meio Resolução n. 185/2012, DeJT de 25-9-2012, a nova redação do inciso III da Súmula 244, no seguinte sentido: *“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.”*

Ao alterar seu entendimento, o C. TST deixou de priorizar a natureza jurídica interrupta típica do contrato a termo, para valorizar o direito fundamental social da gestante ao pleno emprego, independentemente da forma de pactuação do termo da contratação.

Elucida-se que essa mudança na jurisprudência do C. TST não foi por acaso, pois decorreu de decisões iterativas da Excelsa Corte, como denota Ricardo Resende:

Embora a redação anterior do item III da Súmula 244 do TST fosse expressa no sentido da inaplicabilidade da garantia de emprego à gestante contratada mediante contrato de experiência, o fato é que, influenciadas por julgamentos do STF, no sentido de que

13 DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019, p. 668.

a estabilidade da gestante é objetiva (depende apenas da concepção), várias das Turmas do TST passaram a deferir tal direito à empregada gestante contratada por prazo determinado.¹⁴

Aliás, se o próprio C. TST entende que a garantia de emprego da gestante é irrenunciável, nos termos da OJ 30 da SDC, em razão de tal garantia de emprego exceder à tutela das condições individuais da obreira para abarcar o nascituro e configurar verdadeira higidez à maternidade, como pode a grávida em contrato a termo renunciar a algo, cuja proteção não se lhe cinge?

Mais que isso, a estabilidade da gestante como garantidora das condições plenas da maternidade é norma inerente à saúde da empregada, isto é, norma de ordem pública imantada de indisponibilidade absoluta, que, portanto, não admite renúncia em qualquer modalidade contratual.

Ressalva-se que órgão técnico do Poder Executivo Federal resiste ao reconhecimento da estabilidade da gestante nos contratos com prazo determinado, a exemplo da Nota Técnica n. 70/2013/DMSC/SIT (Secretaria de Inspeção do Trabalho, do MTE), datada de 15 de março de 2013 acerca dos contratos de aprendizagem, publicada posteriormente à Resolução 185/2012 que modificou o item III da Súmula 244 do C. TST, como visto.

Nesse passo, Luciano Martinez enfatiza que o regulamento examina a questão no seguinte sentido:

não há falar-se em estabilidade capaz de dilatar o limite temporal do contrato

14 RESENDE, Ricardo. Direito do trabalho. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020, p. 217/218.

de aprendizagem diante do seu caráter especial, que tem por objeto a formação profissional do aprendiz. Segundo o referido órgão ministerial, não se pode obrigar o empregador a firmar o que seria, na verdade, um novo contrato com regime jurídico diverso da aprendizagem e com objeto diverso (trabalho produtivo em vez de formação profissional).¹⁵

Trilhando o mesmo caminho no intuito de flexibilizar a estabilidade da gestante nos contratos a termo, o próprio C. TST, observando a sistemática dos precedentes judiciais, decidiu, já em novembro de 2019, no IAC n. 5639-31.2013.5.12.0051, no sentido de ser inaplicável ao regime de trabalho temporário regido pela Lei n. 6.019/74 a estabilidade provisória da gestante prevista no art. 10, II, “b”, do ADCT/CRFB.

Cabe ressaltar que o Incidente de Assunção de Competência (IAC), a exemplo das ações de inconstitucionalidade, em controle concentrado, possuem natureza jurídica objetiva, possuindo somente legitimados e não partes em sentido estrito, já que o incidente não visa a tutelar direitos subjetivos e, uma vez instaurado por decisão discricionária do tribunal, tramita no interesse de toda a sociedade nos casos em que há relevante questão de direito e grande repercussão social (art. 947 do CPC).

A finalidade desse instituto é pacificar conflitos sociais a partir da manifestação célere e uniforme do tribunal a respeito de matéria de ampla repercussão social, observando o princípio da segurança jurídica, discutindo o direito em tese, inexistindo litígio em sua

15 MARTINEZ, Luciano. Curso de direito do trabalho. 11ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 545.

acepção técnica, não havendo, portanto, controvérsia em relação a interesse ou situações particulares.

Não é demais lembrar que o incidente de assunção de competência é um subtipo de incidente de resolução de demandas repetitivas, uma vez que, conforme bem definiu Teresa Arruda Wambier:

a assunção, à luz do novo CPC, importa, ao mesmo tempo, em afetação e vinculação. Afetação, pois a tese identificada como relevante pelo relator será apreciada por órgão colegiado soberano e competente consoante o Regimento Interno do Tribunal e vinculação, porque, por regra, a decisão colegiada vinculará os juízes e órgãos fracionários do respectivo tribunal em decisões futuras.¹⁶

Ainda, registre-se que, nos termos do art. 896-C, § 17º, da CLT, aplicável ao IAC, conforme art. 298, § 1º, do RITST, somente caberá revisão da decisão firmada em julgamento de recursos repetitivos quando se alterar a situação econômica, social ou jurídica, caso em que será respeitada a segurança jurídica das relações firmadas sob a égide da decisão anterior, podendo o Tribunal Superior do Trabalho modular os efeitos da decisão que a tenha alterado. Ressaltando, outrossim, que o art. 307 do RITST determina que somente é possível a instauração de incidente de superação e revisão de precedentes firmados em julgamento de demandas repetitivas pelo voto de 2/3 (dois terços) dos membros do colegiado do TST. Isso quer significar que a Corte Máxima Trabalhista

16 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. Breves Comentários ao novo Código de Processo Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p 2.111.

pacificou a tese da inexistência de estabilidade provisória da gestante nos contratos a termo regidos pela Lei n. 6.019/74.

Insta salientar que, no próprio julgamento a decisão majoritária do plenário do C. TST deixou claro o *distinguishing* entre a tese fixada e o enunciado da Súmula 244, III, de sua jurisprudência, no sentido de que no contrato a termo direto (contrato de experiência) existe a expectativa legítima por um contrato duradouro, mas no contrato temporário, que é aplicável em situações excepcionalíssimas, a relação não é direta, mas triangular, não havendo expectativa de continuidade da relação ou mesmo de prestação de serviços com personalidade. A decisão ainda ressalta que, tanto os precedentes que orientaram a redação da Súmula 244, III, do TST, quanto às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, não se atém às particularidades que envolvem o trabalho temporário previsto na Lei n. 6.019/74, não havendo como equipará-lo às demais hipóteses de contratação a termo.

