

ESTABILIDADE PROVISÓRIA DA SERVIDORA GESTANTE: TEMA Nº 542 de REPERCUSSÃO GERAL E O RISCO DE BACKLASH

RESUMO: O artigo trata da estabilidade provisória das gestantes, consagrada pelo art. 10, inciso II, “b” do ADCT, à luz do entendimento do Tribunal Superior do Trabalho e do Supremo Tribunal Federal. Buscou-se analisar como a estabilidade provisória se aplica às servidoras gestantes, e em que medida a natureza do vínculo com a Administração Pública impacta a dimensão desse direito fundamental.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende trazer uma visão do Direito Administrativo para um instituto típico do Direito do Trabalho: a estabilidade provisória da empregada gestante contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa, constante do art. 10, inciso II, alínea *b*) do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Importa saber se o direito da gestante à estabilidade depende ou não do regime jurídico de trabalho – administrativo, contratual, a prazo certo ou a prazo indeterminado – a que está vinculada.

Tradicionalmente, o instituto da estabilidade provisória da gestante é estudado no âmbito do Direito do Trabalho. O enunciado normativo constante do ADCT menciona expressamente as *empregadas*, de modo que os contornos da matéria se encontram na Súmula nº 244 do Tribunal Superior do Trabalho. A garantia também se inspira em uma série de convenções internacionais da Organização Internacional do Trabalho¹ (OIT), incorporadas ao ordenamento jurídico brasileiro na forma do art. 5º, §2º, CRFB/88. A inspiração nítida é nas relações contratuais de trabalho, regidas pela CLT.

Ocorre que, no âmbito da Administração Pública (Direta e Indireta), existem uma série de vínculos funcionais que podem ser firmados entre as servidoras públicas e o Estado. São eles: emprego público (art. 39, CRFB/88), regime estatutário (art. 39, CRFB/88), cargos em comissão (art. 37, II, CRFB/88) e servidor temporário (art. 37, inciso IX, CRFB/88). Essa multiplicidade de regimes decorre diretamente da Constituição de 1988, mas fato é que o constituinte foi lacônico sobre o tema. Há amplo espaço de conformação legislativa para os

¹ Convenções da Organização Internacional do Trabalho (OIT) nº 3, de 1999; 103, de 1952; Recomendação nº 95 da OIT de 1952, Convenção nº 183 da OIT de 1998.

entes subnacionais disciplinarem a matéria, no exercício de sua competência legislativa supletiva (art. 24, §§1º e 2º, CRFB/88).

Diante dessa margem para inovação legislativa, não há consenso acerca de quais direitos tipicamente trabalhistas são aplicáveis às servidoras públicas. Como se verá, o constituinte originário indicou qual é o “piso” das garantias que são extensíveis a essas servidoras (art. 39, §3º, CRFB/88), mas nada disse acerca da extensão da garantia da estabilidade provisória aplicável à servidora gestante. Daí tem emergido dúvidas acerca da constitucionalidade de leis estaduais² que asseguram (ou não) a permanência da servidora gestante no cargo após determinado período após o parto, sobretudo diante do regime jurídico especificamente aplicável à servidora.

A controvérsia reside na aplicação da estabilidade provisória da gestante em contratos por prazo determinado, nos quais o vínculo firmado com a Administração Pública tem natureza precária. Essa é a hipótese das servidoras ocupantes de cargos em comissão e das temporárias, os quais são de livre nomeação e exoneração pelo Estado. Os cargos comissionados destinam-se às funções de direção, chefia e assessoramento, por meio de relação de fidúcia com o nomeante. Já os cargos temporários são pactuados por prazo determinado, para atender determinada necessidade extraordinária da Administração, a qual deve ser limitada no tempo.

Em ambos os casos, a finalidade última do regime jurídico mais flexível de contratação é conferir à Administração Pública a possibilidade de desfazimento do vínculo funcional a qualquer momento. Isso pode se dar pela mudança na chefia da pasta de determinada Secretaria, por exemplo, ou até mesmo pela reorganização administrativa do órgão público. Desde que a dispensa seja motivada, não há impedimentos para que ela ocorra, inclusive a qualquer tempo. No caso das contratadas temporárias, o rompimento do vínculo é certo, já que sujeito a prazo pré-fixado.

O impasse enfrentado por alguns entes subnacionais é compatibilizar esse regime jurídico flexível dos contratos por prazo determinado com a garantia à estabilidade provisória da gestante após o parto. É dizer: durante o gozo de licença-maternidade e certo período após o parto, a servidora pública (comissionada ou temporária) tem direito à permanência no cargo

² No âmbito do Estado do Rio de Janeiro, tem-se a Lei Estadual nº. 128/2009, que alterou a redação do Decreto-Lei Estadual nº. 220/1975.

que ocupa? A questão foi enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no tema 542 de repercussão geral, que será visto adiante.

Antes de enfrentar o entendimento vinculante conferido pelo STF ao tema, o próximo tópico analisará o (i) o conceito de estabilidade provisória à gestante; (ii) sua relação com os tipos de vínculo existentes no “RH do Estado”; e (iii) as interpretações jurisprudenciais (sobretudo do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior do Trabalho) existentes sobre o tema.

2. ESTUDO DE CASO: ESTABILIDADE PROVISÓRIA DA SERVIDORA PÚBLICA GESTANTE

2.1. Conceito de estabilidade provisória da gestante (art. 10, inciso II, alínea b), ADCT)

A estabilidade pode ser definida como uma garantia de permanência no emprego, a qual excepciona a regra de que o empregador tem o direito potestativo a rescindir imotivadamente o contrato de trabalho. Em regra, a relação de emprego pode ser terminada pelo empregador de forma livre, inclusive quando não houver justa causa para tanto (art. 477 da CLT). Essa manifestação do *jus variandi* do empregador cede diante da garantia provisória do emprego. Nesses casos, a presença de determinadas circunstâncias fáticas impõe que o empregado seja mantido em seu emprego enquanto essas condições perdurarem.

A estabilidade provisória pode ser enquadrada em 2 (duas) categorias, conforme o critério de concessão: (i) estabilidade provisória *subjetiva*, a qual decorre das condições pessoais do empregado; (ii) estabilidade provisória *objetiva*, a qual decorre de cargos ou funções exercidas de forma temporária pelo empregado. Em caso de extinção do estabelecimento do empregador, perduram apenas as estabilidades subjetivas.

A garantia provisória da empregada gestante enquadra-se na categoria das estabilidades subjetivas. O objetivo é a garantia da vida e da integridade psicofísica não apenas da gestante, mas também do nascituro, que gozará do aleitamento materno nos estágios iniciais de seu desenvolvimento. Trata-se de decorrência do valor intrínseco da pessoa humana, já que a manutenção do emprego em benefício da mãe é elemento fundamental à subsistência dela e do nascituro. A ideia é impedir que a gestante fique sem proteção, sem emprego e sem salário para sustento próprio e de sua família.

A cristalização, no artigo 10, inciso II, alínea *b*) do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, da garantia da estabilidade provisória da empregada gestante pelo período de 5 (cinco) meses após o parto decorreu de um longo processo de reconhecimento da importância da licença-maternidade.

Na esfera previdenciária, a proteção à gestante foi disciplinada desde a Constituição de 1934, que garantia o direito ao “*descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego*”, bem como o direito das servidoras públicas à “*três meses de licença com vencimentos integrais*”. Apesar de não repetida a referência à extensão da licença, as Constituições que se seguiram mantiveram a previsão do descanso anterior e posterior ao parto, com garantia de salário.

Conforme mostra Ariane Gomes dos Santos em sua dissertação de mestrado, as discussões travadas na Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988 trouxeram à tona “*questões mais profundas a envolver garantia de emprego, proteção à criança, importância do aleitamento e presença paterna, além da resistência do empresariado perante as possíveis mudanças*”³. Além da garantia previdenciária, a Constituição de 1988 inovou ao estabelecer a vedação à dispensa arbitrária ou sem justa causa desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

Em síntese, a empregada não pode ser dispensada sem justa causa desde a confirmação do estado gravídico até 5 (cinco) meses após o parto (art. 10, inciso II, alínea *b*), ADCT). Como a empregada goza de licença-maternidade pelo prazo mínimo de 120 (cento e vinte) dias (art. 7º, XVIII, CRFB/88) e a estabilidade provisória se inicia nos 5 (cinco) meses posteriores ao parto, haverá alguma coexistência temporal entre a licença-maternidade e o período estável.

Sobre o ponto, o Pleno do Supremo Tribunal Federal (STF) pacificou o entendimento de que a existência do estado gravídico é o termo inicial da contagem da estabilidade, e não a data de eventual comunicação ao empregador⁴. Assim, a estabilidade deve ser respeitada mesmo quando, no ato da despedida imotivada, o empregador não tenha ciência da situação.

³ SANTOS, Ariane Gomes dos. *Estabilidade provisória da empregada gestante: reflexões críticas*. 2019. 206 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 53.

⁴ Tema nº 497 de repercussão geral do STF.

Como se verá no tópico 2.3, o acórdão dirimiu controvérsia de longa data que existia na jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho (TST) acerca do tema, a qual foi superada pela redação posterior dada ao inciso I da Súmula nº 244 do TST.

A maior dificuldade de aplicação prática da estabilidade provisória surge em relação aos contratos por prazo determinado. No âmbito do Direito do Trabalho, a regra geral é a de que os contratos são pactuados por prazo indeterminado, diante do princípio da continuidade da relação de emprego. Ocorre que há situações nas quais o legislador autoriza a contratação por prazo determinado (art. 443 da CLT), seja pela natureza e transitoriedade dos serviços ou pela necessidade de pré-avaliação do vínculo (contrato de experiência). Soma-se a isso os contratos temporários pactuados com base na Lei nº 6.019/74, que trata das Empresas de Trabalho Temporário, e que se insere no contexto mais amplo da terceirização nas relações de emprego. No tópico 2.3, serão aprofundados os posicionamentos da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho sobre o tema.

