

ESTABILIDADE PROVISÓRIA X DISPENSA OBSTATIVA

Camila Duarte Gomes Witzke¹

Resumo: O cenário atual apresenta um mundo globalizado em que as pessoas cada vez trabalham de forma mais árdua e têm menos tempo de interagir, acarretando a necessidade da adaptação das proteções concedidas pelo Direito. Com isso, dá-se início ao ciclo no qual os empregados buscam o sucesso em suas carreiras, auxiliando no crescimento das empresas e gerando lucros aos empresários e empregadores. Ademais, costuma-se acreditar que a qualidade de vida advém do salário, o qual sem dúvida decorre do trabalho, então a vida pessoal é subestimada em contraposição a necessidade de um aumento de rendimentos para quem sabe algum dia usufruí-lo. Todavia, neste embaraço e correria, os empregados enfrentam dificuldades em seus âmbitos profissionais nas quais têm que escolher se continuam sendo mais um na engrenagem do ciclo do sucesso, capitalismo e lucro, ou se desligam de tal ciclo para obter sucesso em sua vida pessoal. Diante do contexto exposto, extremamente comum no mercado de trabalho, em que se faz necessário que o empregado opte em ter o sucesso profissional ou o sucesso pessoal, revela-se essencial uma intervenção do Direito no sentido de garantir tanto o trabalho quanto a qualidade de vida. Assim, neste estudo serão trazidos as previsões legais e os entendimentos jurisprudências que tentam solucionar um conflito aparente entre a vida pessoal e a vida profissional dos empregados.

Palavras-chave: Função Social; Garantias Contratuais; Garantias Legais; Dispensa Obstativa.

Abstract: The current scenario, consistent in an increasingly globalized world, in which people increasingly work more and have less time to interact, which leads to the need to adapt the protections granted by law. The globalization in which we live makes people more and more capitalist, making a cycle in which employees seek success in their careers, thus helping the growth of companies and generating profits for entrepreneurs and employers. In addition, people tend to believe that quality of life comes from salary, which undoubtedly arises from work, so they end up leaving their personal lives aside in order to increase their income for those who may someday enjoy it. However, in this embarrassment and rush, many employees have come up against barriers in their professional spheres and have to choose whether they continue to be one more in the gear of the cycle of success, capitalism and profit or if they descend from the gear to obtain success in their personal life. In view of this extremely common scenario in the labor market, in which it is necessary that the employee chooses to have professional success or personal success, it is essential that Law seeking to guarantee both work and life has to intervene. Thus, in this study will be brought the legal forecasts and the jurisprudence understandings that try to solve an apparent conflict between the personal life and the professional life of the employees.

¹ Graduada pela Faculdade de Vitória (FDV), pós-graduada em Direito de Família e Sucessões pela Pontifícia Católica de Direito (PUC/SP).

Keywords: Social Function; Contractual and Legal Guarantees; Obstative Dispensation.

INTRODUÇÃO

O presente estudo iniciou mediante pesquisas sobre o tema da dispensa obstativa quanto ao empregado que estava prestes a obter um direito.

No caso em concreto, a inspiração decorre de uma demanda trabalhista pendente de análise pelo Colendo Tribunal Superior do Trabalho diante do Recurso de Revista recebido por entendimento de divergência jurisprudencial nos termos previstos no artigo 896, alínea “a” da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

Tomado por esse entusiasmo criador, averiguou-se que a dispensa obstativa ocorria em outra modalidade de direito da qual não muito se discute por se tratar ainda, infelizmente, de um “tabu” no mercado de trabalho.

Com isso, pesquisa-se não só a dispensa obstativa quando se aproxima a aposentadoria, mas também quando se organizava/premeditava/desejava uma gestação. Todavia, claramente foi percebido a escassez de material, talvez até mesmo pelo entendimento legalista de que se não há previsão legal expressa não há garantia e, portanto, não há direito.

Busca-se no presente estudo analisar o histórico da legislação, incluindo a Constituição Federal do Brasil, para entender o que a lei maior visa proteger e os motivos que geraram tal proteção e, com muita cautela demonstrar os dois lados do sistema, talvez três – sendo eles o empregador, o empregado e a coletividade.

Para tanto, o presente estudo foi dividido em três itens, sendo que o primeiro tratará do histórico para previsão legal, o segundo abordará as garantias previstas e o terceiro e, último, desmistificará o conflito “legalista” x “função social do contrato de trabalho”.

A análise do material é longa, mas busca elencar de uma forma simples e eficaz se há ou não proteção a um possível e iminente direito.

1 CONTRATO DE TRABALHO

1.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O labor tem início desde a pré-história, quando começou a se exercer o serviço de forma evolutiva com o desenvolvimento de ferramentas e utensílios criados pelo trabalhador especializado. Na lição de José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira:

A individualização de uma categoria de direitos e garantias dos trabalhadores, ao lado dos de caráter pessoal e político, reveste um particular significado constitucional, do ponto em que ela traduz o abandono de uma concepção tradicional dos direitos, liberdades e garantias como direitos do homem e ou do cidadão genéricos e abstratos, fazendo intervir também o trabalhador (exatamente: o trabalhador subordinado) como titular de direitos de igual dignidade².

Sem saber como proceder, o trabalhador especializado tornou-se vencedor, e por isso, tinha o poder sobre decidir o labor a ser exercido pelo perdedor³. Neste contexto, iniciou-se o período da escravidão que de forma sumária era decorrente da punição que o vencedor tinha sobre o perdedor que tinha uma dívida a pagar, sendo ampliada aquela comunidade, em seguida, foi dividida pela cor da pele. O trabalho era desumano, com alimentação e descansos precários e tortura como forma de punição⁴.

Ao invés de evoluir, a humanidade começou a retroagir, uma vez que parou de inventar ferramentas e utensílios utilizando-se da mão de obra forçada que exercia o labor pesado e, sem a atenção dos governantes, não havia estímulo para continuar o desenvolvimento. Neste sentido, Alice Monteiro de Barros esclarece que:

O escravo assemelha-se a uma coisa que pertencia ao amo ou senhor, a partir do momento em que entrava em seu domínio, portanto, não poderia prestar o consentimento contratual e, consequentemente, contrair obrigações. [...]. Nessas circunstâncias, o escravo enquadrava-se como objeto do direito de propriedade, não como sujeito de direito, razão pela qual se torna inviável falar-se de um Direito do Trabalho enquanto predominava o trabalho escravo. É que o contrato de trabalho [...] pressupõe a existência de dois sujeitos de direito: empregado e empregador. Ausente um deles, a relação jurídica está fora de sua tutela⁵.

² CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 300.

³ JOHNS, André. O surgimento do direito do trabalho no mundo. **Jus**, out. 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/52674/o-surgimento-do-direito-do-trabalho-no-mundo>. Acesso em: 13 dez. 2019.

⁴ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 55.

⁵ *Idem. Ibidem*, p. 55.

Com a crise do sistema escravista iniciou-se o período do feudalismo, no qual os senhores feudais entregavam aos seus camponeses a terra e garantiam a segurança - ante ao período de invasões em que se vivia - e os camponeses em troca exerciam seu labor ficando com uma pequena parte da produção que servia apenas para sua subsistência. Assim seria o fim do sistema da escravidão, dando início ao sistema da servidão pois o trabalho continuava de forma hostil sem qualquer garantia⁶.

Após a Idade Média, foi inaugurado o período das corporações de ofício no qual os trabalhadores se organizavam com o conhecimento que tinham e utilizando dos seus aprendizes por horas a fio, inclusive crianças, em troca do repasse de seus conhecimentos para só depois de anos de aprendizado ser a eles concedido remuneração. Com a Revolução Francesa, que buscava a igualdade, liberdade e fraternidade, a Lei Chapelier, em 1791, extinguiu o período das corporações⁷.