Ademais, esclareceu-se que os precedentes que edificaram o item III da Súmula 244 do C. TST se referiam ao contrato de experiência¹⁷, bem como o entendimento do

17 RR 1601-11-2010.5.09.0068, 1ªT - Min. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho; DJE 09.03.2012/J-29.02.2012 - Decisão unânime; RR 107-20.2011.5.18.0006, 1ªT - Min. Waldir Oliveira da Costa; DJE 16.12.2011/J-07.12.2011 - Decisão unânime; RR 194040-35.2006.5.02.0472, 1ªT - Min. Waldir Oliveira da Costa; DJE 18.06.2010/J-09.06.2010 - Decisão unânime; RR 49800-75.2009.5.02.0462, 3ªT - Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira; DJE 15.06.2012/J-13.06.2012 - Decisão unânime; DJE 27.04.2012/J-18.04.2012 - Decisão por maioria; RR 6605-52.2010.5.12.0001, 4ªT - Min. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho; DJE 11.05.2012/J-09.05.2012 - Decisão unânime; RR 21700-25.2009.5.01.0079, 6ªT - Min. Maurício Godinho Delgado; DJE 13.04.2012/J-08.02.2012 - Decisão unânime; RR 167300-09.2008.5.24.0003, 6ªT - Min. Augusto César Leite de Carvalho; DJE 03.04.2012/J-14.12.2011 - Decisão

E. STF acerca da aplicabilidade da estabilidade provisória versou apenas sobre as contratações precárias da Administração Pública, a exemplo das ocupantes de cargos em comissão (demissíveis *ad nutum*) ou das contratações administrativas em regime emergencial temporário¹⁸ não examinando a questão, portanto, à luz da especificidade da contratação temporária da Lei n. 6.019/74.

Infere-se do julgado que no contrato temporário regido pela Lei n. 6.019/74 a empresa que faz a intermediação é instada a atender às necessidades emergenciais da empresa tomadora, e o empregado é contratado, com registro dessa circunstância nas anotações gerais da CTPS, ressaltando-se que essa situação triangular inviabiliza a aplicação da estabilidade provisória da gestante, porque não haveria como operacionalizar a implementação de tal garantia.

Conquanto seja uma espécie do gênero contrato a termo, o contrato temporário regido pela Lei n. 6.019/74 foi alijado da regra prevista no item III da Súmula 244 do C. TST a partir do referido julgamento, que detém força vinculante aos demais Juízos trabalhistas.

.....
por maioria; RR 62700-90.2009.5.02.0074, 6ªT - Red Min. Augusto César Leite de Carvalho; DJE 08.06.2012/J-09.05.2012 - Decisão por maioria) com exceção do RR 57041-60.2009.5.09.0671, 3ªT - red Min. Horácio Raymundo de Senna Pires.

18 RE 634.093-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, j. 22.11.2011, DJE 07.12.2011; RE 523.572-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, 2ª Turma, j. 06.10.2009, DJE 29.10.2009 RE 234.186, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 5.6.2001. 1ª Turma, DJ de 31.8.2001; RMS 21.328, Rel. Min. Carlos Veloso, julgamento em 11.12.2001. 2ª Turma, DJ de 3.5.2002; RMS 24.263, Rel. Min. Carlos Veloso, julgamento em 1.4.2003. 2ª Turma, DJ de 9.5.2003; RE 287.905, Rel. p/o Acórdão Joaquim Barbosa, julgamento em 28.6.2005. 2ª Turma, DJ de 30.6.2006; RE 600.057-AgR, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 29.9.2009. 2ª Turma, DJE de 23.10.2009; RE 597.989-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 9.11.2010. 1ª Turma, DJE de 29.3.2011.

Distinguiu-se, então, por essência, duas espécies de contratos por prazo determinado, salientando o fato de que, no contrato de experiência, existiria uma real expectativa de continuidade da pactuação ou convolação em contrato por prazo indeterminado, ao passo que o contrato temporário regido pela Lei n. 6.019/74 serviria exatamente para atender a situações excepcionais, de necessidade transitória, quando inexistente qualquer expectativa de continuidade da relação de trabalho, em razão da iminência de extinção dessa mesma necessidade.

Convencionou-se no julgamento que o regime temporário regulamentado pela Lei n. 6.019/74 se distingue das demais hipóteses de contratação a termo em função das particularidades da finalidade deontológica do instituto, que é o atendimento a situações excepcionais (contratação de pessoal regular e permanente ou excesso extraordinário de serviço), o que o incompatibilizaria com as garantias provisórias existentes nos vínculos sem prazo ou mesmo nos contratos de tirocínio.

Nesse sentido, para a Corte Máxima Trabalhista a ocorrência de “dispensa arbitrária ou sem justa causa”, prevista no art. 10, II, “b”, do ADCT/CRFB, pressupõe a iniciativa do empregador, e pode ocorrer nos contratos sem prazo e nos contratos de experiência, já que a presunção de continuidade existe em ambas as hipóteses de contratação, sendo nesse último caso dimensionada pela expectativa de convolação em contrato por prazo indeterminado, o que justificaria a proteção dessas modalidades contratuais contra a extinção do contrato pelo empregador.

Além disso, embora a extinção do contrato temporário possa ocorrer pelo decurso do

prazo legal, como acontece com o contrato de experiência, a diferença restaria no fato de que a Lei n. 6.019/74, com as alterações promovidas pela Lei nº 13.429/2017, estabelece que o trabalhador temporário que laborar pelo prazo máximo legal, incluídas as prorrogações, somente pode ser colocado à disposição do mesmo tomador dos serviços após noventa dias do encerramento do contrato anterior (art. 10, § 5º, da Lei nº 6.019/1974), o que não ocorre com o contrato de tirocínio, que permite a convalidação em contrato sem prazo quando superado o prolongamento. Ademais, os requisitos exigidos pelo referido diploma (necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou acréscimo extraordinário de serviços), pressupõem que a extinção da contratualidade não dependeria de iniciativa do tomador de serviços.

Em suma, extrai-se do julgamento em referência que no contrato temporário regido pela Lei n. 6.019/74 inexistiria qualquer expectativa legítima de que o contrato venha a ser prorrogado ou convolidado em contrato por prazo indeterminado. Isso quer significar que a impossibilidade de prorrogar indefinidamente o contrato temporário instituiria medida legal que objetiva a proteção do próprio trabalhador, na medida em que impede a utilização abusiva do regime pela empresa em detrimento da contratação por prazo indeterminado.

Entende-se, *concessa venia*, que todas as fundamentações já expostas acerca da proteção da gestante nos contratos sem prazo também são aplicáveis aos contratos a prazo, independentemente da modalidade de contratação, não havendo falar em incompatibilidade, na medida em que os requisitos exigidos para a existência da situação

triangular prevista na Lei n. 6.019/74 não afastam a aplicação da estabilidade provisória no contrato existente entre o empregado/prestador de serviço e o empregador/empresa fornecedora de mão de obra, que deveria respeitar o período da garantia de emprego.