2.2. Estabilidade provisória da gestante e a multiplicidade de regimes de pessoal da Administração Pública

A garantia provisória de emprego da gestante também encontra percalços para sua implementação diante da multiplicidade de regimes de pessoal existentes no “RH do Estado”: o regime estatutário, típico da Administração Pública Direta, autárquica e fundacional; e o regime celetista, característico das empresas estatais que integram a Administração Pública Indireta.

O servidor público estatutário é aquele cujas atribuições, deveres, remuneração e prerrogativas são fixadas diretamente por lei, de modo que não há contrato de trabalho propriamente dito. Prevalece aquilo que a jurisprudência do STF tem chamado de “relação jurídico-administrativa”, que atrai a competência para julgar as causas por eles ajuizadas para a Justiça Comum⁵. Ainda, após o ingresso via concurso público, o servidor estatutário adquire a garantia da estabilidade no cargo após 3 (três) anos de efetivo exercício, desde que aprovado em estágio probatório (art. 39, CRFB/88). Ele apenas poderá perder o cargo em caso de (i) sentença judicial transitada em julgado; (ii) processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa; ou (iii) avaliação de desempenho (que depende de lei complementar), nos termos

⁵ STF, ADI 3395, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 15/04/2020, DJe 01-07-2020.

do art. 41, §1º, CRFB/88. Esse é o regime travado, em regra, no âmbito da Administração Pública Direta, autárquica e fundacional, por força do art. 39, *caput* da Constituição de 1988.

Já o regime celetista é próprio dos agentes públicos que ocupam empregos públicos nas pessoas administrativas de direito privado integrantes da Administração Pública Indireta. São elas: empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas de direito privado. O vínculo dos celetistas com a Administração Pública observa as disposições da CLT (art. 173, §1º, CRFB/88). Embora o regime seja contratual, ele ainda sofre pontuais derrogações de normas de direito público, como o ingresso via concurso público (art. 37, II, CRFB/88) e a incidência do teto remuneratório para as estatais dependentes (art. 37, XI, §9º, CRFB/88).

A dita unicidade do regime estatutário na Administração Pública Direta, autárquica e fundacional foi uma novidade trazida pelo art. 39 da Constituição de 1988, que instituiu o chamado Regime Jurídico Único (RJU) de admissão de pessoal. O novo modelo veio para substituir a prática antiga que admitia a dualidade de regimes nas pessoas jurídicas de direito público da Administração, a qual violava o princípio da isonomia⁶.

Em um primeiro momento, a mudança foi interpretada como uma opção a ser exercida pelos entes pela adoção de um ou outro regime. Em um segundo momento, o RJU teria sido extinto pela Emenda Constitucional nº 19/98, que alterou a redação do *caput* do art. 39 e do art. 41, o que extinguiu a possibilidade de empregados públicos serem estabilizados nos cargos. A ideia era instituir uma bipartição organizada de regimes: o regime jurídico estatutário seria exclusivo para servidores das carreiras típicas de Estado, enquanto o regime celetista seria voltado para servidores com paralelo na iniciativa privada.

Ocorre que o STF concedeu medida liminar na ADI nº 2.135-7/DF para suspender a mudança de redação do art. 39, *caput*, CR/88. Assim, teria sido restaurada a eficácia do Regime Jurídico Único em nosso ordenamento jurídico, diante do efeito repristinatório tácito operado pelas decisões em sede de controle concentrado. Apesar de existir algum dissenso na literatura

⁶ PEREIRA, Anna Carolina Migueis. *Servidores Públicos no Brasil: lições institucionalistas para a promoção da capacidade estatal e da responsividade da função pública*. 2022. 316f. Tese (Doutorado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2022. RARAÚJO, Florivaldo Dutra de. Os Regimes Jurídicos dos Servidores Públicos no Brasil e suas Vicissitudes Históricas. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. Belo Horizonte, nº 50, pp. 143-169, jan/jul 2007. p. 158. No mesmo sentido, ABRUCIO, Fernando Luiz; PEDROTI, Paula; PÓ, Marcos Vinicius. A Formação da Burocracia Brasileira: a trajetória e o significado das reformas administrativas. In: LOUREIRO, Maria Rita; ABRUCIO, Fernando Luiz; PACHECO, Regina Silvia (orgs.). *Burocracia e Política no Brasil: desafios para a ordem democrática no século XXI*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2010, p. 53.

especializada acerca da possibilidade de opção pelo regime celetista⁷ ou estatutário, havia prevalecido a tese⁸ de que o RJU apenas pode ser estatutário. Isso se deu por 2 (duas) razões: (i) o exercício de funções típicas de Estado é incompatível com a CLT; (ii) o regime deve ser único para todos os servidores, de modo que não há escolha.

Em 2024, a ADI nº 2.135-7 foi definitivamente julgada pelo STF⁹, com a revogação da liminar anteriormente concedida. A Corte entendeu que não houve violação ao processo legislativo na aprovação da Emenda Constitucional nº 19/98, tendo declarado a constitucionalidade do trecho da Emenda que suprimiu a obrigatoriedade de regimes jurídicos únicos (RJU) e planos de carreira para servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas federais, estaduais e municipais.

Mesmo antes da pacificação da questão, a jurisprudência recente do STF já vinha admitindo algumas flexibilizações no RJU¹⁰, ao chancelar a adoção do regime celetista em entidades com personalidade jurídica de direito público, como os Conselhos Profissionais, a Universidade do Estado de São Paulo (USP) e fundações na área da saúde. No plano legislativo, também se admite a adoção do regime celetista nos consórcios de serviços públicos¹¹, que podem ter personalidade jurídica de direito público ou privado.

Além dos regimes estatutário e celetista, existe o regime especial dos agentes públicos temporários. Trata-se daqueles agentes contratados por prazo determinado para atender a *necessidade temporária de excepcional interesse público*, nos termos do art. 37, inciso IX da CR/88. Esses servidores temporários não ocupam propriamente cargos ou empregos públicos. Diante disso, prevalece o entendimento de que a Administração Pública pode admiti-los sem a prévia realização de concurso público, desde que realizado procedimento seletivo objetivo, pessoal e isonômico para seleção de pessoal.

⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32 ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 84, de 2.12.2014. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 266-272. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Regime Constitucional dos Servidores Públicos da Administração Direta e Indireta*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2ª ed. revista, atualizada e ampliada. 199, p. 104-112. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2ª ed., 2013, p. 531-533.

⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 30. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 708-712; MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 14ª ed., 1989, p. 358. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1990, p. 52. JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 8ª ed. revista ampliada e atualizada. 2012. p. 827.

⁹ STF, ADI nº 2.135/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia. Dj. 06/11/2024.

¹⁰ MIGUEIS, Anna Carolina. *Servidores Públicos no Brasil: lições do institucionalismo para compreensão e transformação da função pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2023.

¹¹ Art. 6º, §2º, da Lei nº 11.107/05 (redação dada pela Lei 13.822/2019).

Outra espécie de vínculo de natureza jurídico-administrativa existente na Administração Pública é o dos cargos em comissão. Embora se submetam aos mesmos direitos e deveres previstos nos Estatutos dos Servidores Públicos editados pelos entes subnacionais, as servidoras comissionadas ocupam cargos de livre nomeação e exoneração, para exercício de funções de direção, chefia e assessoramento (art. 37, II, CRFB/88).

Essa multiplicidade de vínculos de pessoal (estatutário, que inclui cargos em comissão, celetista e temporário) no âmbito do “RH do Estado” gera problemas práticos para a implementação de direitos trabalhistas, como o da estabilidade provisória da gestante. De forma ampla, os direitos sociais laborais aplicáveis aos servidores públicos estatutários são apenas aqueles previstos pelo art. 39, §3º da CRFB/88¹², dentre os quais a licença-maternidade. Como seus direitos são previstos em lei, o legislador pode optar por ampliá-los, dentro de sua margem de conformação. Inclusive, é comum que os entes subnacionais assim o façam¹³.

Mas qual seria a extensão da estabilidade provisória da gestante em relação às mulheres que trabalham no serviço público? Servidoras públicas estatutárias, servidoras ocupantes de cargo em comissão, empregadas públicas e servidoras temporárias gozam da garantia provisória de emprego de que trata o art. 10, inciso II, alínea b) do ADCT? Em caso positivo, o direito lhes é conferido na mesma extensão que as trabalhadoras sujeitas ao regime celetista, indistintamente?

Após a aprovação no período de estágio probatório, as servidoras públicas estatutárias são investidas de estabilidade no cargo, de modo que não há risco de serem dispensadas imotivadamente. Afinal, elas só podem perder o cargo nos casos previstos pelo art. 41, §1º da Constituição de 1988, não lhes sendo aplicáveis as normas trabalhistas sobre o tema. Já as empregadas públicas têm sua relação com a Administração regida pelo contrato de trabalho, de modo que não usufruem de estabilidade no cargo. É plenamente possível sua demissão

¹² São eles: salário-mínimo fixado em lei (art. 7º, inciso IV), garantia de salário não inferior ao mínimo em caso de remuneração variável (art. 7º, inciso VII), décimo terceiro salário (art. 7º, inciso VIII), adicional de trabalho noturno (art. 7º, inciso IX), salário-família (art. 7º, inciso XII), jornada de trabalho não superior a 8 horas diárias e 44 semanais (art. 7º, inciso XIII), repouso semanal remunerado (art. 7º, inciso XV), adicional de 50% da hora normal de trabalho para horas extras (art. 7º, inciso XVI), terço de férias (art. 7º, inciso XVII), licença-maternidade (art. 7º, inciso XVIII), licença-paternidade (art. 7º, inciso XIX), proteção do mercado de trabalho da mulher (art. 7º, inciso XX), redução dos riscos inerentes ao trabalho (art. 7º, inciso XXII), e proibição da diferença de salários (art. 7º, inciso XXX).

