

A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL NAS DECISÕES DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO NO INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA Nº. 2 E NO RECURSO DE REVISTA Nº. 1001345-83.2017.5.02.0041

Ilton Gárcia da Costa¹

Marcos Paulo dos Santos Bahig Merheb²

Resumo: O princípio da proibição do retrocesso social representa garantia à sociedade, para que leis e decisões administrativas ou judiciais não suprimam direitos conquistados. O Poder Judiciário e demais Poderes devem respeitar referido princípio, evitando decisões contrárias a entendimentos solidificados. Entre os entendimentos solidificados, cita-se o direito à estabilidade provisória da empregada gestante nos contratos de trabalho por prazo determinado, objeto da súmula nº. 244 do Tribunal Superior do Trabalho, violada nas decisões do Incidente de Assunção de Competência nº. 2 e no Recurso de Revista n. 1001345-83.2017.5.02.0041.

Palavras-Chave: Princípio; Retrocesso Social; Empregada Gestante; Prazo Determinado; Tribunal Superior do Trabalho.

THE PROHIBITION OF SOCIAL RETROCESS IN THE DECISIONS OF THE HIGHER COURT OF LABOR IN THE INCIDENT OF COMPETENCE ASSUMPTION Nº. 2 AND IN THE APPEAL Nº. 1001345-83.2017.5.02.0041

¹ Doutor e Mestre pela PUC-SP. Professor do programa de pós-graduação da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP.

² Mestre em ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP.

Abstract: The principle of prohibition of social setback represents a guarantee to society, so that laws and administrative or judicial decisions do not suppress conquered rights. The Judiciary and other Powers must respect this principle, avoiding decisions contrary to solidified understandings. Among the solidified understandings, mention is made of the right to provisional stability of the pregnant employee in the employment contracts for a specific period, which is the subject of summary no. 244 of the Superior Labor Court, violated in the decisions of the Assumption of Competence Incident no. 2 and in the Journal Resource n. 1001345-83.2017.5.02.0041.

Keywords: Principle; Social setback; Pregnant employee; Determined deadline; Superior Labor Court

1. INTRODUÇÃO



mbora silente o ordenamento jurídico brasileiro, é possível reconhecer o princípio da proibição do não retrocesso social para garantir a segurança jurídica e a proteção contra a não supressão dos direitos conquistados. Isso porque a doutrina e a jurisprudência é farta em reconhecer o princípio da proibição do não retrocesso social, ainda que sem previsão legal, como garantia do cidadão na defesa dos direitos fundamentais, entre os quais se incluem os direitos sociais, posto que a Constituição Federal de 1988 trouxe inúmeros programas, objetivos e direitos sociais que não podem ser suprimidos.

Além das previsões constitucionais, o princípio da proibição do retrocesso social também deve ser aplicado quando novos direitos são estabelecidos no ordenamento jurídico, seja mediante decisão judicial, seja no âmbito legislativo ou no executivo, uma vez que o Estado como um todo deve não apenas preservar os direitos fundamentais e sociais, mas também garantir

a sua máxima efetividade.

No presente artigo há dois recortes. O primeiro no sentido de que os esforços da fundamentação do princípio da proibição do retrocesso social destina-se ao direito do trabalho, sobretudo o direito à estabilidade provisória da empregada gestante, sendo este seu objetivo geral. O segundo recorte é o enfrentamento de duas relevantes decisões judiciais do Tribunal Superior do Trabalho sobre o tema, sendo este o objetivo específico.

Nos últimos anos a doutrina e a jurisprudência evoluíram muito sobre a proteção da empregada gestante, notadamente quanto à impossibilidade de sua dispensa sem justa causa, independentemente da natureza jurídica do contrato de trabalho. Contudo, o Tribunal Superior do Trabalho, após anos e um emaranhado de decisões, contrariou posição dominante prevista em sua jurisprudência e em sua súmula nº. 244, negando silenciosamente a construção doutrinária e jurisprudencial sobre a impossibilidade de dispensa da empregada gestante nos contratos por prazo determinado.

Embora as decisões objeto de discussão no presente artigo são recentes, e que ainda levarão a muitos debates e discussões, seja pela doutrina ou pela jurisprudência, é possível afirmar desde já que as mesmas, obviamente, têm implicações sobre toda a teoria do princípio da proibição do retrocesso social.

Para a elaboração e conclusão deste trabalho, optou-se como método de pesquisa o dedutivo, pois por meio da análise da doutrina e da jurisprudência, bem como da legislação pertinente, foi possível apresentar a fundamentação do princípio da proibição do retrocesso social como crítica as decisões do Tribunal Superior do Trabalho. As técnicas de pesquisas utilizadas foram a bibliográfica, legislativa e de decisões judiciais.

2. PARADIGMAS CONSTITUCIONAIS E O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL

A Constituição Federal de 1988, nos artigos 1º ao 4º, estabelece alguns fundamentos, princípios e objetivos da República Brasileira, entre os quais: a dignidade da pessoa humana; os valores sociais do trabalho; a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a erradicação da pobreza e redução da desigualdade social; a promoção do bem de todos sem distinção do sexo, cor, raça; a prevalência dos direitos humanos; entre outros (BRASIL, CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988).

Do mesmo modo, os artigos 5º, 6º e 7º do texto Constitucional elencam alguns direitos e garantias fundamentais, a exemplo dos seguintes: homens e mulheres são iguais perante a lei; a lei não atingirá o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada; a proteção do emprego protegida contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa; licença a gestante, sem prejuízo do salário, com duração de 120 dias; proteção do trabalho da mulher; entre tantos outros (BRASIL, CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988).