Nesse esforço, os julgados mencionados do Excelso Supremo Tribunal Federal fixam 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 CF e do art. 10, II, b, do ADCT, não havendo razão jurídica para a limitação realizada, recordando-se que os direitos fundamentais devem ter interpretação ampla quando disser respeito a proposições que exigem uma postura positiva e protetiva do Estado.

4 AS TESES DA SUPREMA CORTE FIXADAS NO SISTEMA DE REPERCUSSÃO GERAL

A repercussão geral é o pressuposto de transcendência da subjetividade das partes (art. 1035, § 1º, do CPC), isto é, a matéria versada deve superar o interesse dos litigantes, mas isso não quer significar que tal situação abranja situações não julgadas pelo E. STF, sob pena de violação do contraditório e do devido processo legal.

Convém rememorar que a repercussão geral deixou de ser apenas pressuposto de admissibilidade recursal, como existia no sistema do CPC de 1973, para evidenciar técnica de formação de precedentes no CPC de 2015.

Nesse sentido, Cesar Zucatti Pritsch afirma que:

a maior inovação do código quanto ao requisito da repercussão geral, transformando-o de um mero pressuposto de admissibilidade mais rígido (destinado a filtrar o trabalho do STF e focá-lo nas questões mais importantes, mas cujo acórdão ainda era persuasivo), para uma técnica destinada a formar precedentes de aplicação mais ampla e compulsória.¹⁹

De acordo com o art. 927, III c/c inciso II do § 5º do art. 988 do CPC, o acórdão proferido em recurso extraordinário com repercussão geral consiste em precedente vinculante. Já o regime da repercussão geral, por sua vez, nos termos do § 11 do art. 1.035 do CPC/2015, exige que seja fixada uma tese de julgamento, encerrando a fase conclusiva do funcionamento do regime de precedentes, em que o Pretório Excelso se manifesta de forma e clara e objetiva acerca da questão constitucional decidida em repercussão geral. E essa tese de guardar correlação com o objeto de julgamento, nos limites postos pela causa, sob pena de ensejar julgamento extra ou ultra petita, observa sempre a orientação traçada pelo Plenário em cada caso concreto julgado.

A formulação de tese de julgamento advém do fato de que, no sistema de precedentes do CPC de 2015, a explicitação da razão de decidir do julgamento deve conter uma proposição

19 PRITSCH, Cesar Zucatti. Manual de prática dos precedentes no processo civil e do trabalho: atualizado conforme o CPC 2015 e reforma trabalhista. São Paulo: LTr, 2018, p. 240.

clara, facilmente compreensível pelos órgãos judicantes, que são os herdeiros da replicação da tese nos demais casos que abordem a mesma controvérsia. Nesse sentido, é crucial distinguir o que é a parte fulcral do julgamento da repercussão geral para formulação da tese daquilo que figurou como *obiter* ou *gratis dictum*, ou seja, elemento secundário, sem força vinculante, utilizado de forma incidental como simples reforço argumentativo ou analisado para solucionar o caso concreto ilustrando a argumentação.

Na visão de Cesar Zucatti Pritsch:

Ratio decidendi é, ao nosso ver, o conceito mais importante da doutrina de precedentes vinculantes, definidor de toda a sua dinâmica [...] sua correta identificação determina quais padrões decisórios serão obrigatoriamente repetidos no futuro, e quais são meros coadjuvantes na decisão. A limitação da autoridade vinculativa (binding authority) à ratio decidendi é a chave para garantir o equilíbrio entre a estabilidade da jurisprudência e a preservação da independência funcional do juiz, uma das garantias máximas de nossa democracia, evitando que se permita que decisões abstratas e desvinculadas dos casos concretos possam vincular a juízes como se lei fossem. Antes pelo contrário, cabe ao próprio juiz do caso posterior, ao interpretar os precedentes, compreender o alcance de sua proposição jurídica em seu contexto fático, verificando sua compatibilidade com o caso posterior e, portanto, evitando que seja regido por entendimentos excessivamente abrangentes ou abstratos,

inapropriados para os fatos concretos do novo caso.²⁰

Ilustra-se que *ratio decidendi* também é conhecida como *holding* na doutrina e prática do direito norte-americano. Nessa linha, Cesar Zucatti Pritsch a conceitua como:

a solução de uma questão de direito a que chega uma corte baseada nos fatos da controvérsia apresentada. Embora *holding* também possa ser traduzido como decisão, não se confunde com a decisão como um todo – ou sentença, acórdão (*opinion*) – mas apenas com o princípio de direito a ser extraído da opinião (*decisão*) da corte.²¹

Cabe registrar que a necessidade de enunciação da tese da repercussão geral só foi firmada a partir do julgamento do RE 631.389, Rel. Min. Marco Aurélio, em 25.09.2013, bem como no item II da Ata da 12ª Sessão Administrativa de 09/12/2015 do E. STF, que determinou que os ministros encaminhassem as teses das repercussões gerais de recursos extraordinários de sua relatoria.

Não se olvide que a fixação da tese assentada pela Suprema Corte contribui para que o acórdão prolatado afigure atributos de clareza e objetividade quanto à manifestação desejada pelo órgão prolator, afastando-se, com isso, potenciais celeumas na identificação da *ratio decidendi* deduzida dos votos que integraram a maioria formada.

Nas palavras de José Marcos Vieira Rodrigues Filho:

20 PRITSCH, Cesar Zucatti. *Op cit.*, p. 91.

21 PRITSCH, Cesar Zucatti. *Op cit.*, p. 90/91.

A proclamação do *holding*, ao lado do resultado do julgamento do recurso, foi uma expressiva evolução no processo deliberativo da corte, pois, além de incentivar o debate específico sobre a tese jurídica assentada – potencializando a qualidade das deliberações –, permite às partes e às demais instâncias do Judiciário saber o que efetivamente foi decidido pelo colegiado, independentemente do conteúdo da ementa e do voto condutor da maioria, elaborados pelo ministro responsável pela redação do acórdão.²²

A tese, em verdade, representa a racionalização do sistema recursal e observância das diretrizes principiológicas jurídico-constitucionais da segurança jurídica e da isonomia, evitando a fragmentação e a divergência nas decisões judiciais, bem como estimula a eficiência da atividade jurisdicional ao multiplicar o efeito da decisão aos processos cuja matéria tenha sido objeto de tema de repercussão geral, atendendo, assim, à efetivação do princípio da razoável duração do processo e da economia processual.