¹³ Um exemplo é o caso do Estado do Rio de Janeiro. O art. 19, inciso III, do Decreto-Lei nº 220/1975 estabelece o prazo de licença-maternidade de seis meses para as servidoras públicas estaduais.

imotivada. Assim, trata-se de típico caso em que incide a estabilidade provisória no cargo em caso de gravidez, pelo prazo de 5 (cinco) meses após o parto.

O problema maior reside nos vínculos de natureza temporária, quais sejam, as servidoras ocupantes exclusivamente de cargo em comissão e as servidoras temporárias. Nesses casos, não há estabilidade no cargo, de modo que a exoneração pela Administração é plenamente possível. No caso das temporárias, a necessidade que justificou a contratação é temporária, de modo que sequer há expectativa de continuidade no cargo. Ocorre que o art. 10, inciso II, alínea b) do ADCT trata apenas da *empregada gestante*, sem mencionar as servidoras gestantes. Tampouco o art. 39, §3º da CRFB/88 pacificou a controvérsia, já que foi silente sobre a matéria.

Esse é justamente o ponto sobre o qual se debruçou o STF no tema nº 542 de repercussão geral, tendo fixado o entendimento de que a estabilidade provisória se aplica tanto às empregadas quanto às servidoras públicas, de forma ampla. Ocorre que esse julgado decorreu de uma evolução da jurisprudência do STF e do TST sobre a matéria, tanto em relação às servidoras comissionadas e temporárias quanto às empregadas (públicas ou não). O tema é objeto do tópico subsequente.

2.3. Jurisprudência do TST e do STF acerca da estabilidade provisória da gestante

Como visto, a literatura especializada enxerga a estabilidade provisória da gestante sob as lentes do direito do trabalho, já que o instituto nasce a partir dos princípios protetivo e da continuidade da relação de emprego. Ainda, a definição dos requisitos da estabilidade é oriunda da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho (TST). Embora o objeto do presente estudo seja apenas a aplicabilidade da estabilidade da gestante às servidoras públicas, parece recomendável analisar, ainda que brevemente, os contornos dados ao instituto pelo TST, os quais poderão ser úteis para a solução jurídica da controvérsia.

2.3.1. Jurisprudência do TST: regime celetista

O TST foi instado a se manifestar em diversas oportunidades acerca do direito das trabalhadoras gestantes. Afinal, o constituinte de 1988 apenas previu o direito à licença-maternidade de, no mínimo, 120 (cento e vinte) dias e a vedação à dispensa arbitrária da gestante nos 5 (cinco) meses posteriores ao parto. A norma infraconstitucional que regula as

relações de trabalho no Brasil, que antecedeu a Constituição de 1988, tampouco avançou no tema, ao tratar de forma lacônica da licença-maternidade em seu artigo 392.

Atualmente, a estabilidade provisória da gestante é disciplinada pela Súmula nº 244 do TST, que fixa como única condicionante para a estabilidade da gestante o reconhecimento do estado gravídico, independentemente de prévia notificação ao empregador ou (des)conhecimento da gestante. Ainda, a gestante apenas pode ser reintegrada ao emprego caso isso se dê durante o período estabilitário de 5 (cinco) meses após o parto. Admite-se, inclusive, a estabilidade provisória às empregadas gestantes contratadas por prazo determinado.

Mas nem sempre foi assim. As primeiras súmulas editadas pelo TST (Súmulas nº 142, 244 e 260 do TST) não asseguravam reintegração ou estabilidade à gestante, mas tratavam apenas do direito à indenização dos salários e vantagens correspondentes ao período e seus reflexos. Esse entendimento restritivo se deve, em alguma medida, à percepção negativa do governo brasileiro acerca da estabilidade decenal¹⁴ do trabalhador na época¹⁵.

O avanço se deu a partir do reconhecimento da mulher como sujeito de direitos, sobretudo após a promulgação da Constituição de 1988. Com efeito, houve o cancelamento das Súmulas nº 142 e 260 do TST, bem como pela alteração da Súmula nº 244 do TST. Nos anos de 2003 e 2005, o enunciado sumular sofreu 2 (duas) modificações para (ii) permitir a reintegração da empregada durante o período da estabilidade; e (ii) vedar o direito à estabilidade temporária nos contratos por experiência. Em 2012, a Súmula sofreu uma terceira modificação para (iii) assegurar a estabilidade provisória às empregadas admitidas via contrato por prazo determinado. Já o direito à indenização e as demais verbas pecuniárias correspondentes durante o período de afastamento do emprego foi mantido. Confira-se o seguinte quadro comparativo:

HISTÓRICO DE REDAÇÕES DA SÚMULA Nº 244 DO TST	
1985 - Redação original	“A garantia de emprego à gestante não autoriza a reintegração, assegurando-lhe apenas o direito a salários e vantagens correspondentes ao período e seus reflexos.”

¹⁴ “No Brasil, todo empregado que completasse 10 (dez) anos no mesmo emprego adquiria estabilidade, ficando vedada a sua dispensa salvo na ocorrência de falta grave ou força maior.”

¹⁵ SANTOS, Ariane Gomes dos. *Estabilidade provisória da empresa gestante: reflexões críticas*. 2019. 206 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 68.

2003 – 1ª alteração	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.”
2005 – 2ª alteração	“Item III - 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)”
2012 - Redação atual, após a incorporação das Orientações Jurisprudenciais nos 88 e 196 da SBDI-1	I - O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade (art. 10, II, "b" do ADCT). II - A garantia de emprego à gestante só autoriza a reintegração se esta se der durante o período de estabilidade. Do contrário, a garantia restringe-se aos salários e demais direitos correspondentes ao período de estabilidade. III - A empregada gestante tem direito à estabilidade provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea “b”, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado.”

A alteração do item III da Súmula nº 244 pelo Pleno do TST em 2012 parece resultar de uma série de precedentes de cunho protetivo à empregada gestante nos contratos de experiência. De fato, a maior controvérsia acerca da aplicação da estabilidade temporária envolve 2 (duas) espécies de contratos por prazo determinado, quais sejam, o contrato de experiência e a contratação temporária regida pela Lei nº 6.019/74. Como se verá, após modificações sofridas pela Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/17), o diploma passou a admitir a terceirização da atividade-fim das empresas, bem como a contratação de empregados sob regime flexível, com direitos previstos em lei e sem vínculo de subordinação com a empresa tomadora dos serviços. Para fins esquemáticos, o tema será abordado no tópico a seguir, que trata da aplicação da estabilidade da gestante aos contratos por prazo determinado.

2.3.1.1. Estabilidade em contratos de trabalho por prazo determinado

Como visto, a regra geral no Direito do Trabalho é que os contratos sejam firmados por prazo indeterminado (art. 443, CLT), por conta do princípio da continuidade da relação de emprego. Excepcionalmente, o legislador admite a contratação com termo final pré-fixado, em 3 (três) hipóteses: (i) serviços cuja natureza ou transitoriedade justifique a celebração de

contrato a prazo; (ii) atividades empresariais de caráter transitório; e (iii) contrato de experiência (art. 479, CLT).

Diferentemente das demais situações, o contrato de experiência não supre necessidades transitórias, mas busca permitir que as partes avaliem o vínculo antes de torná-lo por prazo indeterminado. Sua duração máxima é de 90 (noventa) dias (art. 445, Parágrafo Único, CLT), já incluída eventual prorrogação, a qual se admite uma única vez (art. 451, CLT). Ainda, o empregado pode sofrer dispensa arbitrária ou sem justa causa nos contratos de experiência, já que há uma expectativa de convolação em contrato por prazo indeterminado. Diante disso, conferiu-se uma proteção legal inclusive contra a rescisão antecipada do ajuste, mediante pagamento de indenização pelo empregador (art. 479, CLT) ou pelo empregado (art. 480, CLT).

Essa característica peculiar do contrato de experiência levou à revisão da redação da Súmula nº 244 do TST. Como adiantado, o item III do enunciado sumular foi modificado em 2012 para assegurar a estabilidade provisória às empregadas gestantes admitidas via contratos por prazo determinado, o que inclui os contratos de experiência. Essa mudança de entendimento do TST baseou-se em precedentes de cunho protetivo à empregada gestante nos contratos de experiência (exceto um caso¹⁶).

Para fins exemplificativos, selecionou-se, dentre aqueles julgados dispostos no sítio eletrônico do TST, o Recurso de Revista nº 62700-90.2009.5.02.0074, prolatado pela 6ª Turma, cujo redator para acórdão foi o Ministro Augusto César Leite de Carvalho. Naquela oportunidade, a 6ª Turma do TST deu provimento ao Agravo de Instrumento interposto pela empregada para determinar o processamento do Recurso de Revista em face do acórdão do Tribunal Regional do Trabalho que negou a existência do direito à estabilidade provisória da empregada admitida via contrato de experiência. Em resumo, o empregador não havia anotado na CTPS da empregada a natureza do contrato, de modo que a empregada foi demitida no último dia do termo final do contrato de experiência. Diante disso, a empregada alegou violação ao art. 391 e seguintes da CLT, bem como ao art. 7º, inciso XVIII da Constituição da República e ao art. 10, inciso II, alínea “b)” do ADCT.