Adveio então a Revolução Industrial que em decorrência dos maquinários e da mão-de-obra em abundância os trabalhadores se sujeitavam ao pior tipo de labor por baixa remuneração. E, devido a péssimas condições de trabalho, com inúmeros acidentes de trabalho – já que os maquinários estavam em condições deploráveis – iniciou-se o movimento sindical na época denominado “*trade unions*”⁸.

O “*trade unions*” foi resultado de um governo inerte. Os burgueses cada dia mais obtinham lucro e os trabalhadores, por outro lado, estavam sem o mínimo necessário para sobreviver, fazendo com que surgissem reivindicações em massa, as quais evoluíram para o que atualmente se reconhece como os sindicatos⁹.

Neste interim o governo precisou intervir através da legislação que tratava do trabalho, que além das leis específicas sobre a sindicalização e os acidentes laborais, fora tratado no Brasil pelo Código Civil de 1916 como “locação de serviços”¹⁰.

Neste ponto, diante do estudo em questão, se faz necessário os seguintes destaques: (a) a elaboração da Lei Elói Chaves, de 1923, que disciplinava sobre a estabilidade de empregos dos ferroviários quando completassem 10 anos de serviço prestado, posteriormente ampliada para todas as categorias; e (b) a criação em 1930 do Ministério do Trabalho. Aqui, segundo Pérez Leñero, surgiu o Direito do Trabalho no Brasil, que:

⁶ *Idem. Ibidem*, p. 58

⁷ *Idem. Ibidem*, p. 61.

⁸ *Idem. Ibidem*, p. 61.

⁹ *Idem. Ibidem*, p. 61.

¹⁰ *Idem. Ibidem*, p. 63.

tem crescido fragmentado e envolvido em paixões e lutas, muitas vezes sem um mínimo de justiça, inimiga sempre de represálias e de ódios, base indispensável para se criar um Direito. Ainda hoje mesmo, vemos que se pedem com gritos e com rancores coisas que, por serem devidas por justiça, deveriam ser objeto de reclamações serenas e frias, como todas as que se baseiam em estrita justiça.¹¹

A Constituição de 1934 foi a primeira a prever de forma sucinta direito trabalhista, dando enfoque quanto a estabilidade a gestante e a previdência ante a velhice, prevendo na alínea “h” do §1º do artigo 121:

assistência médica e sanitária ao trabalhador e **à gestante**, assegurando a esta descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego, **e instituição de previdência**, mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado, **a favor da velhice**, da invalidez, da **maternidade** e nos casos de acidentes de trabalho ou de morte¹² (grifos nossos).

Em 1943 foi firmada a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) que se trata de uma reunião de toda a legislação trabalhista consolidada da época mediante o Decreto Lei nº 5.452. Com a Constituição Federal de 1988, vigente até a presente data, os direitos trabalhistas foram fortificados estando dispostos principalmente nos artigos 7º ao 11¹³.

1.2 NATUREZA JURÍDICA E EXTINÇÃO

Existem teorias que buscam explicar a natureza jurídica do contrato de trabalho, sendo que a predominante no Brasil é a teoria contratualista, que o enquadrava nos contratos de Direito Civil¹⁴.

A teoria contratualista dispõe que o contrato de trabalho seria de compra e venda, visto que o empregado vende sua força de trabalho e o empregador, por sua vez, a compra¹⁵.

O contrato de trabalho é: bilateral, consensual, oneroso, comutativo, *intuitu personae* e de trato sucessivo¹⁶.

¹¹ LEÑERO, José Perez. **Teoría general del Derecho español de trabajo**. Madrid: Espasa Calpe, 1948, p.110.

¹² BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934**. Rio de Janeiro, RJ. Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 30 out. 2019.

¹³ BARROS, Alice Monteiro de. *Op. Cit.*, p. 77.

¹⁴ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 27.

¹⁵ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019, p. 97.

¹⁶ MARTINS, Sérgio Pinto. *Op. Cit.*, p. 343.

Assim como todos os demais contratos, é um negócio jurídico que é a “declaração de vontade da pessoa para adquirir, modificar, alterar ou extinguir uma relação jurídica”¹⁷.

Para que seja válido, deve preencher as condições do artigo 104 do Código Civil que determina: “a validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei”.

Quanto às condições supracitadas, em especial, no que tange a previsão contida no inciso III, cabe esclarecer que o contrato de trabalho possui diversas previsões – isto é, pode estar abarcada pela Consolidação das Leis do Trabalho ou em lei específica, bem como poderá ser: “acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito e por prazo determinado ou indeterminado” nos termos do artigo 443 da Consolidação das Leis do Trabalho.

No que diz respeito à característica de trato sucessivo, o contrato de trabalho é firmado em regra por prazo indeterminado, excetuando-se apenas quando firmado de forma diversa, o que se observa nos termos do artigo 443, § 2º da Consolidação das Leis do Trabalho:

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

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

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

O fato de o contrato de trabalho ter como característica o trato sucessivo, advém de estar abarcado pelo princípio da continuidade que tem como caráter intrínseco a estabilidade, pois o sustento do trabalhador decorre da vigência do contrato de trabalho¹⁸.

A Constituição Federal em seu artigo 7º, inciso I prevê as garantias aos trabalhadores quanto às dispensas arbitrárias ou sem justo motivo. Significa dizer que o empregador pode dispensar o empregado sem qualquer motivação, mas deverá arcar com as verbas rescisórias e indenizações previstas, de forma a permitir que o empregado busque uma nova forma de sustento. Havendo rescisão por iniciativa do

¹⁷ *Idem. Ibidem*, p. 111.

¹⁸ DELGADO, Maurício Godinho. *Op. Cit.*, p. 283.

empregador de forma arbitrária – não permitida por lei - deverá ele arcar com a indenização devida¹⁹. Conforme esclarece Homero da Silva:

O princípio da continuidade da relação de emprego projeta repercussões das mais variadas sobre a vida do direito do trabalho, exigindo, por exemplo, que a parte que queira romper a relação comunique com antecedência à outra parte para sua melhor organização – donde as profundas implicações do conceito de aviso-prévio. Exige-se também que, sob certas circunstâncias, a parte retirante indenize a parte contrária pelos prejuízos causados na ruptura²⁰.

O Tribunal Superior do Trabalho entende que “o limite está justamente nos princípios e normas constitucionais que garantem a dignidade da pessoa humana e a valorização do trabalho”²¹.

Fácil assim concluir que o contrato de trabalho tem como intuito a durabilidade, porém pode ser rescindido por: rescisão, resolução, rescisão, força maior; morte, extinção da empresa; aposentadoria; *ope judicis* – término do contrato decorrente de ordem judicial ou suspensão disciplinar superior a 30 (trinta) dias²².

O presente artigo averiguará apenas o término do contrato de trabalho por rescisão de forma unilateral por iniciativa do empregador, conhecida pelos doutrinadores como “dispensa ou despedida”²³, a qual seria um ato unilateral de vontade do empregador que não precisa ser justificado, cabendo apenas o pagamento das verbas rescisórias, bem como a indenização prevista em lei capaz de conceder ao empregado um “amparo” até encontrar uma nova forma de sustento.

1.3 PRINCÍPIOS E FUNÇÃO SOCIAL

Conforme demonstrado nas considerações iniciais, o contrato de trabalho se iniciou no Direito Civil como um contrato de prestação de serviço, porém com sua evolução visando o respeito à dignidade humana e à função social, encontrou sua autonomia no Direito do Trabalho gerando laços diretos com o Direito Constitucional²⁴.