Ainda, infere-se no texto Constitucional, especificamente no artigo 170, que há a determinação de que a Ordem Econômica funda-se na valorização do trabalho humano e possui, entre outros princípios, o da redução das desigualdades sociais (BRASIL, CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988). Segundo COSTA e SANTOS (2021, p.

300), o artigo. 170, *caput*, é o reconhecimento do trabalho quando descreve que a ordem econômica funda-se na valorização do trabalho humano.

Embora não haja no texto constitucional menção explícita ao princípio da proibição do retrocesso social, os objetivos, princípios e direitos fundamentais mencionados acima lhe possuem conexão direta e íntima relação, mormente porque o art. 60, §4º, IV, do texto Magno impede a edição de Emenda Constitucional tendente a abolir direitos e garantias fundamentais (NUNES JUNIOR, 2018, p. 1116).

No mesmo sentido, SARLET (2004, p. 161) afirma que com efeito, desde logo se verifica que, num certo sentido, a garantia constitucional (expressa ou implícita) dos direitos adquiridos, dos atos jurídicos perfeitos e da coisa julgada, assim como as demais vedações constitucionais de atos retroativos, ou mesmo – e de modo todo especial – as normas constitucionais, em especial, todavia, a construção doutrinária e jurisprudencial, dispondo sobre o controle das restrições de direitos fundamentais, já dão conta de o quanto a questão da proteção de direitos contra a ação supressiva e mesmo erosiva por parte dos órgãos estatais encontrou ressonância.

Observa-se, portanto, que o texto constitucional, além de estabelecer direitos fundamentais e indicar a sua máxima efetividade (art. 5º, §1), preocupou-se também com eventual restrição de tais direitos, uma vez que estabelece que emendas constitucionais não tenderão a suprimir direitos e garantias fundamentais, ou quando estabelece que lei não atingirá o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada, em nítida intenção de impossibilitar que os direitos conquistados e concretizados não sejam posteriormente suprimidos, dentre os quais se encontram os direitos sociais.

Para HABERLE (1990, p. 99) a garantia dos direitos sociais está umbilicalmente interligada com a dignidade da pessoa humana, e por tal razão o Estado Constitucional de Direito deve impedir que as pessoas tornem-se mero objeto no âmbito social.

SARLET (2004, p. 162) afirma que

o reconhecimento de uma proibição de retrocesso situa-se na esfera daquilo que se pode chamar, abrangendo todas as situações referidas, de uma eficácia negativa das normas constitucionais. Assim, independentemente da exigibilidade dos direitos sociais na condição de direitos subjetivos a prestações sociais, no âmbito da assim designada eficácia negativa, o que está em causa é a possibilidade de, com base nas normas de direitos sociais, reconhecer posições subjetivas de caráter defensivo (negativo), no sentido de proibições de intervenção ou mesmo proibições de eliminação de determinadas posições jurídicas.

Significa dizer que uma vez conquistados determinados

direitos sociais, estes devem ser reconhecidos de maneira que não haja a intervenção ou proibições por parte do Estado que visem a sua eliminação. Deve o Estado se abster de suprimir os direitos sociais conquistados.

Segundo COSTA e REZENDE (2018, p. 101), os elementos comuns aos direitos sociais que integram os direitos fundamentais, é a própria dignidade humana e a existência de relações humanas pautadas na desigualdade.

Os direitos sociais, no plano histórico, foi fruto do Constitucionalismo Social, um dos denominados movimentos do constitucionalismo, que de um lado buscou a implantação de direitos, e do outro a limitação do Soberano.

Segundo a doutrina, o Constitucionalismo, em sentido amplo, é empregado para designar a existência de uma Constituição e, em sentido estrito, para informar a existência de separação dos poderes, bem como a garantia de direitos em face do Estado (NOVELINO, 2017, p. 49).

LOWEWENSTEIN (1996, p. 150) afirma que

La historia del constitucionalismo no es sino la busqueda por el hombre político de las limitaciones al poder absoluto ejercido por los detentadores del poder, asi como el esfuerzo de establecer una justificacion esperitual, moral e ética de la autoridade, em lugar del sometimiento ciego a la facilidade de la autoridade existente.

BESTER (2005, p. 28 e 53) afirma que pode ser chamado de movimento do constitucionalismo sempre que houver manifestações a fim de assegurar direitos às pessoas, e aduz que a primeira Constituição a estabelecer normas sociais e trabalhistas foi a Mexicana de 1917, seguida da Constituição Alemã de Weimar de 1919. COSTA e MERHEB (2020, p. 12) afirmam que, no que tange ao constitucionalismo social, o mesmo foi pautado na busca de melhorias aos trabalhadores.

Mormente a implantação de direitos sociais na Constituição Federal de 1988, é certo que inúmeras dificuldades fáticas e econômicas podem surgir para que tenham eficácia. Porém,

devem ser adotadas todas as medidas possíveis para a sua concretização, sendo este o objetivo da preocupação permanente do Estado. No mesmo sentido, SARLET (2004, p. 163) afirma que segue sendo necessária uma preocupação permanente com a consolidação e manutenção pelo menos dos níveis de proteção social mínimos, onde e quando alcançados, nas várias esferas da segurança social e da tutela dos direitos sociais compreendidos em toda a sua amplitude, inclusive como condição para a funcionalidade da própria democracia e sobrevivência do Estado Constitucional.