De forma esquemática, o voto vencedor do Min. Augusto César Leite de Carvalho baseou-se nos seguintes fundamentos: (i) o STF já afastou a premissa de que a aquisição da estabilidade seria incompatível com a predisposição dos contratantes a um termo final; (ii) o

¹⁶ RR 57041-60.2009.5.09.0671, 3ªT - red Min. Horácio Raymundo de Senna Pires, DJE 27.04.2012/J-18.04.2012.

contrato por experiência é vocacionado à vigência por prazo indeterminado, de modo que apenas se resolve caso a prova seja malsucedida; (iii) o art. 10, inciso II, alínea “b)” não distingue a situação dos contratos de prazo determinado, de modo que não caberia interpretação restritiva (“onde não foi feita distinção, não cabe ao intérprete fazê-lo”); (iv) o risco da atividade econômica pertence ao empregador (art. 2º, §2º da CLT); e (v) aplicação analógica da estabilidade temporária em caso de acidente de trabalho, que não distingue o direito à garantia quando o contrato for a termo (art. 118, Lei nº 8.213/91).

Embora o enunciado normativo¹⁷ contido no item III da Súmula nº 244 do TST seja claro no sentido de que a gestante contratada por prazo determinado tem direito à estabilidade provisória no emprego, existem julgados esparsos da 4ª Turma do TST em sentido contrário, com base na interpretação *a contrario sensu* do Tema nº 497 de repercussão geral do STF.

No julgamento do RE nº 629.053 – Tema nº 497 de repercussão geral, o STF fixou a tese de que “a incidência da estabilidade prevista no artigo 10, inciso II, do ADCT, somente exige a anterioridade da gravidez à dispensa sem justa causa”. Amparados na referida tese, sobretudo no termo “dispensa sem justa causa”, diversos Tribunais Regionais do Trabalho passaram a adotar o entendimento de que houve a superação do item III da Súmula 244 do TST¹⁸. Com isso, não mais subsistiria garantia no emprego às gestantes submetidas a contrato por prazo determinado, qualquer fosse a espécie.

Ocorre que o STF não se manifestou especificamente sobre a modalidade de contratação nesse caso. A discussão central do acórdão foi a ciência (ou não) do estado gestacional pela empregadora e pela própria empregada. O voto vencedor, exarado pelo Ministro Alexandre de Moraes, considerou que a efetividade máxima do direito à maternidade, materializada pelo seu direito instrumental de proteção contra a dispensa arbitrária da gestante, exige tão somente a gravidez preexistente à dispensa arbitrária¹⁹. Ainda, em sede de *obiter dictum*, o STF reiterou seu entendimento turmário de que a garantia provisória do emprego é devida às gestantes

¹⁷ Utiliza-se a aceção de enunciado normativo como texto em abstrato. V. BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 263.

¹⁸ CHANÇA, Vinicius Atanes. Estabilidade provisória da empregada gestante submetida a contrato a termo. *Conjur*, 16.03.2023. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2023-mar-16/vinicius-chainca-julgamento-tema-497-stf>> Acesso em 01.05.2023

¹⁹ Conforme trecho extraído do inteiro teor do voto do min. Alexandre de Moraes. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749246988>> Acesso em 18.04.2023

sujeitas a qualquer tipo de contrato, inclusive por prazo determinado²⁰. Esse ponto será detalhado no tópico seguinte.

Assim, entende-se que a garantia da estabilidade provisória segue aplicável à empregada gestante admitida por contrato de prazo determinado. É dizer: não houve *overruling* do item III da Súmula nº 244 do TST pelo Tema nº 497 do STF. Inclusive, eventual modificação do enunciado sumular referido demandaria deliberação do Pleno do TST²¹, o que não ocorreu até o presente momento. A situação é distinta em relação às empregadas temporárias contratadas sob o regime da Lei nº 6.019/74, como se verá.

2.3.1.2. Estabilidade em contratos de trabalho temporário regidos pela Lei nº 6.019/74

A Lei nº 6.019/74 insere-se no contexto mais amplo da terceirização de mão-de-obra²², sobretudo no setor privado. Antes mesmo da edição da Súmula nº 331 do TST em 1993, o referido diploma admitia a contratação das chamadas Empresas de Trabalho Temporário (ETT), as quais seriam responsáveis diretas pela contratação de pessoal e fornecimento de mão-de-obra às Empresas Tomadoras de Serviço. Daí surge uma relação trilateral entre (i) ETT; (ii) trabalhador temporário; e (iii) Empresas Tomadora de Serviço. A pretensão era ampliar a eficiência da atividade empresarial, por meio da redução dos custos de mão-de-obra.

Os trabalhadores temporários são aqueles que exercem atividades de natureza transitória, de modo a substituir pessoal permanente ou atender a acréscimo extraordinário de serviços²³. O vínculo jurídico do trabalhador temporário forma-se em face da ETT, a qual apenas fornece a mão-de-obra à Empresa Tomadora de Serviços, a qual é responsável subsidiária pelas obrigações trabalhistas inadimplidas. Os serviços são prestados por prazo pré-determinado, cujo termo máximo é de 180 (cento e oitenta) dias, prorrogáveis excepcionalmente por mais 90 (noventa) dias. Exige-se contrato escrito que preveja expressamente a hipótese justificadora do trabalho temporário. Ainda, admite-se que a Empresa

²⁰ Conforme trecho extraído do inteiro teor do voto do min. Luiz Fux. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749246988>> Acesso em 18.04.2023

²¹ Art. 702, I, f, da CLT.

²² A rigor, a literatura especializada aponta uma distinção entre a figura do trabalhador temporário da terceirização propriamente dita. V. ARAUJO DE, Valter Shuenquener; RABI, Abhner Youssif Mota. *Terceirização: uma leitura constitucional e administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 88.

²³ Art. 2º, Lei nº 6.019/74.

Tomadora dos Serviços contrate o trabalhador ao final do prazo em que tenha sido colocado à disposição pela ETT, sendo nula qualquer cláusula em sentido diverso.

Além da Lei nº 6.019/74, outro marco normativo sobre a terceirização de serviços foi a Lei nº 7.102/83, que dispõe sobre a possibilidade de as atividades de vigilância ostensiva e transporte de valores fossem desempenhadas não pelo estabelecimento financeiro, mas por empresa especializada especialmente contratada para esse fim. Essa alteração legislativa foi posteriormente consolidada pela Súmula nº 331 do TST, de modo que a referida legislação segue vigente.

A Lei nº 6.019/74 foi substancialmente alterada pela Lei nº 13.429/17, a qual também promoveu modificações substanciais acerca da terceirização. Ela foi seguida pela Lei nº 13.467/17 (Reforma Trabalhista), a qual alterou o art. 4º-A da Lei nº 6.019/74 para permitir expressamente a terceirização da atividade principal da empresa²⁴. Em resumo, a lei de terceirização buscou assegurar aos terceirizados que executem suas tarefas nas dependências da tomadora de serviços os mesmos direitos de que gozam os empregados, no que tange à alimentação, transporte, atendimento médico ou ambulatorial e segurança no trabalho. Também há a possibilidade de ser pactuada isonomia salarial e outros direitos não previstos no art. 4º-C entre o terceirizado e o empregado.

Feitas essas considerações iniciais, passa-se a abordar a incidência da estabilidade provisória da gestante às trabalhadoras temporárias admitidas sob a forma da Lei nº 6.019/74.

Como visto, os direitos assegurados às trabalhadoras temporárias são aqueles previstos pelo art. 12 da Lei nº 6.019/74, como repouso semanal remunerado, férias proporcionais, indenização por dispensa sem justa causa, dentre outros. Não houve previsão legal²⁵ da estabilidade à gestante. Sequer houve equiparação dos direitos dos trabalhadores temporários ao dos empregados pela Constituição de 1988, como ocorreu em relação aos trabalhadores avulsos²⁶ e às garantias da maternidade para as trabalhadoras domésticas²⁷. A despeito disso, a

²⁴ ARAUJO DE, Valter Shuenquener; RABI, Abhner Youssif Mota. *Terceirização: uma leitura constitucional e administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 123.

²⁵ De forma casuística, a jurisprudência do TST tem estendido ao trabalhador temporário direitos que não foram expressamente previstos pela legislação de regência, a exemplo do décimo terceiro salário e dos adicionais de insalubridade e periculosidade. Mas a postura da Corte em relação à extensão da estabilidade da gestante é mais restritiva, no sentido de que “a prudência recomenda cautela no reconhecimento judicial de direitos não previstos legalmente à categoria, diante da incompatibilidade entre o mencionado regime e os direitos referidos” (cf. inteiro teor do Incidente de Assunção de Competência nº 5639-31.2013.5.12.0051).

²⁶ Art. 7º, XXXIV, CRFB/88.

²⁷ Art. 7º, Parágrafo Único, CRFB/88.

proteção institucional desses direitos é estabelecida na legislação previdenciária, que assegura à trabalhadora temporária a condição de segurada (art. 11, I, "b", da Lei nº 8.213/1991), sendo devido ainda o salário-maternidade na forma do art. 30, II, do Decreto Federal nº 3.048/1999.