¹⁹ CASSAR, Voila Bomfim. **Direito do Trabalho**. São Paulo: Método, 2014, p. 1035.

²⁰ SILVA, Homero Batista Mateus da. **Curso de direito do trabalho aplicado: contrato de trabalho**. V. 6. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 44.

²¹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (2ª Turma). Recurso de Revista nº 968000-08.2009.5.09.0011. Relator: Min. José Roberto Freire Pimenta, publicado no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho em: 04 abr. 2014.

²² CASSAR, Voila Bomfim. *Op. Cit.*, p. 1038.

²³ *Idem*. *Ibidem*, p. 1055.

²⁴ DELGADO, Maurício Godinho. *Op. Cit.*, p. 143.

Neste sentido, foi previsto o Estado Democrático de Direito na Constituição Federal de 1988, tendo como seus fundamentos basilares, aplicados ao Contrato de Trabalho, que ora se destacam nos artigos: (a) 1º, incisos III – “a dignidade da pessoa humana” e IV – “os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”; (b) 5º, inciso XIII – “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”; (c) 170, incisos III – “função social da propriedade” e VIII – “busca do pleno emprego”; e (d) 193, *caput* – “A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais”²⁵.

Os elementos decorrentes da previsão constitucional possibilitam perceber que a livre iniciativa, a liberdade de trabalho, o bem-estar decorrente do trabalho e da ordem social são princípios basilares do contrato de trabalho, uma vez que, primam pelo equilíbrio decorrente do trabalho humano inclusive sobre o poder econômico²⁶. Assim, nas palavras de Robert Alexy, “quanto maior o grau de não satisfação ou de restrição de um princípio, maior deverá ser a importância em atender ao outro”²⁷.

É preciso esclarecer que a função social do contrato não consta expressamente na Constituição Federal, entretanto, mediante interpretação sistemática e teleológica é percebida na função social do direito à propriedade que, em conjunto com a livre iniciativa, gerou a previsão expressa em lei federal – Código Civil - nos artigos 421, 422 e parágrafo único do 2.035 que preveem:

Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da **função social do contrato**.

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, **os princípios de probidade e boa-fé**.

Art. 2.035 [...] Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para **assegurar a função social da propriedade e dos contratos**²⁸ (grifos nossos).

Assim sendo, percebe-se que o contrato firmado não pode atender somente os interesses das partes ali constantes, eis que o direito da coletividade deve ser preservado. Neste sentido, Miguel Reale esclarece que o artigo 5º nos incisos XXII e XXIII da Constituição Federal:

²⁵ BARROS, Alice Monteiro de. *Op. Cit.*, p. 63.

²⁶ DELGADO, Maurício Godinho. *Op. Cit.*, p. 1722.

²⁷ ALEXY, Robert. **A dignidade humana e a proporcionalidade**. Dignidade humana, direitos sociais e não - positivismo inclusivo. Florianópolis: Qualis, 2015, p. 19.

²⁸ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Presidência da República. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 01 nov. 2019.

[...] salvaguarda o direito de propriedade que ‘atenderá a sua função social’. Ora, a realização da função social da propriedade somente se dará se igual princípio for estendido aos contratos, cuja conclusão e exercício não interessa somente às partes contratantes, mas a toda a coletividade²⁹.

Esclarecido o fato de que a função social do contrato advém da necessidade de se impor limite ao livre acordado em favor do bem comum³⁰, facilmente percebe-se que a função social é aplicável também ao contrato de trabalho.

Tal compreensão é clara tanto em decorrência da proteção concedida ao trabalhador pelo Constituição Federal em seu artigo 7º que no “caput” dispõe que “são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua **condição social**³¹”, bem como em decorrência da previsão contida no artigo 8º da Consolidação das Leis do Trabalho ao estampar que

as autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso [...] sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

Neste aspecto é fácil perceber que, diante das proteções concedidas ao trabalho, o poder do empregador sobre o empregado sempre será limitado não apenas às normas do contrato individual, mas também ao interesse de toda a gama envolvida, em especial o interesse social.

2 DAS GARANTIAS DOS EMPREGADOS

Conforme averiguado no item anterior, foi possível perceber que o empregado está em evidente desvantagem, sendo necessárias proteções advindas de Lei e/ou da Constituição Federal.

Por isso, quando se trata de contrato de trabalho, o princípio da equivalência das partes não se aplica, haja vista o desequilíbrio existente entre a prevalência econômica do empregador sobre o empregado. Como afirma Ronald Dworkin, “[...] nenhum Estado pode negar a qualquer cidadão a proteção igualitária de seus direitos”³².

²⁹ REALE, Miguel. Função social do contrato. **Professor Miguel Reale**, 20 nov. 2003. Disponível em: <http://www.miguelreale.com.br/artigos/funsoccont.htm>. Acesso em: 31 out. 2019.

³⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. V. IV. T. 1. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 48.

³¹ Grifos nossos.

³² Tradução nossa. DWORKIN, Ronald. **Law’s Empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1986. Disponível em: <http://www.filosoficas.unam.mx/~cruzparc/empire.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2019.

Quando o Direito do Trabalho encontrou sua individualidade quanto ao Direito Civil, sendo reconhecido como uma norma autônoma e não como contrato de “locação de serviço”, se fez evidente a existência da hipossuficiência que gerou a necessidade de conceder maior proteção ao mais vulnerável³³.

2.1 LINHAS INTRODUTÓRIAS

Para se aprofundar nas considerações históricas a seguir exteriorizadas, cabe destacar que o contrato de trabalho em estudo abrange somente os empregados celetistas.

Conforme já destacado neste estudo no item “1.1 Considerações Iniciais”, a Lei nº 4.682, de 1923, conhecida como Lei Elói Chaves foi a primeira a prever a estabilidade de emprego, especificamente aos ferroviários, ao completar 10 (dez) anos de vigência de contrato trabalho. Vale destacar que a lei em comento é a base da previdência social atual e, à época, tinha como finalidade assegurar a caixa de aposentadoria e pensões à categoria dos ferroviários³⁴.

Ocorre que, a estabilidade ao emprego prevista na Lei Elói Chaves foi adotada pelo Direito do Trabalho e, posteriormente, aplicada a outras categorias até que, por meio da Lei nº 62 de 1935³⁵, em seu artigo 1º, a estabilidade do emprego foi ampliada a todos os trabalhadores da indústria e do comércio, sendo inclusive acolhida pela Constituição Federal de 1937 em seu artigo 10³⁶.

A estabilidade no emprego previa que o empregado com 10 (dez) anos de vigência de contrato de trabalho somente poderia ter seu contrato de trabalho resiliado por iniciativa do empregador acaso cometesse falta grave ou por força maior³⁷.

³³ BARROS, Alice Monteiro de. *Op. Cit.*, p. 63.

³⁴ *Idem. Ibidem.*

³⁵ BRASIL. **Lei nº 62, de 05 de junho de 1935.** Assegura ao empregado da indústria ou do comércio uma indenização quando não exista prazo estipulado para a terminação do respectivo contrato de trabalho e quando for despedido sem justa causa, e dá outras providências. Câmara dos Deputados. Rio de Janeiro, RJ. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1930-1939/lei-62-5-junho-1935-557023-norma-actualizada-pl.html>. Acesso em: 05 nov. 2019.

³⁶ BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937.** Presidência da República. Rio de Janeiro, RJ. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em: 05 nov. 2019.

³⁷ BELMONTE, Alexandre Agra (*et. al.*). **Direito Constitucional do Trabalho: Princípios e Jurisdição Constitucional do TST.** São Paulo: LTr, 2015, p. 99-100.

