



Desdobramentos Jurídicos do Salário-maternidade no Contrato de Trabalho por Prazo Determinado

Gabriel de Araujo Sandriⁱ
OAB/SC 30.717

I - Intróito

É procedimento corriqueiramente adotado no ato da contratação empregatícia a celebração de contrato de trabalho por prazo determinado, mormente na espécie de contrato de experiência.

Diante da proliferação desta espécie contratual, com vastíssimo campo de atuação, surgiram situações que, num olhar apressado, tornam-se incompatíveis com o referido instituto. Como exemplo desta afirmação, tem-se a garantia provisória de emprego da empregada gestante contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto (art. 10, inc. II, alínea “b”, do ADCT).

Mas o problema maior reside na determinação de quem arcará com o restante do pagamento do salário-maternidade caso a empregada gestante, com contrato de trabalho rescindido pelo término do prazo do contrato de experiênciaⁱⁱ (ou de qualquer outro contrato por prazo determinado), tenha recebido, pelo empregador, enquanto perdurara o vínculo empregatício, *parte* deste benefício previdenciário.

II – Contrato de Experiência

O contrato de experiência está regulamentado no Título IV – Do Contrato Individual de Trabalho, Capítulo I – Disposições Gerais, da CLT, mais especificamente em seus arts. 443, *caput*, §1º e §2º, alínea “c”, e art. 445, parágrafo único, transcritos *in litteris*:

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

§ 1º - Considera-se como de prazo determinado o contrato de trabalho cuja vigência dependa de termo prefixado ou da execução de serviços especificados ou



ainda da realização de certo acontecimento suscetível de previsão aproximada. (Parágrafo único renumerado pelo Decreto-lei nº. 229, de 28.2.1967)

§ 2º - *O contrato por prazo determinado só será válido em se tratando:* (Incluído pelo Decreto-lei nº. 229, de 28.2.1967)

a) de serviço cuja natureza ou transitoriedade justifique a predeterminação do prazo; (Incluída pelo Decreto-lei nº. 229, de 28.2.1967)

b) de atividades empresariais de caráter transitório; (Incluída pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967)

c) *de contrato de experiência.* (grifos acrescentados)

Art. 445 - O contrato de trabalho por prazo determinado não poderá ser estipulado por mais de 2 (dois) anos, observada a regra do art. 451. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967)

Parágrafo único. *O contrato de experiência não poderá exceder de 90 (noventa) dias.* (Incluído pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967) (grifos acrescentados).

A CLT, em seu art. 451, prescreve que “o contrato de trabalho por prazo determinado que, tácita ou expressamente, for prorrogado mais de uma vez passará a vigorar sem determinação de prazo”. Note-se que a sussomencionada norma não atrela à prorrogação a imperiosa necessidade de se efetuar pelo mesmo número de dias do prazo inicial. O único requisito legal exigido para que a prorrogação não transmude a característica do contrato por prazo determinado, é que esta se acione por uma única vez, nada mais.

Assim, é plenamente lícita a celebração de contrato de trabalho por prazo determinado, notadamente o de experiência, com prazo inicial de 10 (dez) e com prorrogação para mais 80 (oitenta), por exemplo, pois se estará respeitando, concomitantemente, o limite máximo desta espécie de contrato (noventa dias – art. 445, parágrafo único, da CLT) e o de prorrogá-lo por uma única vez (art. 451, da CLT). Noutro giro verbal, desde que a soma dos doisⁱⁱⁱ períodos, o original e o prorrogado, não



ultrapasse 90 (noventa) dias, será válida a prorrogação, mantendo-se incólume, por conseguinte, sua natureza de contrato por prazo determinado.

Nesse sentido, inclusive, giza Sérgio Pinto Martins^{iv} que

[...] não é possível prorrogar um contrato de experiência de 90 dias por mais 90 dias, pois o prazo máximo de 90 dias contido no parágrafo único do art. 445 da CLT foi excedido. Entretanto, *será possível a contratação por 30 dias e a prorrogação por mais 60 dias*, ou ser combinado o pacto por 20 dias e a prorrogação por mais 70 dias, ou o ajuste por 45 dias e a prorrogação por mais 45 dias. Nesses casos, o prazo máximo foi observado e também foi feita apenas uma única prorrogação. (grifos acrescentados).

O Tribunal Superior do Trabalho também já pacificou seu entendimento, plasmando-o na redação da Súmula nº. 188^v, que “o contrato de experiência pode ser prorrogado, respeitado o limite máximo de 90 (noventa) dias”.