Resta saber se a trabalhadora temporária gestante tem direito à estabilidade provisória no emprego pelo período de 5 (cinco) meses após o parto, com a subsequente vedação à dispensa arbitrária durante esse prazo. No Incidente de Assunção de Competência nº 5639-31.2013.5.12.0051 (IAC nº 02), o Pleno do TST fixou a tese de que “*é inaplicável ao regime de trabalho temporário, disciplinado pela Lei n.º 6.019/1974, a garantia de estabilidade provisória à empregada gestante, prevista no art. 10, II, "b", do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.*”

A nova tese amparou-se em julgados exarados pela 1ª Turma do TST, em posicionamento divergente da jurisprudência pacífica daquela Corte. A Turma entendeu que “*o reconhecimento da garantia de emprego à empregada gestante não se coaduna com a finalidade da Lei 6.019/74, que é a de atender a situações excepcionálíssimas, para as quais não há expectativa de continuidade da relação ou mesmo de prestação de serviços com pessoalidade.*”²⁸ Em síntese, o novo entendimento baseou-se em 5 (cinco) fundamentos: (i) ausência de análise das especificidades da contratação temporária pelas jurisprudências do STF e do TST; (ii) a Lei nº 6.019/74 não implica a existência de qualquer contrato de trabalho, já que o contrato se dá entre as duas empresas (a tomadora de serviços e a locadora de mão-de-obra); (iii) a Constituição recepcionou tal tratamento distintivo, já que não equiparou o trabalhador temporário ao empregado, como fez com outras categorias (avulsos, por exemplo); (iv) a legislação previdenciária já protege a trabalhadora temporária gestante, mesmo após o fim do contrato, diante do pagamento de salário-maternidade durante o período de graça; e (v) a extensão da proteção ao trabalho da mulher poderia ser responsável pela discriminação das mulheres no ambiente de trabalho.

Ainda, o Pleno do TST acrescentou os seguintes fundamentos pela inaplicabilidade da estabilidade à gestante aos contratos temporários da Lei nº 6.019/74: (vi) impossibilidade de dispensa arbitrária ou sem justa causa nos contratos temporários, já que sua extinção se dá pelo decurso do prazo máximo previsto em lei e/ou pelo fim da necessidade transitória ou acréscimo extraordinário de serviços que justificou sua celebração; (vii) distinção entre contrato

²⁸ RR-5639-31.2013.5.12.0051, Rel. Min. Hugo Carlos Scheuermann, 1ª Turma, DEJT de 10/6/2016. No mesmo sentido, ver: RR-5377-71.2013.5.12.0022, Rel. Min. Waldir Oliveira da Costa, 1ª Turma, DEJT de 24/3/2017.

temporário e o contrato por prazo determinado regulado nos arts. 479 a 481 da CLT, já que nesse último há proteção legal contra a rescisão antecipada do ajuste, mediante pagamento de indenização²⁹, o que não ocorre nos contratos temporários³⁰.

Diante dessa diferença ontológica entre os contratos temporários da Lei nº 6.019/74 e os demais contratos por prazo determinado, o Pleno do TST fixou a referida tese de que não se aplicam às trabalhadoras temporárias a estabilidade da gestante prevista pelo art. 10, inciso II, alínea “b)” do ADCT.

2.3.2. Jurisprudência do STF: gestantes ocupantes de cargo em comissão e servidoras temporárias

A fundamentação dos julgados do TST supracitados costuma aludir à jurisprudência do STF sobre estabilidade provisória à gestante, seja para sustentar a aplicabilidade dessa garantia à empregada admitida por contrato de experiência ou para negar esse direito à trabalhadora temporária da Lei nº 6.019/74. A partir do inteiro teor dessas decisões judiciais, é possível identificar 2 (duas) afirmações comuns sobre o posicionamento do STF: (i) o STF tem entendimento pacífico pela aplicação indistinta da estabilidade provisória à trabalhadora gestante, independentemente do regime jurídico a ela aplicável; (ii) o STF não se pronunciou especificamente sobre as peculiaridades dos contratos por prazo determinado regidos pela CLT, mas apenas sobre as contratações precárias da Administração Pública, a exemplo das ocupantes de cargos em comissão ou das servidoras temporárias, ambas sujeitas ao regime jurídico administrativo³¹.

Resta saber se essas assertivas se confirmam na evolução da jurisprudência do STF, antes mesmo da pacificação da questão com o julgamento do Tema nº 542 de repercussão geral. Passa-se a analisar o que entendia a Suprema Corte acerca da aplicabilidade da estabilidade provisória à gestante, sobretudo nos contratos por prazo determinado da Administração Pública.

²⁹ A indenização pode ser paga pelo empregador (art. 479) ou pelo empregado (art. 480).

³⁰ Esse entendimento foi reconhecimento pela própria SBDI-1 no E-RR-1342-91.2010.5.02.0203, Redator Ministro Renato de Lacerda Paiva, DEJT 14/08/2015.

³¹ Conforme inteiro teor do acórdão do IAC nº 02 do TST: “Ainda sob a ótica constitucional, é preciso ressaltar que o E. Supremo Tribunal Federal ainda não se manifestou a respeito da matéria em questão. Nos precedentes julgados pela Suprema Corte, não houve exame sobre a aplicabilidade da garantia à gestante ao trabalhador contratado no regime da Lei nº 6.019/1974, mas às contratações precárias da Administração Pública, a exemplo das ocupantes de cargos em comissão (demissíveis ad nutum) ou das contratações administrativas em regime emergencial temporário.”

No Recurso Extraordinário nº 634.093/DF³², de Relatoria do Ministro Celso de Mello, da Segunda Turma, discute-se a aplicabilidade da estabilidade provisória à servidora pública gestante ocupante de cargo em comissão. O acórdão do Tribunal de origem havia decidido a causa favoravelmente à fruição da estabilidade, em linha com a jurisprudência do STF sobre o tema. A Segunda Turma do STF decidiu, por unanimidade, pelo não provimento do Recurso Extraordinário, já que a decisão de origem estaria em conformidade com a jurisprudência da Corte sobre a matéria

Em sede do Agravo Regimental interposto pela União Federal, o Min. Celso de Mello trouxe os seguintes fundamentos para a incidência da garantia constitucional à estabilidade da gestante no caso: (i) a estabilidade decorre das responsabilidades assumidas pelo Estado brasileiro no plano internacional (Convenção OIT nº 103, de 1952, promulgada pelo Decreto nº 58.821/66, artigo VI), bem como dispensar efetiva proteção à maternidade e ao nascituro; (ii) como o art. 39, §3º da Constituição de 1988 estendeu à servidora pública gestante o direito à licença-maternidade, também lhe seria aplicável a estabilidade provisória prevista pelo art. 10, inciso II, “b)” do ADCT; (iii) princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais, que busca dar efetividade ao comando do art. 6º da Constituição de 1988; (iv) a jurisprudência do STF já decidiu que a estabilidade provisória depende tão somente da confirmação objetiva do estado fisiológico da gravidez da empregada ou servidora pública, independentemente de prévia comunicação ao empregador ou ao órgão público competente.

De forma ampla, firmou-se o entendimento de que a estabilidade provisória da gestante é plenamente aplicável às servidoras públicas, independentemente do regime jurídico a elas aplicável – de caráter administrativo ou contratual – ou do caráter precário ou não do vínculo – se por prazo indeterminado ou determinado³³. Na mesma linha, existem inúmeros julgados de Turmas e decisões monocráticas do STF que reconhecem o direito à estabilidade provisória às servidoras públicas gestantes ocupantes de cargo em comissão. A propósito, confira-se o seguinte trecho extraído do inteiro teor do voto do Min. Relator:

“Em suma: as gestantes – quer se trate de servidoras públicas, quer se cuide de trabalhadoras, qualquer que seja o regime jurídico a elas aplicável, não importando se de caráter administrativo **ou de natureza contratual (CLT), mesmo aquelas ocupantes de cargo em comissão **ou** exercentes de função de confiança **ou**, ainda, **as contratadas** por prazo determinado, **inclusive** na hipótese prevista **no inciso IX** do art. 37 da Constituição, **ou** admitidas a título**

³² RE 634093 AgR, Relator(a): CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 22/11/2011, DJE 07-12-2011

³³ SANTOS, Ariane Gomes dos. *Estabilidade provisória da empregada gestante: reflexões críticas*. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019, pp. 74/75, grifou-se.

precário – **têm direito público subjetivo** à estabilidade provisória, **desde a confirmação** do estado fisiológico de gravidez **até** cinco (5) meses após o parto (ADCT, art. 10, II, “b”), **e**, também, à licença-maternidade de 120 dias (CF, art. 7º, XVIII, c/c o art. 39, § 3º), sendo-lhes preservada, em consequência, nesse período, **a integridade** do vínculo jurídico **que as une** à Administração Pública **ou** ao empregador, sem prejuízo da integral percepção do estipêndio funcional **ou** da remuneração laboral.” (grifos do original)

Como se pode perceber, não houve qualquer discussão acerca das especificidades do vínculo funcional entre a servidora pública ocupante de cargo em comissão e a Administração Pública. Tampouco foi feita alguma distinção entre os contratos por prazo determinado ou indeterminado. O acórdão limita-se a conferir máxima efetividade ao direito fundamental da gestante em não ser dispensada de forma arbitrária ou sem justa causa, sem adentrar na *ratio* que inspirou a criação dessa garantia.

No Recurso Extraordinário nº 523.572-0/PR, de Relatoria da Ministra Ellen Gracie, da Segunda Turma, discutia-se o direito da militar temporária gestante à licença-maternidade. Naquele caso, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região manteve a sentença que concedeu a segurança, para manter o vínculo da autora ao Exército no período de licença-maternidade. Em sede recursal, a União Federal alegou que a garantia da estabilidade provisória à gestante aplica-se apenas às servidoras públicas ou às empregadas celetistas, não sendo aplicáveis às militares ou estatutárias que têm regime jurídico próprio. A Segunda Turma decidiu, por unanimidade, pelo não provimento do recurso interposto. Há diversos julgados de Turmas do STF³⁴ no mesmo sentido. Em sede de Agravo Regimental, foi mantida a decisão turmária, com base no seguinte fundamento:

“A Constituição Federal, ao conferir direito à estabilidade provisória oriunda de licença-maternidade, visou proteger as trabalhadoras em geral, civis ou militares. Portanto, não obstante o regime jurídico próprio da categoria, a licença maternidade, por se tratar de preceito constitucional, funda-se na própria Constituição Federal”.³⁵

Além de não ter se debruçado sobre o regime jurídico específico que rege as servidoras públicas militares, a Segunda Turma do STF parece ter equiparado licença-maternidade e estabilidade provisória da gestante. O raciocínio parece seguir o mesmo *iter* do julgado anterior: a servidora goza de licença-maternidade, logo, fruirá igualmente da garantia de estabilidade temporária no cargo. O caso chama ainda mais a atenção por se tratar de servidora *temporária*

³⁴ RE 597989 AgR, Relator: Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgado em 09/11/2010, DJe 29-03-2011; AI 811376 AgR, Relator(a): Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 01/03/2011, publicado em 23-03-2011.