A estabilidade decenal começou a enfraquecer com a criação do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) advindo da Lei nº 5.107 de 1966³⁸, que permitiu ao empregado a escolha da estabilidade decenal ou do sistema do fundo³⁹.

Na Constituição Federal de 1988, com a previsão contida no artigo 7º, inciso I, extinguiu-se por completo a previsão da estabilidade decenal do emprego sob a justificativa de instabilidade econômico-financeira, tornando obrigatório o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço. Desta forma, a dispensa do empregado pode ocorrer a qualquer momento por iniciativa do empregador sem qualquer justificativa, cabendo neste caso a indenização do FGTS, acrescida pelo auxílio social ao desemprego, denominado “seguro desemprego”, e aviso prévio⁴⁰.

Com base em todo o histórico aqui mencionado, restou evidenciado que a evolução constitucional decorre de um desenvolvimento social, conforme entendimento exposto pelo doutrinador: “uma mudança das relações fáticas pode – ou deve – provocar mudanças na interpretação da Constituição”⁴¹.

2.2 DAS MODALIDADE DE GARANTIAS PROVISÓRIAS

Cabe esclarecer que a garantia provisória é uma classificação da estabilidade ao emprego que advém da garantia ao emprego.

Assim, a garantia provisória ao emprego deriva de um direito transitório, decorrente de situação específica, conforme explicado por Alexandre Agra Belmonte (*et. al.*) ao dispor: “em sentido amplo ou atécnico, são consideradas estabilidades as restrições ao despedimento, aí incluindo-se as garantias de emprego, que passam a ser chamadas de garantias provisórias”⁴².

As garantias provisórias podem estar previstas na Constituição Federal, em norma infraconstitucional e em contratos coletivos ou individuais. Quanto à última possibilidade, interessa pontuar que decorre do fato que o acordo entre as partes será

³⁸ BRASIL. **Lei nº 5.107, de 13 de setembro de 1966**. Cria o Fundo de Garantia de Temo de Serviço, é dá outras providências. Presidência da República. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5107.htm. Acesso em: 05 nov. 2019.

³⁹ BELMONTE, Alexandre Agra (*et. al.*). *Op. Cit.*, p. 100.

⁴⁰ *Idem. Ibidem*, p. 113.

⁴¹ HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 23.

⁴² BELMONTE, Alexandre Agra (*et. al.*). *Op. Cit.*, p. 116.

válido sempre que beneficiar o empregado e, em se tratando de garantia, benéfico ao empregado, será válido independente de lei⁴³.

As garantias decorrentes da Constituição Federal de 1988 ainda não foram regulamentadas conforme previsão do artigo 7º, inciso I, desta forma aplica-se o rol contido no artigo 10, inciso II, alíneas “a” e “b” do Ato das Disposições Constitucionais Transitória (ADCT) que determina:

Art. 10. Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição:

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

- a) do empregado eleito para cargo de direção de comissões internas de prevenção de acidentes, desde o registro de sua candidatura até um ano após o final de seu mandato;
- b) da empregada **gestante**, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto⁴⁴ (grifos nossos).

As garantias infraconstitucionais estão distribuídas em Lei Federais, sendo essas: garantia provisória aos empregados que sofreram acidente do trabalho ou desenvolveram doença relacionada ao trabalho⁴⁵; empregados representantes dos empregados no Conselho Curador do FGTS; no Conselho Nacional da Previdência Social; empregados eleitos membro da Comissão Prévia de Conciliação ou empregados eleitos dirigentes de sociedade cooperativa; empregados convocados ao exercício do serviço militar e, também, empregadas agredidas em seu núcleo familiar⁴⁶.

Além disso, também é possível encontrar previsões de estabilidade provisória de trabalho em acordos individuais ou coletivos, contidos especialmente nos Acordo Coletivos ou nas Convenções Coletivas de cada categoria, que podem ter inúmeras tipificações, a exemplo da estabilidade pré-aposentadoria que decorre de previsão

⁴³ *Idem. Ibidem.*

⁴⁴ BRASIL. **Constituição Federal de 1988, Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT)**. Câmara dos Deputados. Brasília, DF. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/conadc/1988/constituicao.adct-1988-5-outubro-1988-322234-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 06 nov. 2019.

⁴⁵ Art. 118. BRASIL. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1988**. Dispões sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Presidência da República. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm. Acesso em: 29 nov. 2019.

⁴⁶ Artigo 9º, § 2º, inciso II. BRASIL. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do §8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Presidência da República. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm. Acesso em: 29 nov. 2019.

coletiva de empregados de longa data que faltando pouco tempo para se aposentar recebem tal estabilidade.

3 DO CONFLITO

3.1 ABORDAGEM HISTÓRICA E CONCEITO DE DISPENSA OBSTATIVA

Todos os esclarecimentos realizados neste estudo até então visavam demonstrar a estrutura do direito do trabalho e colocar o leitor no período em que as proteções foram concretizadas objetivando o entendimento das necessidades históricas da época.

Isso porque, o tema principal estudado adveio da forma encontrada em desvirtuar a proteção concedida pela norma vigente no tempo.

Para melhor esclarecer, em análise a previsão legal ainda contida no artigo 492 da Consolidação da Lei do Trabalho, mas que tem sua aplicação prejudicada, não sendo mais utilizada em razão do contido na Constituição Federal de 1988, artigo 7º, incisos I e III:

O empregado que contar mais de 10 (dez) anos de serviço na mesma empresa não poderá ser despedido senão por motivo de falta grave ou circunstância de força maior, devidamente comprovadas.

Fato é que ao se aproximar dos 10 (dez) anos de vigência do contrato de trabalho, ocorriam dispensas que objetivavam de forma evidente a obstar o empregado do direito à estabilidade⁴⁷, conforme se verifica o entendimento:

O conceito de dispensa obstativa surgiu originariamente quando os empregados não optantes pelo FGTS estavam prestes completar os 10 (dez) anos necessários para a estabilidade decenária, prevista no art. 492 da CLT. Com a finalidade de evitar que o empregado adquirisse essa estabilidade, alguns empregadores dispensavam seus empregados sem justo motivo durante o nono ano de trabalho na mesma empresa.

Em decorrência disso, tamanha foi a busca pelo Poder Judiciário que o Tribunal Superior do Trabalho sumulou seu entendimento nº 26 (já cancelada) que dispunha: “Presume-se obstativa à estabilidade a despedida, sem justo motivo, do empregado que alcançar nove anos de serviço na empresa”⁴⁸.

⁴⁷ SCHAUN, João. Dispensa Obstativa. **Jus**, out. 2016. Disponível em: <https://joaoschaun.jusbrasil.com.br/artigos/222816661/dispensa-obstativa>. Acesso em: 15 jan. 2020.

⁴⁸ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula 26 do TST – ESTABILIDADE (cancelada). **TST**. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_1_50.html#SUM-26. Acesso em: 15 jan. 2020.

Desta forma, percebe-se que com 09 (nove) anos de vigência de contrato de trabalho já não mais era possível a dispensa do empregado por justo motivo, uma vez que se entendia que esta decorria da tentativa de se impedir a utilizar o direito.⁴⁹

De qualquer forma, ante ao término da estabilidade decenal em decorrência da Constituição Federal de 1988, como já visto, tornou obrigatório o regime do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, entretanto as dispensas obstativas se perpetuaram o que será aqui averiguado⁵⁰.

E para ir a fundo, o estudioso do tema João Schaun esclarece que o conceito da expressão dispensa obstativa: “compreende a ação de dispensa de empregado por ação do empregador com o intuito de impedir (ou evitar) que obtenha um direito que está prestes a ser adquirido.⁵¹” Isto é, o empregado é dispensado pouco antes de ter um direito facilmente reconhecido.