E para que isso aconteça, há de se observar a eficácia subjetiva da tese de julgamento, ou seja, a fixação da tese deve se ater ao limite da expansão subjetiva e objetiva da causa, o que quer significar que o objeto da ação e da repercussão geral deve se orientar pelo contraditório participativo, restringindo-se aos contornos do caso concreto, não

22 RODRIGUES FILHO, José Marcos Vieira. *Repercussão Geral e Supremo Tribunal Federal: deficiências da modelagem atual e propostas para o aprimoramento do instituto*. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015, p. 139

podendo alcançar interesses que não foram representados no processo, ou melhor, que não foram submetidos ao contraditório.

Com efeito, a incidência da tese encontra limites nos elementos do caso paradigma que foi selecionado para julgamento pelo E. STF no regime da repercussão geral, na medida em que toda a construção jurídica para a resolução do caso enfocou justamente a sua situação específica, assegurando, assim, a legitimação da eficácia expansiva da própria tese a outros processos além daquele em que foi proferida, de modo a atingir o objetivo da sistemática da repercussão geral, que é a equalização das maiores questões constitucionais do país.

Nessa quadratura, a harmonização nuclear dos princípios do contraditório, da ampla defesa e dos limites subjetivos da coisa julgada exige que a tese jurídica fique restrita às circunstâncias e características das partes do processo paradigma, possibilitando que não se atinja de forma indevida a esfera subjetiva de direitos de outrem, que não integraram o caso julgado e em nada se assemelhe à situação jurídica decidida.

Além disso, o alcance da tese também deve observar os limites objetivos postos pela decisão preliminar de existência de repercussão geral, as manifestações das partes, as exposições dos *amici curiae*, bem como os debates públicos acerca da matéria que condicionaram o molde fixado na decisão que reconhece a existência de repercussão geral.

Do que se relatou até aqui se pode dizer que a delimitação da causa de pedir nos processos submetidos ao regime da repercussão geral é de extrema importância para definição da tese de julgamento.

A respeito da conceituação da causa de pedir, José Rogério Cruz e Tucci aduz que

esta “*encerra, pois, um fato ou complexo de fatos necessários e suficiente a esclarecer a razão jurídica da pretensão ou das pretensões do demandante*”²³, observando sua “*dupla finalidade advinda dos fatos que a integram, vale dizer, presta-se, em última análise, a individualizar a demanda e, por via de consequência, para identificar o pedido, inclusive quanto à possibilidade deste*”.²⁴

Já para José Roberto dos Santos Bedaque e José Rogério Cruz e Tucci:

A causa de pedir é constituída pelo conjunto de fatos e de elementos de direito constitutivos das razões da demanda. As razões jurídicas sobre as quais se funda o pedido; os fatos jurídicos alegados como fundamento do direito substancial cujo reconhecimento se pretende. Afirma-se, pois, ser a causa petendi constituída por fatos juridicamente qualificados. É preciso haver identidade entre o suposto fático descrito em abstrato na norma e aquele relatado concretamente. Os fatos dizem respeito à relação jurídica material, quer os constitutivos, quer os contrários ao direito e que tornam necessária a tutela jurisdicional. Identifica-se a matéria fática com a causa de pedir remota. Já a qualificação jurídica dos fatos seria a causa petendi próxima.²⁵

Isso leva a crer que a causa de pedir nada mais é do que a justificativa jurídica para

23 TUCCI, José Rogério Cruz e. A causa petendi no processo civil. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 157.

24 TUCCI, José Rogério Cruz e. Op cit., p. 59.

25 BEDAQUE, José Roberto dos Santos; TUCCI, José Rogério Cruz e (Coordenadores). Causa de Pedir e Pedido no Processo Civil: questões polêmicas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 31.

a postulação do pedido, a fim de delimitar o âmbito da tutela jurisdicional pretendida, na medida em que o julgador não pode decidir com fundamento em fatos não alegados sem oportunizar ao réu elementos para formular sua defesa. Os arts. 141 e 492 do Código de Processo Civil determinam que, em processos subjetivos, nos quais se discutem fatos, a causa de pedir é fechada, isto é, limitada e imodificável, pois imprime a qualificação jurídica do litígio.

O contrário ocorre nas ações de controle concentrado de constitucionalidade, que ostentam causa de pedir aberta, malgrado seja necessário indicar os fundamentos jurídicos do pedido na petição inicial (arts. 3º e 14 da Lei n. 9.868/99), pois nesses casos não há vinculação do E. STF, já que nos processos objetivos há a predominância do interesse público. A causa *petendi* aberta é, pois, a possibilidade de a Suprema Corte decidir acerca da constitucionalidade ou não de lei ou ato normativo sem se vincular aos fundamentos erigidos na petição inicial, pois sua cognição é ampla e livre, abrangendo todo texto constitucional.

Elucida a questão Juliano Taveira Bernardes para quem:

no processo objetivo, só precisa existir correlação entre decisão e o pedido. O órgão controlador dispõe de poderes inquisitórios que lhe concedem ampla liberdade para exercer juízo de valor acerca da norma examinada com base na integralidade do parâmetro utilizável.²⁶

Pondera-se que o ordenamento jurídico

26 BERNARDES, Juliano Taveira. Controle Abstrato de Constitucionalidade. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 436.

nada dispõe acerca da causa *petendi* aberta, tampouco o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, mas tal técnica se infere da doutrina e jurisprudência pátrias, que a admitem como relevante instrumento para viabilizar o controle de constitucionalidade concentrado e a garantia da guarda do interesse público.²⁷

No mesmo sentido preceitua Alexandre de Moraes:

Importantíssimo ressaltar que o Supremo Tribunal Federal fica condicionado ao pedido, porém não à causa de pedir, ou seja, analisará a constitucionalidade dos dispositivos legais apontados pelo autor, porém poderá declará-los