III - Inexistência de estabilidade provisória frente à existência de contrato de trabalho com prazo determinado

Em se tratando de contrato por prazo determinado, ambas as partes sabem, de antemão, a data de sua extinção (boa-fé).

Igualmente, não se pode olvidar que o contrato de experiência diz respeito a um período de avaliação mútua, sendo esta, inclusive, sua razão ontológica, e, quando alcançado seu término, se uma das partes decidir não continuar com a manutenção do contrato, a rescisão do contrato se dará pelo alcance do termo prefixado, e não por dispensa arbitrária ou sem justa causa.

A proteção à gestante é, pois, contra a *dispensa arbitrária* ou *sem justa causa*^{vi}, institutos dos quais não se operam quando da rescisão do contrato de trabalho pelo término do contrato de experiência, visto que



não há nem a arbitrariedade nem a ausência de justa causa, mas mero advento do termo contratual, o que, *de per se*, justifica a rescisão.

Este é, também, um dos motivos pelos quais a empregada gestante não possui direito à estabilidade provisória quando seu contrato de trabalho se insere, por completo, num contrato de trabalho por prazo determinado na modalidade de experiência.

Com este norte é o entendimento jurisprudencial consubstanciado na redação do item III, da Súmula nº. 244, do colendo TST, *in verbis*:

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.

No mesmo sentido é o entendimento de Alice Monteiro de Barros^{vii}, *in verbis*:

Fato superveniente alusivo à *gravidez da empregada*, a acidente do trabalho ou à circunstância de ter o obreiro obtido o registro e sido eleito para o cargo de dirigente sindical, de dirigente de CIPA ou de membro do conselho curador do FGTS *não tem o condão de se sobrepor ao limite do contrato e assegurar a manutenção do emprego a trabalhador considerado sem habilitação durante a vigência do contrato de prova, por ferir os princípios da razoabilidade e da boa-fé.*

[...]

Não há, portanto, 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 (Súmula n. 244, inciso III). Sustentamos que nos contratos determinados não se obsteu a aquisição da licença, pois a empregada já sabia de antemão a data em que o contrato terminaria.

Por sua vez, Maurício Godinho Delgado^{viii}, após comentar sobre o contingenciamento que o Direito do Trabalho impõe à licitude dos

contratos a termo e sobre a aplicação dos institutos da suspensão e da interrupção nestas espécies de contrato, explica que

Os mesmos fundamentos *inviabilizam* [restrição e efeitos da suspensão/interrupção contratual], efetivamente, *conferir-se incidência às garantias de emprego no âmbito dos contratos a prazo*. A prefixação de um termo final ao contrato, em hipóteses legalmente já restringidas, torna incompatível o posterior acoplamento de uma consequência legal típica de contratos de duração incerta – e que teria o condão de indeterminar o contrato, alargando o lapso contratual por período múltiplas vezes mais amplo do que o curto período licitamente pactuado. (grifos acrescidos).

IV – Salário-maternidade

Apressamo-nos em consignar que o *salário-maternidade* não se confunde com a *licença-maternidade*. Este é um direito trabalhista previsto no art. 7º, inc. XVIII, da CRFB/88, e aquele é um benefício previdenciário regulamentado pelos arts. 71 a 73, da Lei nº. 8.213/91, e pelos arts. 93 a 103, do Decreto nº. 3.048/99.

O salário-maternidade da segurada empregada será devido pela previdência social enquanto existir relação de emprego, observadas as regras quanto ao pagamento desse benefício pela empresa (art. 72, §1º, da Lei nº. 8.213/91 e art. 97, *caput*, do Decreto nº. 3.048/99).

Enquanto a gestante estiver atrelada a um vínculo empregatício, o pagamento do salário-maternidade será *realizado pelo próprio empregador, que o compensará com a contribuição previdenciária* incidente sobre a folha de salários e demais rendimentos pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço (art. 94, do Decreto nº. 3.048/99).

Portanto, mesmo que fatidicamente seja das mãos do empregador que a empregada-gestante receba seu benefício previdenciário (salário-maternidade), na realidade este pagamento continua sendo efetuado pelo INSS, mediante compensação.

No entanto, partindo-se da premissa de que o contrato de trabalho firmado entre as partes é regular e que não se vale da faculdade legal prevista no art. 472, §2º, da CLT^{ix}, o seu encerramento no termo não se subsume, como visto alhures, às hipóteses de dispensa arbitrária ou sem justa causa. A causa “justa”, ou a não-arbitrariedade, paira justamente na consumação do prazo estabelecido em contrato, o qual já era de conhecimento prévio das partes (término natural do contrato).