3.2 ESTABILIDADE PROVISÓRIA X DISPENSA OBSTATIVA

Ao aprofundar o tema, foi possível perceber que ante ao término da estabilidade decenal, os estudiosos⁵² acreditavam que não mais haveria direito a ser desvirtuado. Todavia, constatou-se que as dispensas obstativas perpetuaram em decorrência das estabilidades provisórias previstas em lei ou normas coletivas, tais como a estabilidade provisória decorrente da pré-aposentadoria ou a estabilidade provisória pré-gestação, exemplos que serão abordados ao longo do texto.

A estabilidade da mulher gestante, conforme já mencionado, está prevista no artigo 10, inciso II, alínea “b” dos Atos de Disposição Transitórias Constitucionais⁵³.

Já a estabilidade pré-aposentadoria poderá estar prevista na Convenção Coletiva do Trabalho (CCT), a depender da categoria. Desta forma, a estabilidade provisória ao empregado previamente à aposentadoria dependente de negociação coletiva, a qual será utilizada como exemplo a Convenção Coletiva do Trabalho do

⁴⁹ SCHAUN, João. *Op. Cit.*

⁵⁰ *Idem. Ibidem.*

⁵¹ *Idem. Ibidem.*

⁵² *Idem. Ibidem.*

⁵³ BRASIL. **Constituição Federal de 1988, Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT)**. Câmara dos Deputados. Brasília, DF. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/conadc/1988/constituicao.adct-1988-5-outubro-1988-322234-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 06 nov. 2019.

Sindicato dos Bancários e Financiários de São Paulo, Osasco e Região⁵⁴, que em sua cláusula 27, alíneas “e” e “f” e parágrafo primeiro, alínea “a” preveem:

PROTEÇÃO AO EMPREGO

CLÁUSULA 27 - ESTABILIDADES PROVISÓRIAS DE EMPREGO

Gozarão de estabilidade provisória no emprego, salvo por motivo de justa causa para demissão:

e) **pré-aposentadoria**: Por 12 (doze) meses imediatamente anteriores à complementação do tempo para aposentadoria proporcional ou integral pela previdência social, respeitados os critérios estabelecidos pela Legislação vigente, os que tiverem o mínimo de 5 (cinco) anos de vinculação empregatícia com o banco;

f) **pré-aposentadoria**: Por 24 (vinte e quatro) meses imediatamente anteriores à complementação do tempo para aposentadoria proporcional ou integral pela previdência social, respeitados os critérios estabelecidos pela Legislação vigente, os que tiverem o mínimo de 28 (vinte e oito) anos de vinculação empregatícia com o banco

[...] Parágrafo primeiro – Quanto aos empregados na proximidade de aposentadoria, compreendidos nas letras ‘e’, ‘f’ e ‘g’, de que trata esta cláusula, devem ser observadas as seguintes condições:

a) a garantia somente será adquirida e passará a integrar o patrimônio jurídico do empregado, a partir do recebimento, pelo banco, de comunicação escrita do empregado, devidamente protocolada, sem efeito retroativo, de reunir ele integralmente as condições previstas, acompanhada desde logo dos documentos comprobatórios, dentro do prazo de 30 (trinta) dias, após o banco os exigir”; [...] (grifos originais).

Evidente assim que diante da percepção de aquisição do direito à estabilidade, a intenção de obstá-lo permaneceu. Sendo assim, novas tentativas de fraudar a estabilidade provisória foram reinventadas, como no período em que perdurava a estabilidade decenal.

Ao identificar que o empregado iria adentrar ao período pré-aposentadoria protegida pela Convenção Coletiva da Categoria (CCT), ou que a empregada estava tentando engravidar e, portanto, iria adentrar ao período da estabilidade gestante contida no artigo 10, inciso II, alínea “b” dos ADTC, o empregador poderia realizar a rescisão contratual unilateral sem justo motivo, já que ainda não havia qualquer impedimento.

É exatamente este o conflito em estudo, dispensa obstativa x estabilidade provisória. Evidente que o direito a estabilidade provisória ainda não existe e, aproveitando deste interregno, seria possível impedir o empregado de alcançá-lo?

⁵⁴ SINDICATO DOS BANCÁRIOS E FINANCIÁRIOS DE SÃO PAULO, OSASCO E REGIÃO. Contrato Coletivo de Trabalho. **SP Bancários**. Disponível em: <https://spbancarios.com.br/cct-acordos-coletivos>. Acesso em: 26 de fev. 2020.

3.3 QUANTO À ESTABILIDADE PRÉ-APOSENTADORIA.

Quanto à estabilidade pré-aposentadoria, observou-se haver inúmeros entendimentos divergentes dos Tribunais Regionais do Trabalho, sendo que em grande parte, a causa da discordância decorre da percepção de inexistência da dispensa obstativa por ausência de previsão legal, uma vez que a norma contida na CCT prevê o período exato da estabilidade e, em qualquer período anterior a ele seria possível a rescisão sem justo motivo:

Na hipótese, não vislumbro a indicada despedida obstativa. O fato, por si só, de o autor estar prestes a atingir a garantia provisória não implica em se reconhecer o referido despedimento obstativo, sob pena de tal raciocínio gerar a extensão de uma garantia expressamente delimitada em norma coletiva.

Exige-se, no caso, de prova convincente do fato alegado na preambular, cabendo destacar que a Súmula 26 do C. TST foi cancelada e, em se tratando, como, no caso, de direito previsto em instrumento coletivo, a interpretação é restritiva.

In casu, ao contrário do que quer fazer crer o autor, o e-mail de fl. 130, a solicitação de atualização cadastral e a promoção não concretizada, no meu entender, não conduzem a conclusão de dispensa obstativa. Ao contrário, demonstram que o contrato estava plenamente ativo, com replanejamento estrutural e promocional, tanto que gerou indenização por dano moral.

Não bastasse isso, a cláusula invocada pelo recorrente estabeleceu a garantia de emprego para o empregado que estivesse a 12 meses imediatamente anteriores à complementar o tempo de contribuição para se aposentar, mas não impôs qualquer vedação ao despedimento antes do referido período.

Assim, não há que se falar em despedimento obstativo ao eventual direito à mencionada garantia de emprego. Mantenho⁵⁵ (grifos nossos).

Verifica-se que em alguns julgados, em especial do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, entende-se de forma técnica: quer dizer, se a previsão da norma é de 12 (doze) meses anteriores à aposentadoria em que há o direito a estabilidade, o empregador poderá rescindir o contrato faltando 13 (treze) meses para aposentadoria, já que ainda faltaria 01 (um) mês para obtenção de tal garantia.