E essa eficácia dos direitos sociais possui íntima relação com a polêmica do estudo do princípio da proibição do retrocesso social, pois deve ser previamente definido os limites que o Estado, aqui referenciado em sentido amplo, pode ou não intervir negativamente nos direitos sociais conquistados. É de se perguntar se o legislador reformador ou infraconstitucional pode editar textos legais a fim de suprimir direitos sociais já devidamente concretizados e anteriormente reconhecidos, ou até mesmo se o órgão julgador pode interpretar a lei ou proferir decisões contrária a entendimento pacífico, em nítida afronta a proibição do retrocesso social.

BLANCO e MENDES (2015, p. 148) sobre o assunto afirma que o

aspecto polêmico referido à vinculação do legislador aos direitos fundamentais diz com a chamada proibição de retrocesso. Quem admite tal vedação sustenta que, no que tange a direitos fundamentais que dependem de desenvolvimento legislativo para se concretizar, uma vez obtido certo grau de sua realização, legislação posterior não pode reverter as conquistas obtidas. A realização do direito pelo legislador constituiria, ela própria, uma barreira para que a proteção atingida seja desfeita sem compensações.

Tome-se como exemplo de aplicação do princípio da proibição do retrocesso a impossibilidade de supressão do Código de Defesa do Consumidor que, embora seja norma infraconstitucional, o legislador ordinário não pode simplesmente o

revogar sem estabelecer norma substitutiva de mesma envergadura protetiva ou de proteção superior. Isso porque, por concretizar norma de direito fundamental, consubstanciada na proteção do consumidor com origem e mandamento constitucional, não pode a legislação consumerista apenas deixar de existir, sob pena de violação ao princípio da vedação do retrocesso.

Por tais motivos, tanto o legislador como o aplicador do direito devem levar sempre em consideração a possibilidade ou não de impor limites e restrições aos direitos fundamentais, dentre os quais os direitos sociais. Com isso, deve ser estabelecido no presente trabalho que o princípio da proibição do retrocesso social possui íntima relação com as limitações ou não dos direitos fundamentais.

É certo, ainda, e em regra, que a doutrina é uníssona em estabelecer que não há direito absoluto, com exceção do direito de não ser escravizado e torturado (BOBBIO, 2004, p. 14) bem como de que apresenta a existência de limitações internas e externas aos direitos fundamentais (SILVA, 2005, p. 161), seja quando houver colisões entre direitos fundamentais, seja quando a restrição decorrer de próprio mandamento constitucional.

Exemplo de restrição com autorização em âmbito constitucional é o direito ao livre exercício de qualquer ofício ou profissão, desde que atendidas as exigências legais, conforme artigo 5º, inciso XIII. Tal previsão significa que a todos é garantido o direito ao trabalho, contudo para determinadas atividades podem ser exigidas certas qualificações prévias, mediante lei que, se não cumpridas, impede o sujeito de realizá-las. Portanto, como se lê no inciso em comento, a restrição demanda atividade legislativa.

Outro exemplo de restrição de direito fundamental, mas em colisões entre direitos fundamentais, pode ser extraída da decisão do *Habeas Corpus* n. 70.814/SP do Supremo Tribunal Federal, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2013), que autorizou a

interceptação de correspondência de preso por determinado estabelecimento carcerário, tendo como premissas a preservação da ordem jurídica, a segurança pública e a excepcionalidade da medida. A decisão tinha como questão primordial saber se o direito fundamental ao sigilo de correspondência poderia ser relativizado quando correspondências eram utilizadas como meio para a prática de crimes.

Verifica-se, portanto, que a restrição de direitos fundamentais, dentre os quais os direitos sociais, pode ocorrer quando houver conflito entre direitos fundamentais, ou quando a Constituição Federal assim permitir. Tal interpretação leva a conclusão de que a supressão gratuita de direitos fundamentais deve ser evitada, sob pena de violação ao princípio da proibição ao retrocesso social.

Segundo CANOTILHO (1999, p. 474), após a concretização dos direitos fundamentais sociais em âmbito infraconstitucional, estes assumem a condição de direitos subjetivos a prestações estatais, de modo que não se encontram mais na livre disposição estatal, não podendo ser suprimidos ou reduzidos, sob pena de violação ao princípio da proteção da confiança.

No mesmo sentido, BREGA FILHO (2013, p.104) afirma que os direitos sociais possuem características dos direitos fundamentais, se modo que, após serem reconhecidos pelo Estado, passam a ser incorporados ao patrimônio dos indivíduos, impossibilitando a sua supressão.

É certo, ainda, que leis e decisões judiciais que suprimem ou reduzem os direitos sociais afrontam nitidamente a segurança jurídica, esta definida por SARLET (2015, p. 475) como garantia de continuidade da ordem jurídica. Com isso, o princípio da proibição do retrocesso deve ser aplicado em face do Estado como um todo, seja na atividade legislativa, executiva e judicial.

Feitas estas considerações passa-se a seção seguinte, na qual será analisada duas decisões do Tribunal Superior do Trabalho que, em suposta interpretação da decisão do tema 497 do

Supremo Tribunal Federal, afastou o entendimento pacífico constante no inciso III da súmula 244 daquele tribunal, que garante a gestante a estabilidade provisória no emprego em toda e qualquer espécie de contrato de trabalho.