27 EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE: ART. 24 DA LEI FEDERAL Nº 9.651, DE 27.05.1998, QUE VEDA, AOS SERVIDORES OCUPANTES DAS CARREIRAS E CARGOS REFERIDOS NOS ARTIGOS 1º E 14, EXERCER ADVOCACIA FORA DAS ATRIBUIÇÕES INSTITUCIONAIS. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AOS ARTS. 62, 68, §1º, II, 5º, XIII, 60, §4º, IV, 131, 5º, II E XXXVI, E AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE. MEDIDA CAUTELAR. 1. A norma impugnada na presente Ação já teve sua suspensão cautelar indeferida por esta Corte, na ADI nº 1.754-9-DF, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, quando integrava a Medida Provisória nº 1.587-4, de 12.12.1997, depois convertida na referida Lei nº 9.651, de 27.05.1998. 2. É da jurisprudência do Plenário, o entendimento de que, na Ação Direta de Inconstitucionalidade, seu julgamento independe da "causa petendi" formulada na inicial, ou seja, dos fundamentos jurídicos nela deduzidos, pois, havendo, nesse processo objetivo, argüição de inconstitucionalidade, a Corte deve considerá-la sob todos os aspectos em face da Constituição e não apenas diante daqueles focalizados pelo autor. 3. É de se presumir, então, que, no precedente, ao menos implicitamente, hajam sido considerados quaisquer fundamentos para eventual argüição de inconstitucionalidade, inclusive os apresentados na inicial da presente Ação. 4. Sendo assim, está prejudicado o requerimento de medida cautelar, já indeferida, por maioria de votos, pelo Tribunal, no precedente referido. (ADI-MC 1.896/DF, Relator: Ministro Sydney Sanches, DJ 28/05/1999).

inconstitucionais por fundamentação jurídica diferenciada, pois, tal como o Bundesverfassungsgericht, não está adstrito aos fundamentos pelo autor, podendo declará-la por diversos dos da inicial.²⁸

Assim, a decisão proferida pela Corte não pode ser revalidada diante da abertura da causa de pedir, tornando mais complexa a função do julgador. Isso porque, Segundo Alexandre de Moraes, ao julgar a constitucionalidade de uma lei ou ato normativo:

(...) não há possibilidade de nova análise contestatória da matéria, sob a alegação de novos argumentos que ensejariam uma nova interpretação no sentido sua inconstitucionalidade. Ressalta-se, que o motivo impeditivo dessa nova análise decorre do fato do Supremo Tribunal Federal, como já visto anteriormente, quando analisada concentradamente a constitucionalidade das leis e atos normativos, não estar vinculado a causa de pedir, tendo, pois, examinado a matéria e esgotado todos os seus aspectos constitucionais.²⁹

Nessa linha, a adoção da causa de pedir aberta na análise da (in)constitucionalidade de uma norma se sustenta pelo fato de que o sistema jurídico deve ser eficiente, íntegro e orgânico, de modo que se não houver qualquer mudança na Constituição da República ou das circunstâncias fáticas ou, ainda, das concepções jurídicas dominantes, supõe inexistir qualquer margem para uma nova análise de adequação normativa, a bem do interesse público e da

28 MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 36. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 680.

29 MORAES, Alexandre de. Op cit., p. 681.

segurança jurídica. Desse modo, o Supremo Tribunal Federal só poderá voltar a examinar o tema em uma nova demanda se utilizar parâmetros diversos dos olvidados no julgamento anterior.

Nos dizeres de Lênio Streck:

(...) não há, pois, um caráter absoluto na decisão que declara, de forma direta ou indireta, a constitucionalidade de um normativo, uma vez que a mutação do contexto social-histórico pode acarretar uma interpretação. Por isso, a hermenêutica de matriz fenomenológica pode contribuir para a elucidação dessa problemática, uma vez que o processo de interpretação é sempre produtivo (Sinngabung), e não meramente reprodutivo (Auslegung). Uma lei pode ser constitucional em um dado momento histórico e inconstitucional em outro.³⁰

Repise-se, por oportuno, que a figura da causa de pedir aberta é uma construção jurisprudencial e doutrinária, não encontrando previsão expressa no ordenamento jurídico, o que quer significar que tal sistemática absorve ingerências do Pretório Excelso quanto ao seu próprio significado e aplicação, seja pelas mudanças jurídicas, fáticas ou de valores ao confrontar o princípio da segurança jurídica e a liberdade de argumentação e defesa.

No caso do recurso extraordinário, a causa de pedir abrange os fundamentos de fato da causa, que envolve o contexto concreto orientador do julgamento, bem como os fundamentos jurídicos, que nada mais é do que a interpretação jurídica do caso, que não

30 STRECK, Lênio. Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 439.

se confunde com os fundamentos ou as teses aviadas no recurso. Nesse ínterim, pode o órgão julgador, ao analisar a (in)constitucionalidade por via difusa examinar a questão por um fundamento diverso do que foi invocado pelos litigantes, havendo, desse modo, abertura na análise dos fundamentos do recurso e não na causa de pedir propriamente dita, desde que, claro, tenha se observado o prequestionamento, ou seja, quando a questão constitucional haja sido decidida pelo tribunal *a quo*.

Cabe salientar que essa tendência de objetivação do recurso extraordinário ou não-estrita subjetivação que relega o caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesse das partes, para assumir a função de defesa da ordem constitucional objetiva aplica-se tão somente ao pronunciamento de (in) constitucionalidade de norma jurídica.

5 DA APLICABILIDADE DO TEMA 497/STF AOS CONTRATOS A TERMO

O RE n. 629.053/STF, com repercussão geral, que petrificou o tema 497/STF discutia se é aplicável a estabilidade à empregada gestante, conferida pelo art. 10, II, “b”, do ADCT, na hipótese em que a gravidez não é do conhecimento do empregador ou mesmo da empregada, servindo de substrato da causa o fato de que o contrato de trabalho era a prazo indeterminado, ou seja, sem prazo.

Como visto, o E. STF exige apenas a existência de gravidez durante a contratualidade para fazer incidir a garantia de emprego do art. 10, II, “b”, do ADCT/CRFB, não se exigindo qualquer outro requisito.³¹

31 AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ESTABILIDADE DE GESTANTE. ART. 10,

Nesse tom, os precedentes da Excelsa Corte acerca da existência de estabilidade da gestante nos contratos a termo caminham em direção diametralmente oposta das mais recentes decisões da 4ª Turma da Colenda Corte Trabalhista, sendo legítimo representante desse entendimento o seguinte julgado turmário:

RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELA RECLAMANTE. ACÓRDÃO REGIONAL PUBLICADO NA VIGÊNCIA DAS LEIS Nºs 13.015/2014 E 13.467/2017. DESPACHO DE ADMISSIBILIDADE PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 40/2016. 1. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. CONTRATO POR PRAZO DETERMINADO. GRAVIDEZ NO CURSO DO CONTRATO POR PRAZO DETERMINADO. SÚMULA Nº 244, III, DO TST. TEMA 497 DA REPERCUSSÃO GERAL DO STF. EFEITO VINCULANTE E EFICÁCIA ERGA OMNES. APLICAÇÃO OBRIGATÓRIA DA TESE ATÉ A ESTABILIZAÇÃO DA COISA JULGADA (TEMA 360 DA REPERCUSSÃO GERAL). AUSENTE A TRANSCENDÊNCIA DA CAUSA I. Segundo o entendimento consagrado no item III da Súmula nº 244 do TST, “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”. Sobre o tema, a jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que a circunstância de ter sido a empregada admitida mediante contrato de aprendizagem,