Porém, verificou-se a divergência de entendimento dos Tribunais Regionais ante o entendimento da Terceira Turma do Tribunal Superior do Trabalho ao julgar o Agravo de Instrumento de Recurso de Revista nº 1022-28.2014.5.15.0045 que teve como Ministro Relator o Sr. Dr. Desembargador Alberto Bresciani, dissertou no sentido de que restando evidenciado o fato de a dispensa objetivar a não percepção de um direito, poderá sim ser considerada obstativa, conforme se observa:

⁵⁵ SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho (2ª Região). Recurso Ordinário n. 10023256620165020008 SP. Relatora: Thais Verrastro de Almeida, 06 nov. 2018.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DAS LEIS n. 13.015/2014 E 13.105/2015 E ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.467/2017 - DESCABIMENTO. 1. NULIDADE. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. A SBDI-1 firmou a compreensão de que, na preliminar de nulidade por negativa de prestação jurisdicional, para fins de atendimento do art. 896, § 1º-A, da CLT a parte deverá indicar, nas razões de revista, os trechos pertinentes da decisão recorrida (inciso I deste artigo) e da petição dos embargos de declaração (incisos II e III) para o necessário cotejo de teses. 2. **ESTABILIDADE PRÉ-APOSENTADORIA PREVISTA EM NORMA COLETIVA. DISPENSA OBSTATIVA.** A SBDI-1 desta Corte, por ocasião do julgamento do E-ED-RR - 968000-08.2009.5.09.0011, de relatoria do Ministro Hugo Carlos Scheuermann, firmou a compreensão de que se presume obstativa à estabilidade provisória prevista em norma coletiva a dispensa do empregado realizada até doze meses antes da aquisição do direito. 3. REINTEGRAÇÃO AO EMPREGO. CONVERSÃO EM INDENIZAÇÃO SUBSTITUTIVA. Traduz-se o requisito do prequestionamento, para fins de admissibilidade do recurso de revista, pela emissão de tese expressa, por parte do órgão julgador, em torno dos temas destacados pela parte, em suas razões de insurreição. 4. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. A reforma da decisão, nos aspectos pretendidos pela parte, demandaria o revolvimento de fatos e provas, intento vedado nesta esfera recursal, a teor da Súmula 126 desta Corte. 5. DANO MORAL. INDENIZAÇÃO. VALOR. CRITÉRIOS PARA ARBITRAMENTO. A indenização por dano moral guarda conteúdo de interesse público. O valor fixado deve observar a extensão do dano sofrido, o grau de comprometimento dos envolvidos no evento, os perfis financeiros do autor do ilícito e da vítima, além de aspectos secundários pertinentes a cada caso. Incumbe ao juiz fixá-lo com prudência, bom senso e razoabilidade. Agravo de instrumento conhecido e desprovido⁵⁶(grifos nossos).

A matéria foi destrinchada com base no entendimento exarado pela Subseção Especializada em Dissídios Individuais 1, que em 26 de março de 2014, por meio do Ministro Relator José Roberto Freire Pimenta não apenas julgou o Recurso de Revista interposto pela Instituição Bancária, como também esclareceu o que seria a dispensa obstativa.

Isso porque, o r. Ministro dispôs não se tratar de uma norma legalista, pois seria necessário além de analisar o tempo da estabilidade invocada na norma coletiva, averiguar baseado nos princípios contidos na Constituição Federal, destacando os princípios da valorização do trabalho humano, da dignidade da pessoa humana e da boa-fé, para assim concluir se a dispensa fora ou não obstativa:

[...] Constato que, efetivamente, o réu tentou impedir o autor de alcançar a garantia provisória no emprego pré-aposentadoria, subtraindo do empregado não somente o direito de continuar no emprego até a aposentadoria, como também o próprio direito de se aposentar [...]. Não se trata de mera expectativa de direito, mas sim de direito que estava para ser adquirido dali a onze meses.

Ademais, importante repetir que o autor empregou a sua força de trabalho em favor do Banco réu por 32 anos e 1 mês de sua vida laboral, sem qualquer

⁵⁶ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento de Recurso de Revista n. 10222820145150045. Relator: Des. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira. Brasília, 08 ago. 2018. Diário Eletrônico Justiça do Trabalho: 17 ago. 2018.

queixa por parte do empregador, não sendo crível pensar que o recorrente resolveu ‘esperar’ até março/2009, quando o obreiro estava às portas de adquirir a garantia provisória no emprego pré-aposentadoria, para exercer o seu direito potestativo de dispensá-lo sem justa causa [...]”⁵⁷.

Desta forma, restou evidente o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho de que o empregado que tem um longo contrato de trabalho, não poderá ser dispensado faltando 12 (doze) meses para obtenção do direito pré-aposentadoria. Inclusive,

durante o julgamento, o ministro Mauricio Godinho Delgado destacou a importância da decisão não apenas em relação à tese genérica da dispensa obstativa, mas também em relação à fixação do prazo de 12 meses⁵⁸.

Assim, está evidenciado que o período de 12 (doze) meses prévios à estabilidade se trata de uma margem de tempo a qual dependerá da análise do caso concreto.

3.4 QUANTO À ESTABILIDADE PRÉ-GESTAÇÃO

No que tange à análise da dispensa obstativa da empregada que está prestes a gestar, aqui denominada estabilidade pré-gestação, cabe esclarecer que o estudo decorre da observação que o mercado de trabalho a cada dia mais se esbarra nesta situação.

Isso porque, devido à prática cotidiana nesta área, são constatados questionamentos de empregadores que - cientes do período fértil de suas funcionárias, bem como de suas pretensões pessoais - buscavam parecer jurídico acerca da possibilidade de rescisão contratual antes da impossibilidade de fazê-la em decorrência da estabilidade gestante.

Em análise de casos concretos, foi possível perceber que tais funcionárias se encaixam em um contrato de trabalho de média a longa duração, 05 (cinco) a 10 (dez) anos, que sempre se dedicaram à empresa tendo elas como foco de vida e, no instante em que se desviam do “foco”, são prontamente descartadas.

Uma pesquisa realizada pela Fundação Getúlio Vargas demonstra que

⁵⁷ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (2ª Turma). Recurso de Revista nº 968000-08.2009.5.09.0011. Relator: José Roberto Freire Pimenta. Diário Eletrônico Justiça do Trabalho: 04 abr. 2014.

⁵⁸ BRASIL. Bancária demitida perto da aposentadoria tem reintegração convertida em indenização. **Notícia TST**. Disponível em: http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/bancaria-dispensada-proximo-da-estabilidade-pre-aposentadoria-sera-indenizada?inheritRedirect=false. Acesso em: 26 fev. 2020.

[...] a queda no emprego se inicia imediatamente após o período de proteção ao emprego garantido pela licença (quatro meses). Após 24 meses, quase metade das mulheres que tiram licença-maternidade está fora do mercado de trabalho, um padrão que se perpetua inclusive 47 meses após a licença. A maior parte das saídas do mercado de trabalho se dá sem justa causa e por iniciativa do empregador⁵⁹.

Entretanto, estudiosos sobre o tema⁶⁰ informam que tais situações materializam dispensas discriminatórias, mas com respeitável vênua, se acredita que em alguns casos concretos, são dispensas obstativas, visando a não obtenção da estabilidade “desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto”⁶¹.

Buscando a matéria com as ferramentas disponíveis no Poder Judiciário concluiu-se o mesmo entendimento: a dispensa de uma mulher que tenta engravidar é vista como discriminatória.

Diante disso, o estudo estancou, nosso raciocínio se perdeu, mas com o apoio da minha orientadora, a qual fica desde já minha gratidão aqui salientada, decidimos dar continuidade e tentar expor um pouco do nosso raciocínio.

Para tanto, a princípio, elucida-se que a dispensa discriminatória está prevista na Convenção nº 111 da OIT⁶², que em seu artigo 1º, alíneas “a” e “b” preveem:

1. Para fins da presente convenção, o termo "discriminação" compreende:
 - a) Toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão;
 - b) Qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de emprego ou profissão, que poderá ser especificada pelo Membro Interessado depois de consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam, e outros organismos adequados.

Desta forma, é possível perceber que qualquer escusa seria entendida como dispensa discriminatória, seja em decorrência tanto da diferença de sexo ou resultante de qualquer outra diferença, já que a previsão contida na alínea “b” é genérica ao dispor que “qualquer outra distinção” além do rol taxativo contido na alínea “a”.

⁵⁹ MACHADO, Cecília. The Labor Market Consequences of Maternity Leave Policies: Evidence from Brazil. **Fundação Getúlio Vargas** – Pesquisa Think Tank, dez. 2016. Disponível em: <https://portal.fgv.br/think-tank/mulheres-perdem-trabalho-apos-terem-filhos>. Acesso em: 26 fev. 2020.