3. ESTABILIDADE PROVISÓRIA DA GESTANTE E A VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL NO INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA Nº. 2 E NO RECURSO DE REVISTA Nº. 1001345-83.2017.5.02.0041

O inciso I do artigo 7º da Constituição Federal de 1988 determina que a relação de emprego é protegida contra dispensa arbitrária ou sem justa causa, mas remete a regulamentação à lei complementar, que deverá obrigatoriamente prever indenização (BRASIL, CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988).

O Ato da Disposições Constitucionais Transitórias, no artigo 10, inciso II, alínea “b”, dispõe que até que seja promulgada lei complementar, é vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto (BRASIL, CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988). Este dispositivo foi assim estabelecido porque não havia lei disciplinando a dispensa arbitrária e sem justa causa ao tempo da promulgação da atual Constituição.

O legislador constituinte de 1988 optou em estabelecer que a vedação da dispensa arbitrária e sem justa causa deva ser disciplinada por lei complementar, conforme mandamento constitucional previsto no artigo 7º, inciso I (BRASIL, CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988). Ocorre, porém, que tal lei ainda não foi editada, motivo pelo qual ainda aplica-se o artigo 10, inciso II, do Ato da Disposições Constitucionais Transitórias, mesmo após quase 33 anos da promulgação da atual Carta Magna, o que demonstra a ausência de interesse legislativo a respeito.

Observa-se, portanto, que a garantia provisória no

emprego da empregada gestante previsto no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias restou estabelecido porque inexistia, ao tempo da promulgação da atual Constituição Federal, lei complementar regulamentando a matéria e que, atualmente, ainda inexistente.

Sobre o tema, DELGADO (2012, p. 1267) afirma que há dispositivo central nesta temática, contido no inciso I, do art. 7º. Tal regra estipula ser direitos dos trabalhadores a garantia de relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos. Note que esta regra geral da Constituição relaciona-se à regra transitória contida no *caput* e inciso II do art. 10, do ADCT da mesma Constituição.

Por sua vez, no plano infraconstitucional, alguns dispositivos conferem a garantia provisória no emprego da empregada gestante, como é o caso do art. 391-A, das Consolidações da Leis do Trabalho, que determina que a confirmação do estado gravídico, ainda que no período de aviso prévio, garante à empregada gestante a estabilidade provisória prevista na alínea b do inciso II do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (BRASIL, CONSOLIDAÇÕES DA LEIS DO TRABALHO, 1943).

Observa-se, portanto, que o legislador infraconstitucional especificou ainda mais o mandamento constante no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, porque estabeleceu que a garantia provisória se estende mesmo se a concepção ocorrer durante o aviso prévio.

Obviamente que a garantia da empregada gestante deve ser aplicada quando a concepção ocorre durante o aviso prévio, porque este faz parte do contrato de trabalho, conforme interpretação da Orientação Jurisprudencial 82 da SDI-1 do Tribunal Superior do Trabalho, que descreve que a “*data de saída a ser anotada na CTPS deve corresponder à do término do prazo do aviso prévio, ainda que indenizado*” (BRASIL, TRIBUNAL

SUPERIOR DO TRABALHO, 1997) e artigo 487, §1º da Consolidações da Leis do Trabalho (BRASIL, 1943).

Ainda sobre as previsões no plano infraconstitucional, a lei complementar nº. 146/2014 estabelece que em caso de falecimento da empregada gestante, a garantia prevista no artigo 10, inciso II, alínea “b” do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, será assegurada a quem detiver a guarda (BRASIL, 2014). Com isso, pretendeu o legislador, em caso de morte da gestante, garantir a estabilidade no emprego, sem distinção de sexo neste caso, à pessoa que detiver a guarda do seu filho, em nítida intenção de garantir proteção e amparo àquele que acabou de nascer.

De todos os dispositivos mencionados acima, é importante notar que nem a Constituição Federal e nem as leis infraconstitucionais fazem distinção sobre a natureza jurídica do contrato de trabalho da empregada gestante, se de prazo determinado ou indeterminado, garantindo a estabilidade provisória indistintamente a todos os contratos de trabalho.

Em âmbito jurisprudencial, a garantia provisória da empregada gestante há muito tempo é reconhecida, como se infere na Súmula nº. 59 do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região, na Orientação Jurisprudencial nº. 30 da SDC e Súmula 244 ambas do Tribunal Superior do Trabalho, além de inúmeros julgados proferidos no País.

A Súmula nº. 59 do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região estabelece o seguinte (BRASIL, 2017):

SÚMULA N.º 59 - "ESTABILIDADE DE GESTANTE. I - Para fazer

jus à garantia de emprego (art. 10, II, “b”, do ADCT), basta que a empregada comprove que a concepção ocorreu durante a vigência do pacto laboral, sendo certo que o desconhecimento do fato por ela ou pelo empregador não afasta o seu direito. II - A empregada gestante, admitida mediante contrato por tempo determinado, tem direito ao reconhecimento da estabilidade provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea “b”, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. III - Nos casos de

dispensa sem justa causa, a propositura da ação após esgotado o período estabilitário não equivale à renúncia tácita, sendo devidos os salários e demais direitos correspondentes ao período da estabilidade, nos termos do item II da Súmula n.º 244 do TST. IV - A negativa expressa e injustificada em juízo de retorno ao emprego configura renúncia ao direito à estabilidade prevista no art. 10, II, “b”, do ADCT, ficando restrita a indenização respectiva ao valor dos salários vencidos e suas projeções até a data da recusa à reintegração.