.....
II, B, DO ADCT. Ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal têm entendimento no sentido de que basta a confirmação da condição de gestante para o implemento da estabilidade provisória. Agravo regimental a que se nega provimento. (AI-AgR 277.381/SC, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJ 22.09.2006)

por prazo determinado, não constitui impedimento para que se reconheça a estabilidade provisória de que trata o art. 10, II, “b”, do ADCT. II. A discussão quanto ao direito à estabilidade provisória à gestante contratada por prazo determinado, na modalidade de contrato de aprendizagem, encontra-se superada em virtude da tese firmada pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do RE 629.053/SP, em 10/10/2018, com a seguinte redação: A incidência da estabilidade prevista no art. 10, inc. II, do ADCT, somente exige a anterioridade da gravidez à dispensa sem justa causa. III. A decisão do Supremo Tribunal Federal no Tema 497 é de clareza ofuscante quanto elege como pressupostos da estabilidade da gestante (1) a anterioridade do fator biológico da gravidez à terminação do contrato e (2) dispensa sem justa causa, ou seja, afastando a estabilidade das outras formas de terminação do contrato de trabalho. Resta evidente que o STF optou por proteger a empregada grávida contra a dispensa sem justa causa – como ato de vontade do empregador de rescindir o contrato sem imputação de justa causa à empregada -, excluindo outras formas de terminação do contrato, como pedido de demissão, a dispensa por justa causa, a terminação do contrato por prazo determinado, entre outras. IV. O conceito de estabilidade, tão festejado nos fundamentos do julgamento do Tema 497 da repercussão geral, diz respeito à impossibilidade de terminação do contrato de trabalho por ato imotivado do empregador, não afastando que o contrato termine por outras causas, nas quais há manifestação de vontade do empregado, como no caso do pedido de demissão (a manifestação de vontade se dá no fim do contrato) ou

nos contratos por prazo determinado e no contrato de trabalho temporário (a manifestação de vontade do empregado já ocorreu no início do contrato). Assim, na hipótese de admissão mediante contrato por prazo determinado, não há direito à garantia provisória de emprego prevista no art. 10, inciso II, alínea “b”, do ADCT. Superação do item III da Súmula 244 do TST pelo advento da tese do Tema 497 da repercussão geral do Supremo Tribunal Federal, em julgamento realizado no RE 629.053, na Sessão Plenária de 10/10/2018. V. A tese fixada pelo Plenário do STF, em sistemática de repercussão geral, deve ser aplicada pelos demais órgãos do Poder Judiciário até a estabilização da coisa julgada, sob pena de formação de coisa julgada inconstitucional (vício qualificado de inconstitucionalidade), passível de ter sua exigibilidade contestada na fase de execução (CPC, art. 525, § 1º, III), conforme Tema 360 da repercussão geral. VI. Estando a decisão proferida pela Corte Regional em conformidade com a tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal no Tema 497 da tabela de repercussão geral, afasta-se transcendência da causa. VII. Recurso de revista de que não se conhece. (TST, TST-RR-1001345-83.2017.5.02.0041, 4ª Turma, Relator Alexandre Luiz Ramos, DJe em 27.11.2020)

Impende acrescentar que o art. 10, II, ‘b’, do ADCT/CRFB não exaure as limitações à rescisão contratual da grávida com garantia de emprego, pois este dispositivo, decorrente do art. 7º, I, da CRFB, deve ser interpretado em consonância com o caput do mesmo art. 7º, que dispõe: *“São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:”*

A respeito da interpretação dada pelo E. STF à estabilidade da gestante no processo que ensejou a cristalização do Tema 497, Adriana Calvo esclarece:

No julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 629.053, com repercussão geral reconhecida, o colegiado seguiu o voto do Min. Alexandre de Moraes, segundo o qual o relevante é a data biológica de existência da gravidez, e não sua comunicação ao empregador.

Segundo o voto do Min. Alexandre de Moraes, que abriu a divergência em relação ao voto do Min. Marco Aurélio (relator), a comunicação formal ou informal ao empregador não é necessária, uma vez que se trata de um direito instrumental para a proteção à maternidade e contra a dispensa da gestante e que tem como titulares a empregada e a criança. “O que o texto constitucional coloca como termo inicial é a gravidez. Constatado que esta ocorreu antes da dispensa arbitrária, incide a estabilidade”, afirmou.

Segundo ele, a comprovação pode ser posterior, mas o que importa é se a empregada estava ou não grávida antes da dispensa para que incida a proteção e a efetividade máxima do direito à maternidade. O desconhecimento por parte da trabalhadora ou a ausência de comunicação, destacou o Ministro, não pode prejudicar a gestante, uma vez que a proteção à maternidade, como direito individual, é irrenunciável. Ele ressaltou que, no caso dos autos, não se discute que houve a gravidez anterior à dispensa, mas sim que era desconhecida também da gestante e que foi avisada ao empregador após a dispensa. Ficou vencido o relator, Min. Marco Aurélio, para quem a estabilidade era válida desde que o

empregador tivesse ciência da gravidez em momento anterior ao da dispensa imotivada. A tese de repercussão geral proposta pelo Min. Alexandre de Moraes e aprovada pelo Plenário foi a seguinte: “A incidência da estabilidade prevista no art. 10, inciso II, alínea ‘b’, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), somente exige a anterioridade da gravidez à dispensa sem justa causa.”³²

À luz desse prisma, a justificativa da Resolução n. 185/2002, que alterou o item III da Súmula 244 do C. TST continua hígida, na medida em que a modificação do enunciado pela comissão de jurisprudência do TST se deu em razão do entendimento de que as garantias à gestante não devem ser limitadas em razão da natureza da modalidade contratual e que o alvo da proteção conferida pela Constituição da República é também o nascituro, bem como os princípios da isonomia, da garantia na dignidade da pessoa humana e de proteção à maternidade.