⁶⁰ BELMONTE, Alexandre Agra (et. al.). *Op. Cit.*, p. 109.

⁶¹ BRASIL. **Constituição Federal de 1988, Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT)**. Câmara dos Deputados. Brasília, DF. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/conadc/1988/constituicao.adct-1988-5-outubro-1988-322234-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 06 nov. 2019.

⁶² ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Convenção nº 111, aprovada em 24 de novembro de 1964. Discriminação em matéria de emprego e profissão. Ratificada pelo Brasil em 26 de novembro de 1965. Disponível em: http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/LEGIS/CLT/OIT/OIT_111.html. Acesso em: 26 fev. 2020.

Baseado no entendimento do Poder Judiciário de que existe dispensa obstativa para os empregados que estão prestes a entrar no período prévio à aposentadoria, também restou evidente que a dispensa da empregada que está em tratativas de engravidar, nada mais é que uma dispensa obstativa.

Além disso a Convenção nº 111 da OIT, em seu artigo 1º, item 2, dispõe: “As distinções, exclusões ou preferências fundadas em qualificações exigidas para um determinado emprego não são consideradas como discriminação”⁶³.

Não se entende que o tema “direito prévio a gestar” poderia ser tratado como discriminação, já que somente o sexo feminino é o único capaz de gestar.

O presente artigo, de forma alguma, argumenta ser inexistente a discriminação por sexo. Muito pelo contrário: apenas busca salientar que além das possibilidades de rescisões já sabidas, também existe a dispensa obstativa no período pré-gestação, uma tendência existente nos mercados de trabalho, a qual não se lê sobre, sendo um grande tabu no mercado de trabalho.

O caso que se pretende aprofundar não decorre somente de preconceito de sexo, mas também de uma intenção clara de burlar o direito da estabilidade durante o período gestacional.

Há tempos a estabilidade gestacional não mais é vista como direito ao feto já que

essa garantia, dotada de força constitucional, ultrapassa o âmbito do interesse estrito da empregada grávida, por ter manifestos fins de saúde e assistência social não somente com respeito à própria mãe trabalhadora como também em face de sua gestação e da criança recém-nascida⁶⁴.

Exatamente com base neste entendimento é que se questiona a possibilidade da dispensa sem justo motivo a empregada que está prestes a gestar.

Novamente, não se pretende escrever sobre estabilidade descabida, de mulheres cuja faixa etária possibilita a gestação, mas elaborar uma análise concreta de empregadas que dão início à tentativa de engravidar - utilizando métodos tradicionais ou científicos - o questionamento é: caberia a elas a estabilidade pré-gestacional?

Em análise ao entendimento do Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo – 2ª Região – foi possível observar um caso concreto que o D. Juízo de 1ª Instância

⁶³ *Idem. Ibidem.*

⁶⁴ DELGADO, Maurício Godinho. *Op. Cit.*, p. 666-667.

entendeu haver estabilidade provisória, pois o empregador tinha plena ciência das tratativas da empregada de engravidar⁶⁵.

O entendimento foi alterado pelo E. Tribunal da 2ª Região. No entanto, em Agravo de Instrumento de Recurso de Revista, o Tribunal Superior do Trabalho entendeu por conceder a estabilidade provisória a empregada por motivos diversos do aqui analisado. De qualquer forma, vale a pena salientar o constatado pelo D. Juízo de piso, pois se encaixa de forma sublime ao que se pretende neste estudo:

[...] Importa ressaltar que referida testemunha deixou evidente que tanto ela (testemunha) quanto a reclamada tinham conhecimento da intenção da reclamante em engravidar e submissão a processo clínico para tanto desde no mínimo dois meses anteriores à dispensa; isto porque evidenciou em seu depoimento que a autora deu conhecimento do processo de gravidez induzida à Sra. Silvia Batista, cujo depoimento na sua parte final esclareceu ser chefe da autora, no tocante aos trabalhos.

A vasta documentação encartada com a inicial revela indubitavelmente que a reclamante encontrava-se em um processo de gravidez induzida, de pleno conhecimento da ré (repita-se, aliás, esclarecido pela testemunha).

[...] A estabilidade provisória, em razão do estado gravídico, tem por intuito primordial garantir segurança à prole, tanto sob o aspecto econômico, quanto emocional. [...] A estabilidade provisória, consoante previsão constitucional, se estenderá até 05 meses após o parto [...]⁶⁶.

Evidente que a forma de aplicação do direito pré-gestação dependeria de norma regulamentadora e fiscalizadora, quem sabe através da simples notificação prévia ao Sindicato da Categoria com a informação de que a partir de tal data a empregada iniciará as tentativas para gestar. Assim, eventual dispensa injustificada poderia ser comprovada no período pré-gestacional. Tal sistema em muito se pareceria com o utilizado na dispensa obstativa pré-aposentadoria, uma vez que, a norma coletiva prevê que havendo a dispensa de forma indevida cabe ao empregado informar ao empregador a impossibilidade da dispensa e comprová-la mediante comunicação escrita no prazo de 30 (trinta) dias⁶⁷.

O fato de que as mulheres que estão no período pré-gestação teriam seu contrato de trabalho rescindido sem justo motivo não expressa uma simples percepção baseada em pareceres solicitados por empregadores, mas também da pesquisa da Fundação Getúlio Vargas que apurou que entre 2009 a 2012 as mulheres

⁶⁵ SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho (2ª Região). Reclamação Trabalhista nº 01987009820065020043 SP. Juiz: Ricardo Apostólico Silva, 43ª VT/SP. Data de Publicação Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho: 30 jan. 2007.

⁶⁶ SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho (2ª Região). Reclamação Trabalhista nº 01987009820065020043 SP. Juiz: Ricardo Apostólico Silva, 43ª VT/SP. Data de Publicação Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho: 30 jan. 2007.

⁶⁷ Artigo 27, §1º, alínea "a" da CCT – Bancários e Financeiros de São Paulo, Osasco e Região. Disponível em: <https://spbancarios.com.br/cct-acordos-coletivos>. Acesso em: 26 de fev. 2020.

na faixa etária de 25 (vinte e cinco) a 35 (trinta e cinco) anos tiveram que deixar seus empregos, muitas vezes em decorrência da demissão sumária com o término do período de estabilidade ante a crença do empregador que a empregada, agora mãe, não mais poderia ter como foco a empresa, o que impossibilitaria a manutenção de seu posto de trabalho⁶⁸.

Apesar de em 2019 o Brasil ter perdido uma posição, é atualmente considerado o 6º (sexto) país mais populoso do mundo e, conseqüentemente, não muito se preocupa com o incentivo ao aumento da população⁶⁹. Entretanto, em outras nações, ante a baixa população, são desenvolvidos programas de incentivo à natalidade, bem como em razão da busca por igualdade de sexo, são firmadas políticas públicas que concedem aos pais o mesmo tempo⁷⁰ conferido às mães – o que auxiliaria a não terem dispensas obstativas.

Com base nos dados compilados pelo Departamento de Assuntos Sociais e Econômicos da ONU, foi evidenciado que diante de uma situação na qual a empresa está ciente de que a empregada pretende em breve gestar, e a rescinde seu contrato de forma imotivada, seria considerada uma dispensa obstativa, portanto nula, observado o fato de que a empresa que não haveria cumprido com a função social do contrato de trabalho, bem como a dignidade da pessoa humana, a valorização ao trabalho e a boa-fé contratual.

4 CONCLUSÃO

Após a análise de todo o material, é possível verificar que o contrato de trabalho se altera com o tempo, em face especificamente da necessidade do mercado e da oferta dos empregados, situação que ocasiona a necessidade de garantias legais seja na lei maior, normas infraconstitucionais, contratos coletivos ou individuais.