Portanto, por o motivo rescisório (*lato sensu*) não ser arbitrário ou sem justa causa e por se tratar de contrato de trabalho por prazo determinado, não há que se falar em garantia provisória de emprego para além do prazo pré-fixado ao contrato (art. 10, inc. I, alínea “b”, do ADCT e Súmula nº. 244, III, do TST).

Ainda, conforme Gustavo Filipe Barbosa Garcia^x, “a Convenção 103 da Organização Internacional do Trabalho, promulgada pelo Decreto 58.820/1966, estabelece que em caso algum o empregador deverá ficar pessoalmente responsável pelo custo das prestações devidas à mulher gestante que emprega (art. IV, 8). A previsão tem por objetivo evitar a discriminação na admissão e no ingresso da mulher no mercado de trabalho”.

Destarte, diante do até aqui exposto, o ente juridicamente responsável ao pagamento do salário-maternidade da empregada gestante que teve seu contrato de trabalho rescindido pelo alcance do prazo previamente fixado, com fulcro na interpretação extensiva do art. 97, parágrafo único, do Decreto nº. 3.048/99, em face de a “dispensa” da empregada não ter sido sem justa causa ou por motivo arbitrário^{xi} (termino de contrato a termo), é o INSS.

De outra banda, por a licença-maternidade se tratar de uma *causa interruptiva* (a doutrina não é uníssona) do contrato de trabalho, há três correntes distintas que estudam os efeitos desta interrupção nos contratos a termo.

A primeira entende que o contrato se extingue peremptoriamente no seu prazo, sendo que as interrupções ou suspensões não têm o condão de postergar o seu término (interpretação a *contrario sensu* do art. 472, §2º, da CLT); a segunda defende que a causa interruptiva/suspensiva, quando ultrapassar o termo previamente fixado, elastece o término do contrato até o dia seguinte ao fim da interrupção/suspensão; e a terceira, por fim, aplica-se quando há o acordo de que trata o art. 472, §2º, da CLT.

V – Conclusão

Com alicerce nos fundamentos acima, vê-se que o ente juridicamente responsável pelo pagamento do salário-maternidade à empregada gestante que teve seu contrato de trabalho rescindido pelo alcance do prazo previamente determinado é o INSS, *primus* porque esta espécie de rescisão contratual não se insere dentre as hipóteses de dispensa arbitrária ou sem justa causa, *secundus* porque o empregador só tem o dever de pagar o referido benefício, mediante compensação, enquanto perdurar o vínculo empregatício, *tercius* porque se trata de um benefício eminentemente previdenciário, *quartus* porque o simples fato de a aludida empregada ter laborado num vínculo empregatício, independentemente da extensão temporal do contrato ou da espécie rescisória incidente, mantém sua qualidade de segurada por no mínimo 12 (doze) meses (art. 15, inc. II, da Lei nº. 8.213/91), ou *quintus* porque o salário-maternidade devido às gestantes empregadas independe de período de carência (art. 25, inc. III, da Lei nº. 8.213/91).

Todavia, caso o empregador intentasse evitar um futuro prejuízo à empregada gestante, quanto à possibilidade de indeferimento pelo INSS do pretendido benefício, poderia adotar a teoria de que o término do contrato a prazo se estende ao próximo dia útil da causa interruptiva/suspensiva (licença-maternidade), arcando com o pagamento do salário-maternidade, mediante compensação, sem, contudo, estar limitado em seu poder potestativo de rescisão pela garantia provisória de emprego (art. 10, inc. II, alínea “b”, do ADCT), porquanto o contrato



também se findará pelo alcance do termo (primeiro dia útil após o término da licença-maternidade).

ⁱ Advogado trabalhista especializando em Direito do Trabalho e Processual do Trabalho pela PUC/PR – Curitiba.

ⁱⁱ O que, pelo Tribunal Superior do Trabalho, não é considerado uma dispensa arbitrária ou sem justa causa (Súmula 244, III, do TST).

ⁱⁱⁱ O que denota, implicitamente, a possibilidade de uma única prorrogação.

^{iv} MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 112.

^v Disponível em:
http://www.tst.gov.br/jurisprudencia/Livro_Jurisprud/livro_html_atual.html.
Acessado em: 29/11/2010.

^{vi} Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Art. 10. Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição: [...] II - *fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa*: [...] b) da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. (grifos acrescentados).

^{vii} BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 494.

^{viii} DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 503.

^{ix} Art. 472, §2º, da CLT: Nos contratos por prazo determinado, o tempo de afastamento, se assim acordarem as partes interessadas, não será computado na contagem do prazo para a respectiva terminação.

^x GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de Direito do Trabalho*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 975-6.

^{xi} O que, por certo, impediria a própria rescisão.