³⁵ Conforme trecho extraído do inteiro teor do acórdão. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605161>> Acesso em 20.05.23

do Exército, de modo que sequer haveria expectativa legítima à posterior manutenção do vínculo. Mais uma vez, a natureza do vínculo jurídico com a Administração Pública não foi considerada para fins de determinar a incidência ou não da estabilidade à gestante.

Como visto, em todos os julgados mencionados o STF não apreciou a questão da natureza do vínculo funcional – contratual ou administrativo – nem da perenidade do vínculo funcional – se por prazo determinado ou indeterminado. A partir das pesquisas realizadas, foi possível localizar apenas um julgado em que essa controvérsia se colocou: o Recurso Extraordinário nº 287.905-3/SC. Dada a riqueza das discussões travadas nesse julgado, esse será analisado de forma detalhada a seguir.

Sem embargo, há julgados pontuais do STF que buscam diferenciar os regimes jurídicos aplicáveis às servidoras públicas no que tange ao reconhecimento do direito à estabilidade provisória. No Recurso Extraordinário nº 287.905-3/SC, de Relatoria da Ministra Ellen Gracie, cujo Redator para Acórdão foi o Ministro Joaquim Barbosa, da Segunda Turma, discutia-se especificamente a incidência da licença-maternidade e da estabilidade provisória da gestante à professora temporária do Estado de Santa Catarina, submetida a regime jurídico próprio.

A recorrida havia sido admitida em caráter temporário (03.02.1997 a 30.12.1997) como professora da rede oficial de ensino do Estado de Santa Catarina. Findo o contrato, por decurso do prazo prefixado, impetrou mandado de segurança, por meio do qual pleiteou a nulidade do ato de dispensa em razão da estabilidade provisória decorrente de seu estado de gravidez. O Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina concedeu parcialmente a segurança, para assegurar a impetrante, independentemente do término do contrato temporário, o gozo da licença-maternidade, com as vantagens constitucionais asseguradas. Em face do acórdão do Tribunal de origem, o Estado de Santa Catarina interpôs Recurso Extraordinário, por meio do qual alegou ofensa aos arts. 2º, 7º, inciso XVIII e art. 39, §2º, 37, *caput*, incisos II e IX da Constituição de 1988, já que se estaria conferindo estabilidade, mesmo temporária, à contratação por prazo certo, em contrariedade ao entendimento jurisprudencial do TST sobre o tema.

A Segunda Turma do STF decidiu, por maioria dos votos, negar provimento ao recurso interposto pelo Estado de Santa Catarina, de modo a assegurar os direitos à licença-maternidade e à estabilidade provisória no cargo público à servidora temporária gestante, *especialmente quando celebra sucessivos contratos temporários com o mesmo empregador*.

Diferentemente dos demais julgados citados, nesse caso foi instaurada divergência entre o voto da Ministra Relatora e o Ministro Redator para Acórdão Carlos Velloso. A Ministra Ellen Gracie havia decidido dar provimento ao recurso, para cassar a segurança pretendida, com base no seguinte fundamento:

“Com efeito, não se tratando de dispensa arbitrária ou sem justa causa, mas de encerramento do prazo regular de duração de contrato temporário sob regime administrativo especial regulado pela Lei Estadual 8.391/91, não há se falar em incidência do art. 10, II, “b” do ADCT ao caso. Nesse sentido a decisão proferida pelo Ministro Marco Aurélio no AI 253.844 (DJ de 14.12.1999).

Dessa forma, a interpretação dada pelo Tribunal estadual ao art. 7º, XVIII c/c art. 39, §2º (redação original), CF, importa em ter por absoluta a estabilidade garantida à gestante no art. 10, II, “b” do ADCT, exegese contrária à própria literalidade do dispositivo.”³⁶

O Ministro Joaquim Barbosa acompanhou a Relatora, bem como analisou de forma detida a natureza temporária dos contratos por prazo determinado no âmbito dos contratos de trabalho. Em resumo, entendeu que, como o contrato temporário é uma exceção à regra do contrato por prazo indeterminado, vigente no sistema celetista, “*caso se admitisse a estabilidade provisória no curso de um contrato por prazo determinado, violado estaria o princípio da autonomia da vontade*”. Ao final, aduziu que a estabilidade provisória não seria compatível com o contrato por prazo determinado, pois “*não se pode aplicar a garantia de emprego por ocorrência de uma gravidez, quando já não se sabe previamente a data em que o contrato vai findar*”.

O voto do Ministro Carlos Velloso inaugurou a divergência, sob o fundamento de que a exoneração da servidora pública no gozo da licença-maternidade constitui ato arbitrário, já que contrário ao art. 7º, inciso XVIII, ADCT e art. 10, inciso II, alínea b) da CRFB/88. Nesse sentido, citou outros acórdãos de sua relatoria³⁷, também da Segunda Turma do STF.

Em sede de *obiter dictum*, o Ministro Joaquim Barbosa resolveu acompanhar o voto do Min. Carlos Velloso, por uma razão fática relevante: naquele caso, houve sucessivas renovações do contrato temporário da professora com a Administração. Confira-se:

³⁶ Conforme trecho extraído do inteiro teor do voto da ministra Ellen Gracie. Disponível em: < <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=260080> > Acesso em 01.06.23

³⁷ RMS nº 24.263/DF, Rel. Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, julgado em 01/04/2003, publicado em 09/05/2003; RMS nº 21.328/DF, Rel. Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, julgado em 11/12/2001, publicado em 03/05/2002.

“O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA — Eu vou reformular em razão de um dado que foi realçado pelo Ministro Carlos Velloso: o fato de que houve sucessivas recontrações.

(...)

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Eu acho bastante relevante o fato de que, dois anos, sucessivos contratos temporários de três meses, realmente, isso aí me impressiona. Vou reformular.” (grifou-se)

O Ministro Carlos Velloso foi acompanhado pelos ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello, bem como pelo ministro Joaquim Barbosa após reformulação de seu voto. Assim, a Segunda Turma decidiu, por maioria, negar provimento ao Recurso Extraordinário interposto, vencida a Ministra Ellen Gracie³⁸. O acórdão ficou ementado no seguinte sentido: “*a empregada sob regime de contratação temporária tem direito à licença-maternidade, nos termos do art. 7º, XVIII da Constituição e do art. 10, II, b do ADCT, especialmente quando celebra sucessivos contratos temporários com o mesmo empregador*” (grifou-se)

Em sede de *obter dictum*, instaurada discussão plenária, a ministra Ellen Gracie externou sua preocupação pragmática de que a extensão da estabilidade provisória às servidoras públicas temporárias tenha como efeito prático a discriminação delas no mercado de trabalho, a qual foi acompanhada também pelo ministro Joaquim Barbosa:

“Estou encaminhando meu voto, na linha do parecer do Ministério Público, para conhecer do recurso e lhe dar provimento, cassando a segurança. Alerto Vossas Excelências, embora a mim agradasse muito deferir este mandado de segurança, que **vejo com preocupação as conseqüências que podem advir para as mulheres em geral no mercado de trabalho, que poderão, a partir de uma tal orientação, deixar de ser admitidas para esses contratos temporários já que o empregador nunca saberá se, ao término do contrato, não terá, face a uma gravidez, que prorrogar pagamentos por mais um período que não estava nas suas previsões.**”

“A Sra. Ministra Ellen Gracie (Relatora) — Sr. Presidente, com a devida vênica do meu eminentíssimo Colega Carlos Velloso, lembrando o que disse na sessão anterior em que apresentei esse relatório e voto, **temo sinceramente que esta decisão da Corte Suprema venha exatamente em prejuízo das mulheres trabalhadoras, porque nenhum empregador haverá mais de querer contratar por tempo determinado, se ele ficar sujeito, desde que a contratada esteja em idade fértil, à prorrogação de tal contrato por mais alguns meses.** Quer dizer, **o empregador que contrata por esse tempo, e só precisa daquela trabalhadora por três meses, não vai mais contratar mulheres. Vai procurar contratar ou mulheres mais idosas, ou homens.**

³⁸ RE 287905, Relator(a): ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 28/06/2005, DJ 30-06-2006

O Senhor Ministro Carlos Velloso — Vai exigir exame de gravidez?

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Relatora) — Não. Acho que seria inconstitucional. **Agora, dentro da atividade comercial, é perfeitamente possível que o empregador, agente econômico, faça esse raciocínio: não contratarei dentro de uma determinada faixa da população.**

(...)

“O Senhor Ministro Joaquim Barbosa — **A consequência daquilo é fechar o mercado de trabalho às mulheres, em salários superiores àquele limite.**”
(grifou-se)

Vista a jurisprudência anterior do STF sobre a estabilidade provisória das empregadas temporárias, o tópico a seguir analisará o entendimento firmado no Tema nº 542 de repercussão geral.