Cada vez mais os próprios empregados têm seus objetivos profissionais ampliados, deixando para depois seus objetivos pessoais. Com isso, observou-se que a demanda seria reduzida no mercado para o empregado que tivesse interesses além

⁶⁸ MACHADO, Cecília. *Op. Cit.*

⁶⁹ LISTA DE PAÍSES ordenados pelo tamanho da população. Dados Compilados pelo Departamento de Assuntos Sociais e Econômicos da ONU. **PopulationPyramid.Net**, 2019. Disponível em: <https://www.populationpyramid.net/pt/popula%C3%A7%C3%A3o/2019/>>. Acesso em: 26 fev. 2020.

⁷⁰ GOMES, Karina. Igualdade entre gênero no dia a dia alemão. **DW**, 14 jan. 2019. Disponível em: <https://www.dw.com/pt-br/igualdade-de-g%C3%AAnero-no-dia-a-dia-alem%C3%A3o/a-47075163>. Acesso em: 26 fev. 2020.

do profissional, sendo assim, necessária a intervenção da União, Estados, Entidades Sindicais, para que pudessem garantir a eles benefícios sociais quando sua profissão colidisse com individualidade.

Ocorre que, mesmo havendo normas protetivas, muitos empregados ainda se encontram em “limbos”, oportunidades não abarcadas pelo mercado de trabalho. Neste momento, cabe a reflexão de cada empregador, colegas de trabalho, que se beneficiaram por anos do coleguismo e, baseado no fundamento que em muito esclarece este estudo, função social do contrato de trabalho, se curvar para que o outro tenha a oportunidade de ter os dois objetivos alcançados: profissional e pessoal.

Diante do exposto, é possível concluir que a rescisão contratual sem justo motivo é possível, desde que não haja qualquer discussão quanto às proteções prévias e a estabilidade. A depender do caso concreto, quando verificado que o empregador visa obstruir a concepção de um direito, a rescisão contratual não será possível, pois será obstativa já que o direito do empregador dispensar de forma imotivada não é absoluto.

5 REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **A dignidade humana e a proporcionalidade**. Dignidade humana, direitos sociais e não - positivismo inclusivo. Florianópolis: Qualis, 2015.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2010.

BELMONTE, Alexandre Agra (*et. al.*). **Direito Constitucional do Trabalho: Princípios e Jurisdição Constitucional do TST**. São Paulo: LTr, 2015.

BRASIL. Bancária demitida perto da aposentadoria tem reintegração convertida em indenização. **Notícia TST**. Disponível em: http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/bancaria-dispensada-proximo-da-estabilidade-pre-aposentadoria-sera-indenizada?inheritRedirect=false. Acesso em: 26 fev. 2020.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934**. Rio de Janeiro, RJ. Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 30 out. 2019.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937**. Presidência da República. Rio de Janeiro, RJ. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em: 05 nov. 2019.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988, Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT)**. Câmara dos Deputados. Brasília, DF. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/conadc/1988/constituicao.adct-1988-5-outubro-1988-322234-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 06 nov. 2019.

BRASIL. **Lei nº 62, de 05 de junho de 1935**. Assegura ao empregado da indústria ou do comércio uma indenização quando não exista prazo estipulado para a terminação do respectivo contrato de trabalho e quando for despedido sem justa causa, e dá outras providências. Câmara dos Deputados. Rio de Janeiro, RJ. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1930-1939/lei-62-5-junho-1935-557023-normaatualizada-pl.html>. Acesso em: 05 nov. 2019.

BRASIL. **Lei nº 5.107, de 13 de setembro de 1966**. Cria o Fundo de Garantia de Temo de Serviço, é dá outras providências. Presidência da República. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5107.htm. Acesso em: 05 nov. 2019.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Presidência da República. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 01 nov. 2019.

BRASIL. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do §8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Presidência da República. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 29 nov. 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1988**. Dispões sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Presidência da República. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm. Acesso em: 29 nov. 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (2ª Turma). Recurso de Revista nº 968000-08.2009.5.09.0011. Relator: Min. José Roberto Freire Pimenta, publicado no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho em: 04 abr. 2014.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento de Recurso de Revista n. 10222820145150045. Relator: Des. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira. Brasília, 08 ago. 2018. Diário Eletrônico Justiça do Trabalho: 17 ago. 2018.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula 26 do TST – ESTABILIDADE (cancelada). **TST.** Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_1_50.html#SUM-26. Acesso em: 15 jan. 2020.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

CASSAR, Voila Bomfim. **Direito do Trabalho**. São Paulo: Método, 2014.
DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019.

DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1986.
Disponível em: <http://www.filosoficas.unam.mx/~cruzparc/empire.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2019.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. V. IV. T. 1. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GOMES, Karina. Igualdade entre gênero no dia a dia alemão. **DW**, 14 jan. 2019.
Disponível em: <https://www.dw.com/pt-br/igualdade-de-g%C3%AAnero-no-dia-a-dia-alem%C3%A3o/a-47075163>. Acesso em: 26 fev. 2020.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

JOHNS, André. O surgimento do direito do trabalho no mundo. **Jus**, out. 2016.
Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/52674/o-surgimento-do-direito-do-trabalho-no-mundo>. Acesso em: 13 dez. 2019.

LEÑERO, José Perez. **Teoría general del Derecho español de trabajo**. Madrid: Espasa Calpe, 1948.

LISTA DE PAÍSES ordenados pelo tamanho da população. Dados Compilados pelo Departamento de Assuntos Sociais e Econômicos da ONU. **PopulationPyramid.Net**, 2019. Disponível em: <https://www.populationpyramid.net/pt/popula%C3%A7%C3%A3o/2019/>. Acesso em: 26 fev. 2020.

MACHADO, Cecília. The Labor Market Consequences of Maternity Leave Policies: Evidence from Brazil. **Fundação Getúlio Vargas – Pesquisa Think Tank**, dez. 2016.
Disponível em: <https://portal.fgv.br/think-tank/mulheres-perdem-trabalho-apos-terem-filhos>. Acesso em: 26 fev. 2020.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. São Paulo: Atlas, 2013.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Convenção nº 111, aprovada em 24 de novembro de 1964. Discriminação em matéria de emprego e profissão. Ratificada pelo Brasil em 26 de novembro de 1965. Disponível em: http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/LEGIS/CLT/OIT/OIT_111.html. Acesso em: 26 fev. 2020.

REALE, Miguel. Função social do contrato. **Professor Miguel Reale**, 20 nov. 2003.
Disponível em: <http://www.miguelreale.com.br/artigos/funsoccont.htm>. Acesso em: 31 out. 2019.

SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho (2ª Região). Reclamação Trabalhista nº 01987009820065020043 SP. Juiz: Ricardo Apostólico Silva, 43ª VT/SP. Data de Publicação Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho: 30 jan. 2007.

SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho (2ª Região). Recurso Ordinário n. 10023256620165020008 SP. Relatora: Thais Verrastro de Almeida, 06 nov. 2018.

SCHAUN, João. Dispensa Obstativa. **Jus**, out. 2016. Disponível em: <https://joaoschaun.jusbrasil.com.br/artigos/222816661/dispensa-obstativa>. Acesso em: 15 jan. 2020.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Curso de direito do trabalho aplicado: contrato de trabalho**. V. 6. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

SINDICATO DOS BANCÁRIOS E FINANCIÁRIOS DE SÃO PAULO, OSASCO E REGIÃO. Contrato Coletivo de Trabalho. **SP Bancários**. Disponível em: <https://spbancarios.com.br/cct-acordos-coletivos>. Acesso em: 26 de fev. 2020.