No entendimento acima, constata-se que para que a empregada gestante tenha direito a estabilidade provisória, pouco importa se esta ou seu empregador possuíam conhecimento da gestação na data da dispensa ou do pedido de dispensa. Ou seja, terá a garantia deferida mesmo que ambos na relação contratual desconheçam o estado gravídico, bastando que a concepção tenha ocorrido durante a vigência do pacto laboral que, como já informado, se estende ao período de aviso prévio.

A estabilidade da gestante, ainda segundo a súmula, deve ser aplicada também nos contratos por prazo determinado e, em caso de propositura da ação após esgotado o prazo de estabilidade, o período deve ser convertido em indenização. Caso o empregador convoque a empregada ao trabalho, e esta injustificadamente e expressamente recuse o retorno, a indenização deferida deve corresponder apenas ao período entre a data da saída e a data da recusa ao retorno.

Por sua vez, a Orientação Jurisprudencial 30 da SDC do Tribunal Superior do Trabalho descreve o seguinte (BRASIL, 2011):

30. 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 arbitariamente 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.

Verifica-se nesta orientação jurisprudencial que é nula toda e qualquer renúncia ou transação, feita pela gestante, em relação a garantia referente a manutenção do emprego e do salário que seja relacionado a sua maternidade. Isso significa que qualquer espécie de avença que diminua ou restrinja os direitos da gestante, ainda que parta de sua exclusiva vontade, a exemplo da renúncia ao prazo do período de estabilidade ou a transação de recebimento inferior de eventual valor indenizatória decorrente da dispensa arbitrária, não terá efeito jurídico algum.

Por sua vez, a súmula nº. 244 do Tribunal Superior do Trabalho possui a seguinte redação (BRASIL, 2012):

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.

Observa-se no entendimento do verbete acima, que pouco importa o conhecimento do estado gravido pela gestante ou pelo empregador para que seja garantida a estabilidade provisória no emprego. Ademais, se ultrapassado o período de estabilidade, a gestante possui direito que a reintegração no trabalho seja convertida em indenização. Por fim, o item III da súmula expressamente garante que a estabilidade é garantida mesmo em se tratando de contrato por prazo determinado.

Importante ressaltar que a súmula disposta acima resume

os entendimentos jurisprudenciais pacificados anteriores a data de sua edição, ocorrida no ano de 2012, conforme se extrai do site do próprio Tribunal Superior do Trabalho³. Pode-se citar, apenas a título de exemplo, as seguintes decisões que culminaram no verbete da Súmula 244: RR 341447-83.1997.5.04.5555, 2ªT - Min. José Luciano de Castilho Pereira, DJ 10.12.1999 - Decisão unânime; RR 229169-29.1995.5.07.5555, Ac. 2ªT 6952/1997 - Min. José Luciano de Castilho Pereira, DJ 12.09.1997 - 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; RR 57041-60.2009.5.09.0671, 3ªT - red Min. Horácio Raymundo de Senna Pires, 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.

Em observância ao disposto neste trabalho até o presente momento, verifica-se que no plano constitucional e leis infra-constitucionais, não há qualquer distinção quanto a natureza jurídica do contrato de trabalho para a aplicação da estabilidade provisória da gestante, se por prazo determinado ou indeterminado, motivo pelo qual a conclusão é de que a estabilidade deve ser aplicada a todo e qualquer tipo de contrato de trabalho. Tanto o entendimento é esse que os Tribunais, diante da ausência de previsão expressa, garantem a estabilidade provisória da gestante também aos contratos por prazo determinado, conforme se infere, principalmente, no item III da súmula nº. 244 do Tribunal Superior do Trabalho.

E essa interpretação feita pelo Superior Tribunal do Trabalho possui fundamental importância, já que é a Corte máxima especializada no Direito do Trabalho e possui o dever de

³ Disponível em:

<https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_201_250.html> Acesso em 10 de abril de 2021.

estabelecer o direito, no sentido de garantir a segurança jurídica. Não por outro motivo que LARENZ (1991, p. 283) descreve que a jurisprudência é uma ciência que possui como dever interpretar e estabelecer o direito, em busca do sentido das normas.

E esse direito foi estabelecido pelo Tribunal Superior do Trabalho, no sentido de que a empregada gestante possui direito a estabilidade provisória desde a concepção, tanto no contrato de trabalho por prazo determinado como por prazo indeterminado. É dizer: houve incorporação de referido direito no direito social de todas as mulheres gestantes dos pais, de modo que sua supressão, doravante, deve ser considerada um retrocesso social.

Conceitua-se estabilidade, conforme MARTINEZ (2016, p. 711), a proteção caracterizada na impossibilidade patronal de rescisão do contrato de trabalho sem justa causa, ou seja, fica impossibilitado o empregador de desligar o empregado, sob pena de ser obrigado a reintegrá-lo.

Por sua vez, GODINHO (2016, p. 1388) descreve que a estabilidade é a vantagem jurídica de caráter permanente, em virtude de certas circunstâncias tipificadas de modo geral, que garante a manutenção do vínculo de emprego, independentemente da vontade do empregador.

Verifica-se, portanto, que o ordenamento jurídico brasileiro prevê expressamente que a empregada gestante não pode ser dispensada sem justa causa, obrigando que o empregador mantenha a relação contratual independente de sua vontade. A jurisprudência, como dito, endossou este entendimento, incorporando aos direitos das trabalhadoras gestantes a estabilidade provisória no emprego, independentemente da natureza jurídica do contrato de trabalho.