2.2.4. O entendimento firmado pelo STF no Tema nº 542 de repercussão geral (Recurso Extraordinário nº 842.844)

No tópico anterior, viu-se que a jurisprudência do STF reconhecia o direito à estabilidade provisória da gestante às servidoras temporárias que celebravam sucessivos contratos com o mesmo empregador. Ocorre que essa distinção não foi encampada pelo STF no julgamento do Recurso Extraordinário nº 842.844³⁹⁻⁴⁰, que resultou na fixação do Tema nº 542 de repercussão geral. Como adiantado, foi fixada a seguinte tese: “*A trabalhadora gestante tem direito ao gozo de licença-maternidade e à estabilidade provisória, independentemente do regime jurídico aplicável, se contratual ou administrativo, ainda que ocupe cargo em comissão ou seja contratada por tempo determinado*”.

Em sede de *obiter dictum*, o Min. Luiz Fux, relator do Recurso Extraordinário, caminhou no sentido de que “*no contexto normativo axiológico do sistema jurídico, não se admite uma diferenciação artificial entre trabalhadoras da esfera pública e da esfera privada, seja qual for o contrato de trabalho em questão*”. Especificamente em relação às servidoras temporárias, o Relator consignou que a relação jurídica que se estabelece com a Administração Pública é de caráter administrativo, por ser regulada por lei. Acrescentou, ainda, que tanto as servidoras

³⁹ Recurso Extraordinário nº 842.844, Pleno, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 05.10.2023, DJe 06.12.2023.

⁴⁰ O caso concreto tinha por objeto ação rescisória ajuizada por Rosimere da Silva Martins com o objetivo de reformar acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, o qual negou provimento à apelação por entender que “*a dispensa de empregada gestante ao término do prazo do contrato de trabalho não é ‘arbitrária ou sem justa causa’*”. Em face desse acórdão foi interposto recurso extraordinário pelo Estado de Santa Catarina.

temporárias quanto as comissionadas possuem vínculo de natureza precária com o Estado, ainda que regulado pelo regime jurídico especial constante da lei do ente federado.

Ao final, o relator conclui que *“demonstrada a proteção constitucional às trabalhadoras em geral, prestigiando-se o princípio da isonomia, não há de se falar em diferenciação entre modalidades contratuais de servidoras públicas gestantes”*. O fundamento central acolhido pelo relator foi o que de não há quaisquer traços distintivos aptos a conceder a garantia a algumas mães servidoras e afastá-la a outras, à luz da Convenção 103 da OIT, de 1952. E que a extensão da garantia a todas as servidoras, independentemente do vínculo firmado com a Administração Pública, decorreria do princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais.

O voto do relator foi acompanhado na íntegra pelos demais ministros, ressalvadas pontuais divergências quanto à tese a ser proposta, que não prevaleceram. Por se tratar de acórdão julgado sob a sistemática da repercussão geral, o precedente firmado é de natureza vinculante e deve ser plenamente observado pelos Tribunais (cf. art. 1.029, §1º, CPC/15).

A partir da evolução da jurisprudência do STF vista anteriormente, percebe-se que a tese firmada não configura verdadeira inovação no entendimento da Corte. Na realidade, a vasta maioria dos acórdãos proferidos por Turmas e decisões monocráticas já vinham no sentido de estender esse direito a todas as trabalhadoras, independentemente do vínculo jurídico com o empregador, com base na Convenção nº 152 da OIT e na alteração da redação do item III da Súmula nº 244 do TST no ano de 2012.

A despeito disso, pretende-se empreender uma análise crítica desse entendimento vinculante que foi reiterado pelo STF, à luz das peculiaridades que envolvem os distintos regimes jurídicos de pessoal que podem ser firmados com a Administração Pública. Nesse ponto, será feito uso das considerações tecidas no bojo do RE nº 287.905-3/SC, sobretudo no voto da Ministra Ellen Gracie, as quais se afiguram ser úteis para aferir as consequências práticas desse entendimento para o Estado.

De fato, desde 2012, já se encontra amplamente superada pelo TST a tese da incompatibilidade ontológica entre estabilidade provisória da gestante e contratos por prazo determinado, o qual alterou seu enunciado sumular no sentido de que a estabilidade da gestante é aplicável aos contratos com termo final pré-fixado. A despeito disso, propõe-se uma reflexão crítica acerca do tema, sobretudo tendo em vista a preservação da autonomia da vontade e, por

que não, da capacidade gerencial da Administração Pública na admissão de servidoras temporárias e exclusivamente comissionadas.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS SOBRE O RISCO DE *BACKLASH* JUDICIAL EM CASO DE EXTENSÃO DA ESTABILIDADE PROVISÓRIA ÀS SERVIDORAS PÚBLICAS EXCLUSIVAMENTE COMISSIONADAS E TEMPORÁRIAS

Historicamente, a interpretação jurisprudencial da garantia constitucional da estabilidade provisória da gestante insere-se nas chamadas relações celetistas de trabalho. A interpretação literal do dispositivo parece indicar a existência de um contrato de trabalho, no qual há um trabalhador pessoa física prestando serviços de forma subordinada e onerosa ao empregador. Na seara do Direito do Trabalho, a regra geral é de que os contratos são firmados por prazo indeterminado, o que justificaria a vedação à dispensa imotivada ou arbitrária pelo empregador. Diante dessa inspiração, a jurisprudência do TST oscilou acerca da aplicabilidade do art. 10, inciso II, “b” do ADCT aos contratos por prazo determinado. Em 2005, o item III da Súmula 244 do TST respondia positivamente; em 2012, o mesmo item foi alterado para responder negativamente, com base em precedentes sobre contratos de experiência.

Essa oscilação da jurisprudência do TST e a redação lacônica do art. 10, inciso II, “b” do ADCT geraram certa confusão quando da transposição do instituto da estabilidade da gestante para as contratações sob o regime jurídico administrativo. No âmbito da Administração Pública Direta e nas pessoas jurídicas de direito público da Administração Pública Indireta⁴¹, sequer há contrato de trabalho propriamente dito. O que se forma é uma relação jurídico-administrativa entre os servidores públicos e o Estado, cujos direitos são disciplinados pelo art. 39, §3º da Constituição de 1988 (que é o piso mínimo) e pelo Estatuto dos Servidores editado pelo ente subnacional (que pode ampliar o leque de direitos dentro de sua competência legislativa supletiva). O STF já entendeu que isso vale tanto para os servidores públicos estatutários⁴², quanto para os que ocupam exclusivamente cargos em comissão, de livre nomeação e exoneração, e os servidores temporários que atendem a necessidades extraordinárias e transitórias do Poder Público.

⁴¹ A incidência do regime celetista nos vínculos funcionais com a Administração Pública Indireta foi tratado no tópico 2.2 desse artigo, ao qual se faz remissão.

⁴² STF, ADI 3395, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 15/04/2020, DJe 01-07-2020.

Ocorre que essa diferenciação entre o regime jurídico administrativo e o regime celetista não tem sido considerada pela jurisprudência do STF. O Tema nº 542 de repercussão geral estendeu o direito à estabilidade provisória às servidoras gestantes de forma ampla, sejam elas ocupantes de cargo em comissão ou temporárias, estatutárias ou celetistas. O argumento central é o princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais, que protege a gestante e o nascituro durante os 5 (cinco) meses iniciais de vida, com base na Convenção da OIT nº 103.

O risco que se corre é o do chamado “fundamentalismo dos direitos fundamentais”⁴³, já que a extensão de direitos não previstos pelo art. 39, §7º da Constituição de 1988 às servidoras públicas gestantes pode representar certo paternalismo estatal, com redução da autonomia gerencial da Administração Pública para manejar seus contratos por prazo determinado. Ainda, há evidente risco de *backlash*⁴⁴, já que a aplicação indiscriminada da estabilidade às servidoras gestante que têm vínculo indiscriminado com o Estado pode produzir efeito contrário ao pretendido⁴⁵. A maximização da proteção constitucional pode gerar, na prática, discriminação no mercado de trabalho, já que nem sempre o Estado disporá dos recursos orçamentários necessários a eventual manutenção da servidora no cargo precário. O que pode se verificar é que o Poder Público precifique esse custo financeiro no momento da contratação e prefira contratar homens a mulheres que terão que ser mantidas no cargo por determinado tempo.

Dai propõe-se uma análise crítica, à luz do pragmatismo jurídico, que considere os efeitos práticos do Tema nº 542 de repercussão geral para as contratações de servidoras temporárias ou comissionadas pela Administração Pública, em linha com o art. 20 da LINDB⁴⁶. O recurso ao pragmatismo têm sido comum na jurisprudência do STF, inclusive em relação à igualdade de gênero. A título exemplificativo, cita-se a Ação Direta de Inconstitucionalidade

⁴³ O tema é mais discutido no âmbito da eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas. Sobre o tema, v. SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho. *Rev. TST, Brasília*, vol. 77, nº 4, out./dez. 2011, p. 61.

⁴⁴ POST, Robert; SIEGEL, Reva. *Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash. Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, Nº 434, Vol. 42, 2007, p. 373-433. WILLEMANN, Marianna Montebello. Constitucionalismo democrático, backlash e resposta legislativa em matéria constitucional no Brasil. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*. Belo Horizonte, ano 11, n. 40, jan./mar. 2013

⁴⁵ “A materialização do direito, que a princípio visava eliminar a discriminação das mulheres, produziu efeitos contrários, na medida em que a proteção da gestação e da maternidade apenas agravava o risco do desemprego das mulheres, uma vez que as normas de proteção do trabalho reforçaram a segregação do mercado de trabalho (...)” (HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, volume II. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 163)

⁴⁶ Art. 20. “Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.”
Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

nº 1.946-5/DF, que conferiu interpretação conforme ao art. 14 da Emenda Constitucional nº 20/98 (que fixou o teto do Regime Geral de Previdência Social (RGPS) em R\$ 1.200,00), de modo a excluir sua aplicação ao salário da licença gestante, a que se refere o art. 7º, inciso XVIII, da Constituição Federal⁴⁷.