Nesse panorama, não há justificativa para a modificação da jurisprudência do C. TST pela decisão do E. STF no Tema 497, não sendo caso de *overruling* ou superação. Esse instituto é mencionado no art. 927, § 4º, do CPC, sendo conceituado por Cesar Zucatti Pritsch como:

o abandono de um determinado entendimento pela corte que o prolatou ou adoção de entendimento contrário por corte hierarquicamente superior, uma espécie de revogação do feito precedencial de determinado caso, entendendo-se que, para um caso

32 CALVO, Adriana. **Manual de direito do trabalho**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 404/405.

com os mesmos fatos, a solução dada no precedente não é mais apropriada.³³

Ademais, na seara trabalhista o art. 896-C, § 17, da CLT traz nuances relevantes para aplicação do *overruling* em análise sistemática com o CPC, aludindo que a tese firmada em julgamento de recursos repetitivos para ser superada pela própria Corte que a prolatou depende de fundamentação adequada e específica quanto à alteração econômica, social ou jurídica. É justamente por isso que deve ser evitado que seja feita a superação do precedente pelo próprio Juízo que o proferiu, na medida em que os tribunais devem zelar pela estabilidade e previsibilidade do direito, sob pena de esvaziar a credibilidade e utilidade dos precedentes enquanto fatores de pacificação social e segurança jurídica.

No mesmo sentido é a advertência de Cesar Zucatti Pritsch:

É em tal sentido a norma incorporada ao CPC de 2015, que em seu art. 926 diz que ‘os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente’. Ademais, o art. 927 exemplifica o cuidado com o qual se deve cogitar de alterações de precedentes, podendo em alguns casos serem tais alterações precedidas de audiências públicas, com intervenção de *amici curiae* (§2º), autorizando a modulação de efeitos para a alteração da jurisprudência dominante dos tribunais superiores ou oriunda de casos repetitivos dos demais tribunais (§3º), bem como exigindo, para que

33 PRITSCH, Cesar Zucatti. Manual de prática dos precedentes no processo civil e do trabalho: atualizado conforme o CPC 2015 e reforma trabalhista. São Paulo: LTr, 2018, p. 116.

se modifique súmula, jurisprudência pacificada ou de tese adotada em casos repetitivos.³⁴

Desse modo, a tese fixada pela Suprema Corte não afasta a estabilidade nos contratos a termo, mesmo porque tal matéria não foi objeto do RE 629.053/SP. Repiso que a interpretação da tese deve ser conjugada com o contexto que firmou o precedente, não sendo aplicável a hipóteses não versadas no processo. Portanto, não há superação do item III da Súmula 244 do C. TST pela Tese 497 do E. STF.

Não é demais lembrar que a *ratio decidendi* ou *holding* exige a aplicação do mesmo fundamento determinado do precedente desde que se trate de idêntica situação fática ou análoga, o que não é o caso. Convém elucidar que a aplicação analógica ocorre quando os fatos são diversos, mas suficientemente similares sob a ótica jurídica a ponto de justificar a aplicação do precedente.

O mesmo entendimento é perfilhado por Cesar Zucatti Pritsch:

a aplicação de um precedente por analogia segue um conceito residual: aqueles casos que não tiverem suficiente similaridade relevante para que seus fatos sejam considerados os mesmos que os do precedente [...] terão seu conjunto de fatos diversos comparados com os do precedente, buscando similaridade e dissimilaridades para fins de ensejar a aplicação analógica ou a distinção. O raciocínio analógico é aquele que justifica o resultado através de comparações fáticas entre o caso atual e o precedente, devendo

34 PRITSCH, Cesar Zucatti. Op cit., p. 117/118.

as similaridades fáticas ensejarem resultado similar.³⁵

Registra-se que a diferença entre a aplicabilidade em situação idêntica ou análoga se dá em razão do grau de vinculação do precedente, esclarecendo Cesar Zucatti Pritsch que *“a aplicação de um precedente vinculante que ‘controla’ diretamente o caso atual é obrigatória, enquanto que a aplicação por analogia, considerada como uma extensão do precedente para um caso originalmente não abrangido, é facultativa ou persuasiva”*.³⁶

Nesse passo, o argumento da objetivação do Recurso Extraordinário não justifica a mudança do entendimento da Corte Máxima Trabalhista, já que o próprio E. STF, por inúmeras vezes, já se manifestou no sentido de que a decisão em Recurso Extraordinário não é automaticamente *erga omnes*, dependendo sempre de decisão específica da Corte, que tem limitado essa objetivação às declarações de (in) constitucionalidade em controle difuso e não a qualquer tipo de matéria decidida.

Caso clássico em que o E. STF limitou a aplicação de sua decisão na sistemática da Repercussão Geral ocorreu nos Embargos de Declaração no RE 589.998/RJ, em que a Suprema Corte decidiu fixar tese jurídica acerca da necessidade de motivação da dispensa apenas aos Correios e não a toda e qualquer entidade da administração pública indireta.

Em verdade, como dito, essa é grande diferença entre as ações de controle de constitucionalidade, que são objetivas,

35 PRITSCH, Cesar Zucatti. Op cit., p. 119.

36 Op cit., p. 120.

desprovidas de partes e analisam abstratamente a norma jurídica, e as demais ações, em que impera a subjetividade, não podendo nessas ser menosprezado os estritos limites da pretensão da causa, o que inclui pedido e causa de pedir, sob pena de ensejar ultra ou extra petição.

A bem da verdade, há verdadeiro *distinguishing* entre a situação decidida pelo E. STF no processo que engendrou o Tema n. 497 e a garantia de emprego da gestante nos contratos a termo, já que esta modalidade contratual não foi retratada no julgamento.

O *distinguishing* ou distinção é instituto não regulado pelo ordenamento jurídico, mas tão só mencionado no art. 489, § 1º, VI, do CPC, aplicável ao processo do trabalho, por força do art. 769 da CLT. A distinção incide quando o precedente não pode ser aplicado nem analogicamente, isto é, quando existe real dessemelhança entre as questões juridicamente relevantes dos fatos materiais ou necessários que exige uma resolução distinta da do precedente.

Ainda que se entenda pela aplicação analógica do Tema 497 aos contratos a termo deve ser considerado que tal se dá por analogia, pois o E. STF não analisou de forma direta essa situação. E, nesses casos, o precedente não é de aplicação obrigatória, mas facultativa ou persuasiva, como visto.

Urge acrescentar que as demais turmas do C. TST ainda perfilham o entendimento já explanado no presente artigo, reconhecendo que o Tema n. 497 da Repercussão Geral não afasta a garantia provisória da gestante nos contratos a termo, o que incita a manifestação da SBDI-I/TST para pacificar a matéria no âmbito da Colenda Corte.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A estabilidade gravídica constitucionalmente garantida é direito não só da gestante, mas também do nascituro, no sentido de assegurar o exercício do direito à maternidade, devendo se aplicar em qualquer modalidade contratual, na medida que a garantia não pode se limitar à tipologia do contrato, sob pena de violar direitos fundamentais básicos vinculados à igualdade e à dignidade gestacional.