Contudo, em acórdão publicado em 20 de setembro de 2019, em decisão no Incidente de Assunção de Competência nº. 2 (IAC), o Tribunal Superior do Trabalho entendeu que não deve ser garantida a estabilidade da gestante no contrato de trabalho temporário disciplinado na Lei nº. 6.019/74, em nítida afronta

ao princípio da proibição do retrocesso social. Fixou o Tribunal a tese de que *"é inaplicável ao regime de trabalho temporário, disciplinado pela Lei n.º 6.019/74, a garantia de estabilidade provisória à empregada gestante, prevista no art. 10, II, b, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias"* (BRASIL, 2019).

Do acórdão, extrai-se que a fundamentação para a instauração do IAC ocorreu porque a 1ª turma daquele Tribunal já havia proferido decisão no sentido da inaplicação da estabilidade provisória da gestante nos contratos de trabalho regulados pela Lei n.º. 6.019/74, em contrariedade do que decidido pelas demais turmas (BRASIL, 2019, p. 11), a exemplo da decisão do Recurso de Revista n.º. 5377-71.2013.5.12.0022, de relatoria do Ministro Walmir Oliveira da Costa, publicado em 24 de março de 2017 (BRASIL, 2017). A intenção da Instauração do IAC, portanto, foi a de pacificar o entendimento entre as turmas do Tribunal Superior do Trabalho.

Isso porque algumas turmas do Tribunal Superior do Trabalho, em suas decisões, não faziam qualquer distinção quanto a natureza jurídica do contrato de trabalho no momento da aplicação da estabilidade provisória da gestante, conforme se infere no Recurso de Revista n.º. 1301-33.2013.5.20.0005, de Relatoria do Ministro João Oreste Dalazen, publicado em 18 de dezembro de 2015 (BRASIL, 2015). Inclusive, como informado acima, o próprio item III da súmula 244 não faz esta distinção.

Na decisão proferida no IAC 2, Tribunal entendeu que no contrato de trabalho regulado pela lei n.º. 6.019/74 não existe expectativa de contratação posterior, sendo que somente serviria para atender as necessidades temporárias e excepcionais, afirmando também que a própria lei é silente sobre o direito a estabilidade provisória da gestante nestas situações (BRASIL, 2019, p. 14 e 17). A decisão será levada à apreciação do Supremo Tribunal Federal, conforme despacho publicado em 19 de março de

2021⁴.

Outra decisão do Tribunal Superior do Trabalho, em nítida afronta ao princípio da vedação ao retrocesso social, foi proferida pela 4ª Turma no Recurso de Revista nº. 1001345-83.2017.5.02.0041⁵, de relatoria do Ministro Alexandre Luiz Ramos, publicado em data de 27 de novembro de 2020, a qual negou a estabilidade provisória a empregada gestante em contrato de trabalho de aprendiz.

Referido julgado teve como fundamentação a aplicação do tema 497 do Supremo Tribunal Federal, proferida no Recurso Extraordinário nº. 629.053/SP, publicado em 10 de outubro de 2018, a qual fixou a tese de que *“a incidência da estabilidade prevista no art. 10, inc. II, do ADCT, somente exige a anterioridade da gravidez à dispensa”*.

Segundo decidido pelo Tribunal Superior do Trabalho, supostamente teria o Supremo Tribunal Federal entendido que os únicos requisitos para a garantia da estabilidade provisória da gestante seria apenas que o estado gravídico tenha ocorrido durante o contrato de trabalho e a dispensa deva ter sido por justa causa (BRASIL, 2020, p. 2). Entendeu que o contrato de aprendizagem possui tempo certo de início e fim, ou seja, trata-se de contrato por prazo determinado, consoante artigo 428 da Consolidações da Leis do Trabalho (BRASIL, 1943), a qual a ciência prévia de seu término retiraria o requisito da dispensa sem justa causa no fim da relação contratual, sendo lícita a ausência de continuidade da relação, quando de antemão se sabe a data exata de seu fim.

Ocorre, porém, que a decisão da 4ª turma do Tribunal Superior do Trabalho possui um erro grosseiro ao interpretar o

⁴ Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=5639&digitoTst=31&anoTst=2013&orgaoTst=5&tribunalTst=&varaTst=&submit=Consultar>>. Acesso em 10 de abril de 2021.

⁵ Disponível em: <[file:///C:/Users/Marcos%20Paulo/Downloads/RR-1001345-83_2017_5_02_0041%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Marcos%20Paulo/Downloads/RR-1001345-83_2017_5_02_0041%20(1).pdf)> Acesso em 11 de abril de 2021.

tema 497, posto que a discussão em pauta no Supremo Tribunal Federal não tratou de discutir a estabilidade provisória nos contratos por prazo determinado, mas sim por prazo indeterminado. Em análise ao julgado do tema 497, observa-se que a discussão girou em torno da dispensa sem justa causa, sendo que sobre o conhecimento do estado gravídico ou não, prescindiu de maiores discussões.

Em análise a decisão do tema 497, verifica-se que o Supremo Tribunal Federal não adentrou na discussão se a dispensa da gestante, por si só, deveria ser considerada sem justa causa, já que seu estado gravídico impediria qualquer espécie de dispensa em qualquer contrato de trabalho. Isso porque o artigo 10, inciso II, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias não faz distinção alguma quanto a natureza jurídica do contrato de trabalho, se por prazo determinado ou não. Ou seja, aplica-se a estabilidade a todas as gestantes. Ademais, a súmula 244 do Tribunal Superior do Trabalho, expressamente, afirma que a estabilidade provisória da gestante é aplicada aos contratos por prazo determinado.