Nos cargos em comissão, nasce uma relação de fidúcia entre servidor público e o Estado para o exercício de funções de direção, chefia e assessoramento. É natural que essa confiança no servidor nomeado possa se desfazer em algum momento, seja pelo interesse da Administração de dispor daquele cargo para outra necessidade urgente ou pela simples mudança na chefia da pasta de determinada Secretaria, por exemplo. Daí a possibilidade franqueada pelo art. 37, inciso II da Constituição da República de que esse servidor comissionado seja exonerado a qualquer tempo, desde que de forma motivada. Isso fica ainda mais claro nos casos em que o servidor ocupa exclusivamente cargo em comissão, não possuindo vínculo de natureza estatutária com o Poder Público. Não há, assim, expectativa legítima de que a nomeação ao cargo em comissão se dê por prazo indeterminado, embora isso possa se verificar na prática.

Nos contratos temporários, o servidor é contratado por prazo determinado para atender a necessidade transitória do Poder Público. Essa demanda do Estado deve ser de caráter provisório, limitada no tempo, prevista em lei, a fim de prover interesse público excepcional⁴⁸. Em regra, não cabe para exercício de funções permanentes, mas ela é admitida diante de previsão legal para situações excepcionais. Esse tipo de contrato é bastante comum no âmbito da saúde, como a contratação de médicos durante a pandemia, por exemplo. O servidor sabe, de antemão, que seu vínculo funcional é precário, e será extinto automaticamente após o advento do termo pré-fixado. Não há qualquer expectativa de que ele seja mantido no cargo, já que a exigência a ser suprida deve ser sempre transitória.

Essas características dos cargos em comissão e dos contratos temporários devem ser temperadas com a proteção da gestante e do nascituro após o parto. As servidoras que ocupam cargos em comissão podem ser livremente exoneradas, de modo a assegurar a disponibilidade imediata do cargo que ocupam para a Administração Pública. Nesses casos, admitir que a servidora gestante não possa ser exonerada nos 5 (cinco) meses posteriores ao parto de forma

⁴⁷ STF, ADI 1946, Relator Sydney Sanches, Tribunal Pleno, julgado em 03/04/2003, DJ 16-05-2003.

⁴⁸ Tema nº 612 de repercussão geral do STF: “Nos termos do art. 37, IX, da Constituição Federal, para que se considere válida a contratação temporária de servidores públicos, é preciso que: a) os casos excepcionais estejam previstos em lei; b) o prazo de contratação seja predeterminado; c) a necessidade seja temporária; d) o interesse público seja excepcional; e) a contratação seja indispensável, sendo vedada para os serviços ordinários permanentes do Estado que estejam sob o espectro das contingências normais da Administração.”

indistinta pode, em alguma medida, impactar negativamente na capacidade gerencial do Estado de organização e gestão de seus cargos. Essa ressalva também vale para as servidoras temporárias, que já sabem de antemão quando haverá o desfazimento de seu vínculo funcional.

Na outra ponta, a gestante não restará desprotegida após o parto do nascituro. Como as servidoras comissionadas e temporárias são seguradas obrigatórias do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), elas receberão o salário-maternidade custeado pelo Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS), nos termos do art. 11, I, "b", da Lei nº 8.213/1991. Durante o parto, elas gozarão do licença-maternidade pelo prazo fixado no Estatuto dos Servidores Públicos do ente subnacional a que estão vinculadas, cuja remuneração será custeada direta e integralmente pelo INSS.

Mas a solução previdenciária, de fato, não resolve completamente a vida da servidora pública gestante comissionada que foi exonerada do cargo após o término da licença-maternidade, a qual ficaria sem emprego e sem salário num período crucial para o desenvolvimento de seu filho, em situação de vulnerabilidade. Assim, caso o STF eventualmente reveja seu entendimento, seria possível reconhecer que, a despeito de não haver direito à estabilidade provisória da servidora pública gestante no cargo em comissão que ocupa, ela possui direito público subjetivo ao recebimento dos salários que perceberia nos 5 (cinco) meses posteriores ao parto. É dizer: ainda que o Estatuto dos Servidores Públicos locais seja omissivo, ela poderá pleitear os efeitos financeiros decorrentes do período posterior à gestação perante o Poder Judiciário. Assim, a Administração Pública mantém a disponibilidade do cargo para fins gerenciais e a servidora não restaria desassistida. Aqui, a relação de fidúcia estabelecida com o Estado justifica que o cargo permanece de livre nomeação e exoneração, garantindo-se o direito à indenização pelos 5 (cinco) meses posteriores à confirmação do estado gravídico.

Caso distinto se dá em relação às servidoras ocupantes exclusivamente de cargo em comissão, mas que, na prática, já ocupam o cargo há considerável lapso temporal. Aqui, a renovação sucessiva da relação de fidúcia estabelecida com a Administração Pública parece aproximar esse regime jurídico administrativo de um contrato celetista por prazo indeterminado. Há, aqui, expectativa legítima de manutenção no cargo a ser tutelada. Nesse caso específico de servidoras ocupantes exclusivamente de cargo em comissão, que ocupam o cargo há considerável lapso temporal – a ser aferido no caso concreto –, parece não haver

dúvidas de que fato lhes assiste o direito à estabilidade provisória, nos mesmos moldes decididos no RE nº 287.905-3/SC.

Em relação às servidoras temporárias, essa relação de confiança com o agente público nomeante não se verifica. A ideia é atender a uma necessidade transitória da Administração Pública, de modo que incidem limitações temporais e objetivas⁴⁹. Como o contrato é firmado a termo, conhecido de antemão pela servidora, ela gozará de licença-maternidade durante o período em que vigorar o referido contrato. Assim, parece plenamente possível que ela usufrua da estabilidade provisória no cargo *durante* o prazo em que vigorar a avença. Inclusive, nesses casos, é comum que haja prévia dotação orçamentária para cobrir a integralidade do período contratual⁵⁰, de modo que o equilíbrio orçamentário não parece ser comprometido pela proposta. Por outro lado, caso o período estável seja *posterior* ao término do respectivo contrato temporário, poder-se-ia questionar a subsistência da manutenção da estabilidade provisória à gestante, que de todo modo já estaria tutelada pela previdência.

Tendo isso em vista, submete-se a seguinte proposição: “O Tema nº 542 de repercussão geral desconsidera que a natureza administrativa do vínculo travado entre a servidora pública e a Administração Pública abrange uma multiplicidade de regimes de pessoal - cargos em comissão, temporários, servidoras estatutárias ocupantes de cargo em comissão - que impactam a expectativa de manutenção do vínculo. Por essa razão, o Tema merece ser reavaliado, sobretudo pelo fato de que a extensão da estabilidade provisória da gestante aos diferentes regimes de pessoal no serviço público pode gerar distorções e eventual discriminação no mercado de trabalho, inviabilizando a igualdade material que esse direito pretende promover.”

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRUCIO, Fernando Luiz; PEDROTI, Paula; PÓ, Marcos Vinicius. A Formação da Burocracia Brasileira: a trajetória e o significado das reformas administrativas.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2ª ed., 2013

ARAUJO DE, Valter Shuenquener; RABI, Abhner Youssif Mota. *Terceirização: uma leitura constitucional e administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2018

⁴⁹ Por exemplo, o Tema nº 916 de repercussão geral estabeleceu que contratações temporárias realizadas em desconformidade com o artigo 37, IX, da Constituição não geram vínculos jurídicos válidos, exceto pelo direito ao salário e aos depósitos de FGTS. Já no Tema nº 551 de repercussão geral, definiu-se que servidores temporários não possuem direito automático a benefícios trabalhistas como décimo terceiro salário e férias remuneradas, salvo se houver previsão legal ou contratual ou se for comprovado o desvirtuamento da relação contratual.

⁵⁰ A título exemplificativo, tem-se o art. 6º da Lei Estadual nº 6.901/14, do Estado do Rio de Janeiro.

ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. Os Regimes Jurídicos dos Servidores Públicos no Brasil e suas Vicissitudes Históricas. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. Belo Horizonte, nº 50, pp. 143-169, jan/jul 2007

SANTOS, Ariane Gomes dos. *Estabilidade provisória da empregada gestante: reflexões críticas*. 2019. 206 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo

BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020

CHANÇA, Vinicius Atanes. Estabilidade provisória da empregada gestante submetida a contrato a termo. *Conjur*, 16.03.2023. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2023-mar-16/vinicius-chainca-julgamento-tema-497-stf>> Acesso em 01.05.2023

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 30. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, volume II. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 8ª ed. revista ampliada e atualizada. 2012.

LOUREIRO, Maria Rita; ABRUCIO, Fernando Luiz; PACHECO, Regina Silvia (orgs.). Burocracia e Política no Brasil: desafios para a ordem democrática no século XXI. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2010, p. 53.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 14ª ed., 1989

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32 ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 84, de 2.12.2014. São Paulo: Malheiros Editores, 2015

_____. *Regime Constitucional dos Servidores Públicos da Administração Direta e Indireta*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2ª ed. revista, atualizada e ampliada. 199, p. 104-112.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1990

PEREIRA, Anna Carolina Migueis. *Servidores Públicos no Brasil: lições institucionalistas para a promoção da capacidade estatal e da responsividade da função pública*. 2022. 316f. Tese (Doutorado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2022.

POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash. *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, Nº 434, Vol. 42, 2007, p. 373-433.

SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho. *Rev. TST, Brasília*, vol. 77, nº 4, out./dez. 2011.

WILLEMANN, Marianna Montebello. Constitucionalismo democrático, backlash e resposta legislativa em matéria constitucional no Brasil. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*. Belo Horizonte, ano 11, n. 40, jan./mar. 2013