A garantia provisória de emprego da gestante exige apenas dois requisitos: dispensa imotivada e concepção durante o curso do contrato, conforme interpretação do E. STF ao art. 10, II, "b", da CRFB exposta no Tema n. 497 da Repercussão Geral.

Considerando a referida tese estabelecida no RE n. 629.053/STF, não há justificativa para afastar a aplicação da estabilidade da gestante nos contratos a termo, na medida em que a *ratio decidendi* não contrapõe a jurisprudência iterativa tanto do Pretório Excelso como da Máxima Corte Trabalhista.

REFERÊNCIAS

BEDAQUE, José Roberto dos Santos; TUCCI, José Rogério Cruz e (Coordenadores). **Causa de Pedir e Pedido no Processo Civil: questões polêmicas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

BERNARDES, Juliano Taveira. **Controle Abstrato de Constitucionalidade**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília:

Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.html. Acesso em: 21 mar. 2021.

_____. **Decreto nº 10.088, de 5 de novembro de 2019**. Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho - OIT ratificadas pela República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.html. Acesso em: 18 mar. 2021.

_____. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.html. Acesso em: 20 mar. 2021.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 15 mar. 2021.

_____. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 10 mar. 2021.

_____. **Instrução Normativa INSS/PRES Nº 45, de 6 de agosto de 2010**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, DF, 11 ago. 2010, Seção 1. Disponível em:

http://www.uff.br/sites/default/files/servicos/legislacao/instrucao_normativa_inss_pres_no_45_de_6_de_agosto_de_2010_-_dou_de_11_08_2010_-_alterada.pdf. Acesso em: 18 mar. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. STF. **ADI-MC 1.896-8/DF**. Data de Julgamento: 18/02/1999, Relator: Ministro Sydney Sanches, Tribunal Pleno, Data da Publicação: 28/05/1999. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347316>. Acesso: em 13 mar. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. STF. **AI 448.572-ED/SP**. Data de Julgamento: 30/11/2010, Relator: Celso de Mello, 2ª Turma, Data da Publicação: 16/12/2010. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22AI%20448572%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso: em 13 mar. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. STF. **AI-AgR 277.381/SC**. Data de Julgamento: 08/08/2006, Relator: Joaquim Barbosa, 2ª Turma, Data da Publicação: 22/09/2006. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22AI%20277381%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso: em 13 mar. 2021.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Orientação Jurisprudencial n. 30 da Seção de Dissídios Coletivos**. ESTABILIDADE DA

GESTANTE. RENÚNCIA OU TRANSAÇÃO DE DIREITOS CONSTITUCIONAIS. IMPOSSIBILIDADE. (república em decorrência de erro material) - DEJT divulgado em 19, 20 e 21.09.2011. Disponível em: https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SDC/n_bol_21.html#TEMA30. Acesso em: 13 mar. 2021.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Regimento Interno**. Diário eletrônico da Justiça do Trabalho n. 2360/2017 (DEJT). Data da disponibilização: 24/11/2017. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/documents/10157/2374827/Novo+Regimento+Interno.pdf/40430142-bcd9-cccd-8d28-571d94a966ea>. Acesso em: 07 mar. 2021.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula n. 244**. GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA (redação do item III alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012. Disponível em: https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_201_250.html. Acesso em: 13 mar. 2021.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **TST. E-ARR – 603-26.2015.5.03.0071**, - Data de Julgamento: 19/10/2017, Relator Ministro Hugo Carlos Scheuermann, Subseção I de Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 27/10/2017. Disponível em: file:///C:/Users/notebook/AppData/Local/Temp/Ag-E-E-ARR-603-26_2015_5_03_0071-1.pdf. Acesso em: 15. mar. 2021.

_____. Tribunal Superior do Trabalho.

TST. E-RR - 657786-93.2000.5.02.5555, - Data de Julgamento: 10/05/2004, Relator Ministro Milton de Moura França, Subseção Especializada I de Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 09/07/2004. Disponível em: <https://jurisprudencia.tst.jus.br/#2b6af3823ad8a60ed96288927051f7f1>. Acesso em: 15. mar. 2021.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **TST. IAC-5639-31.2013.5.12.0051**, - Data de Julgamento: 18/11/2019, Relatora Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DEJT 29/07/2020. Disponível em: aplicacao5.tst.jus.br/consultaDocumento/acordao.do?anoProclnt=2015&numProclnt=36683&dtaPublicacaoStr=29/07/2020%2007:00:00&nia=7423145. Acesso em: 12. mar. 2021.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **TST. RR-41-97.2016.5.12.0049** - Data de Julgamento: 13/09/2017, Relator: Ministra Maria Helena Mallmann, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 15/09/2017. Disponível em: file:///C:/Users/notebook/AppData/Local/Temp/RR-41-97_2016_5_12_0049.pdf. Acesso em: 16. mar. 2021.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **TST. RR-813-46.2013.5.12.0023** - Data de Julgamento: 19/04/2017, Relatora Desembargadora Convocada Cilene Ferreira Amaro Santos, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 28/04/2017. Disponível em: file:///C:/Users/notebook/AppData/Local/Temp/RR-813-46_2013_5_12_0023.pdf. Acesso em: 6. mar. 2021.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **TST. RR-1001345-83.2017.5.02.0041**, - Data de Julgamento: 24/11/2017, Relator Ministro Alexandre Luiz Ramos, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 27/11/2020. Disponível em: file:///C:/Users/notebook/AppData/Local/Temp/Ag-E-E-ARR-603-26_2015_5_03_0071-1.pdf. Acesso em: 15. mar. 2021.

CALVO, Adriana. **Manual de direito do trabalho**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

CANOTILHO; J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da república portuguesa anotada**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

CARRION, Valentin. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 31ª edição, 2006.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores**. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 36. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **Convenção n. 103: Amparo**

à **maternidade**. Aprovada na 35ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho (Genebra — 1952). Disponível em:

https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_235193/lang--pt/index.htm. Acesso em: 20 mar. 2021.

PRITSCH, Cesar Zucatti. **Manual de prática dos precedentes no processo civil e do trabalho: atualizado conforme o CPC 2015 e reforma trabalhista**. São Paulo: LTr, 2018.

RESENDE, Ricardo. **Direito do trabalho**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020.

RODRIGUES FILHO, José Marcos Vieira. **Repercussão Geral e Supremo Tribunal Federal: deficiências da modelagem atual e propostas para o aprimoramento do instituto**. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Comentários a Constituição brasileira**. v.1. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989.

STRECK, Lênio. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **A causa petendi no processo civil**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. **Breves Comentários ao novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.