Tais constatações levam ao entendimento de que a fixação da tese no tema 497 do Supremo Tribunal Federal não deveria ser automaticamente aplicada, já que, em razão da distinção dos casos, não haveria a obrigatoriedade do Tribunal Superior do Trabalho seguir o mesmo entendimento. Deveria este Tribunal utilizar da técnica do *distinguishing* (afastamento) que, segundo MEDINA (2015, p. 1149) é a recusa de um órgão judicial em aplicar um precedente a um caso atual por considerar este distinto o bastante, de modo que a aplicação a ele geraria injustiça. É certo que a autorização do *distinguishing* é feita pelo artigo 489, §1º, inciso VI, do Código de Processo Civil que, em interpretação a contrário senso, permite a inaplicação de enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente, caso seja demonstrada a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Importante ressaltar que a decisão do Recurso de Revista nº. 1001345- 83.2017.5.02.0041 sobre a ausência de estabilidade no contrato de aprendizagem vai de encontro com inúmeros julgados das outras turmas do Tribunal Superior do Trabalho, inclusive do mesmo ano, a exemplo dos seguintes: Recurso de Revista nº. 1694-81.2014.5.02.0050, de Relatoria do Ministro Lelio Bentes Corrêa, da 1ª Turma, publicado em 23 de fevereiro de 2018; Recurso de Revista nº. 1977- 38.2014.5.02.0072, da Relatora Ministra Maria Helena Mallmann, da 2ª Turma, publicado em 29 de setembro de 2017; Agravo em Recurso de Revista nº. 1452-77.2016.5.10.0811, de relatoria do Ministro José Roberto Freire Pimenta, da segunda Turma, publicado 06 de novembro de 2020⁶.

Observa-se que o Agravo em Recurso de Revista nº. 1452- 77.2016.5.10.0811 teve sua decisão em momento posterior a publicação do tema 497 do Supremo Tribunal Federal, motivo pelo qual toma força o argumento de que na decisão da 4ª turma, que afastou a estabilidade da gestante no contrato de aprendizagem, deveria ter aplicado o *distinguishing*.

Neste sentido, as decisões do Incidente de Assunção de Competência nº. 2 e o Recurso de Revista nº. 1001345-83.2017.5.02.0041 vão de encontro com o princípio da vedação ao retrocesso social, e toda a construção da proteção da gestante que, segundo MARTINS (2007, p. 406), é para proteger o nascituro, para recuperação do parto e para cuidados com a criança nos primeiros meses de vida.

Além disso, é possível verificar nas decisões mencionadas nítida violação a dignidade humana da empregada gestante, situação que foi sempre protegida pelo Tribunal Superior do trabalho, conforme seus precedentes mencionados e sua súmula 244, bem como observa-se o distanciamento da máxima eficácia e efetividade dos direitos fundamentais e violação a confiança, situações que violentam o princípio da proibição o retrocesso

⁶ Disponível em: <<https://jurisprudencia.tst.jus.br/>> Acesso em 12 de abril de 2021.

social. No mesmo sentido BARROSO (2001, p. 158) afirma que o princípio da proibição do retrocesso tem origem no Estado Democrático e Social de Direito, na dignidade da pessoa humana, na máxima eficácia e efetividade das normas de direitos fundamentais e na proteção da confiança.

Com isso, decisões contrárias aos entendimentos pacíficos, inclusive com edição de súmula, viola o princípio da proibição do retrocesso social que, como dito em momentos acima, deve ser aplicado não apenas ao Legislativo e ao Executivo, mas também ao Judiciário, sobretudo quando as decisões puderem afetar diretamente direitos sociais anteriormente conquistados e incorporados no ordenamento jurídico, notadamente quando o precedente lastreado como fundamento for distinto da situação em apreço.

Portanto, assim como STRECK (2014, p. 183) afirmou sobre a existência de decisões judiciais carentes da necessária racionalidade argumentativa, não passando pelo filtro habermasiano, tem-se que as decisões proferidas no Incidente de Assunção de Competência nº. 2 e no Recurso de Revista nº. 1001345-83.2017.5.02.0041 não possuem coerência com o histórico das decisões sobre o tema, violando o princípio da proibição do retrocesso social, bem como o princípio da segurança jurídica, valores prometidos na Constituição Federal.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o presente artigo é possível realizar algumas afirmações, entre as quais a de que o princípio da proibição do retrocesso social, embora sem previsão específica, possui fundamento na Constituição Federal, uma vez que os direitos fundamentais sociais não podem ser suprimidos. E mais: decorre também da garantia constitucional da intangibilidade do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, com o objetivo de conferir a necessária segurança jurídica aos indivíduos.

É dizer afirmativamente: o Estado deve respeitar e não suprimir os direitos fundamentais sociais já conquistados, sob pena de violação ao princípio da proibição do retrocesso social. Tal afirmação, que está na “boca” da doutrina e da jurisprudência, deveria ser suficiente para que inovações jurisprudenciais que busquem a supressão dos direitos fundamentais sociais fossem evitadas.

Contudo, não é o que se observou nas decisões proferidas no Incidente de Assunção de Competência nº. 2 e no Recurso de Revista nº. 1001345- 83.2017.5.02.0041, ambos do Tribunal Superior do Trabalho. Referidas decisões, como visto, afastaram o direito a estabilidade provisória da empregada gestante em contratos de trabalho por prazo determinado, mesmo após anos de entendimento pacífico sobre o tema em sentido oposto.

Isso porque, constatou-se que há muito tempo o Tribunal Superior do Trabalho possui o entendimento de que a estabilidade provisória da empregada gestante independe ser o contrato de trabalho por prazo determinado ou não. Nesta perspectiva, considerando todos esses anos de firme posicionamento, foi editada a súmula nº. 244 no ano de 2012, que sedimentou e pacificou ainda mais o entendimento esboçado.

Neste sentido, é dizer afirmativamente: a estabilidade provisória da empregada gestante é direito incorporado a todas as empregadas gestantes do país. É incorporado em razão do entendimento pacífico do Tribunal Superior do Trabalho, de modo que não poderia haver a supressão em sentido totalmente oposto ao que decidido por vários anos atrás.

Com isso, é possível realizar mais uma afirmativa: a de que o Tribunal Superior do Trabalho violou o princípio da proibição do retrocesso social. E tal afirmativa ganha relevância diante dos argumentos da decisão que, como informado, ora foi por suposta superação do tema, ora foi porque de antemão a empregada gestante sabia a data final do contrato de trabalho.

A ausência de lógica nas decisões causa estranheza na

mais alta corte trabalhista do país, uma vez que é nítida a ausência de semelhança ou identidade com o tema 497 do Supremo Tribunal Federal em relação ao que fora julgado no Recurso de Revista nº. 1001345-83.2017.5.02.0041. Do mesmo modo, a decisão do Incidente de Assunção de Competência nº. 2 simplesmente contrariou os entendimentos anteriores, com fatos e fundamentos que já haviam sido afastados em outros julgamentos.

Infelizmente, após as afirmações acima, é possível realizar a seguinte conclusão: a de que o princípio da proibição do retrocesso social deve ser levado a sério não apenas pelo Legislativo ou pelo Executivo, mas também pelo Judiciário, que é o final garantidor dos direitos fundamentais sociais, e possui papel importante na construção e concretização dos direitos fundamentais sociais.



5. REFERÊNCIAS

- BRASIL. Constituição da Republica Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 05 de out de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>
- BRASIL. Consolidações das Leis do Trabalho., de 05 de outubro de 1988. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 01 de maio de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº. 629.053/SP. Relator Ministro Ricardo Lewandowisk. 16 de abril de 2013.
- BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº.

- 1001345- 83.2017.5.02.0041, relator Ministro Alexandre Luiz Ramos. 27 de novembro de 2020.
- BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº. 5377- 71.2013.5.12.0022. Relatoria do Ministro Walmir Oliveira da Costa. 24 de março de 2017.
- BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula 244. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho. Brasília, DF, 27 de setembro de 2012.
- BRASIL. Tribunal Superior do trabalho. Orientação jurisprudencial nº. 30. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho. Brasília, DF, 21 de setembro de 2011.
- BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região. Súmula 59. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho. Santa Catarina, SC, 09 de setembro 2015.
- BARROSO, Luís Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas. 5.ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2001.
- BESTER, Gisela Maria. Direito Constitucional. São Paulo: Manole, 2005. BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. 7ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 12ª ed. São Paulo: Saraiva. 2015.
- BREGA FILHO, Vladimir. Proibição do retrocesso social: o estado da arte em Portugal e no Brasil. In: Revista Argumenta do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, UENP Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, v. 19, p. 103-123, 2013. Disponível em <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/409/pdf36>> -acesso em 10 de abril de 2021.
- COSTA, Ilton Garcia. MERHEB, Marcos Paulo. *Dumping Social*. Rio de janeiro: Lumen Juris, 2020.
- COSTA, Ilton Garcia; SANTOS, Ana Flavia Coelho VARETO. O Direito Fundamental ao Meio Ambiente do Trabalho

Saudável como Pressuposto do Direito à Vida com Qualidade. Revista Direitos Sociais e políticas públicas, vol. 9, n 1, 2021, ISSN 2318- 5732, julho 2021. Disponível em: < file:///C:/Users/Marcos%20Paulo/Downloads/764- 2801-1-PB.pdf>. Acesso em 10 de abril de 2021.

COSTA, Ilton Garcia. RESENDE, Rita de Cassia. Do combate ao trabalho em condição análoga à de escravo sob A perspectiva da inclusão social e da proibição do retrocesso. Revista de Direito do Trabalho e Meio Ambiente do Trabalho, vol. 4, n. 2, p. 97-116, e-ISSN 2525-957, jul/dez. 2018. Disponível em:< file:///C:/Users/Marcos%20Paulo/Downloads/4827-14643-1-PB.pdf> Acesso em 11 de abril de 2021.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7ª ed. Coimbra, Almedina, 2008.

DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 11ª ed. São Paulo: Ltr, 2012.

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LOEWEINSTEIN, Karl, Teoria de la *constitución*. Barcelona: Ediciones Ariel.

SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral

- dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- MARTINEZ, Luciano. Curso de Direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas. 7^o ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.
- MARTINS, Sergio Pinto. Direito do Trabalho. 24^a ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- MEDINA, José Miguel. Direito Processual Civil Moderno. 1^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- NOVELINO, Marcelo. Curso de direito constitucional. 12^a ed. Salvador: JusPodvim, 2017.
- NUNES JUNIOR, Flavio Martins Alves. Curso de direito constitucional. 2^a ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.
- SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 29^a ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- STRECK, Lenio Luiz. Verdade e Consenso. 5^a ed. São Paulo: Saraiva, 2014.