

SUPERAÇÃO DO ENUNCIADO 288 DO TST (Final)¹

Deusdedith Brasil

Como registramos no texto anterior, queremos demonstrar que o Enunciado 288 do TST está superado em razão da dinâmica social. Com efeito, como ensina o advogado Adilson Sanchez, especializado em Direito Previdenciário e do Trabalho, “é sabido pela geração mais recente que, em razão da evolução da medicina, agraciada com avanços tecnológicos magníficos, o planejamento econômico e social é fundamental para quem deverá alcançar idade avançada, a par da existência, na atualidade, de uma vida onerada pelo impulso de um consumismo exacerbado, que nem sempre virá acompanhada de plena capacidade de trabalho para a própria subsistência”. Pode-se, assim, dizer que a maldade demográfica é que tem inviabilizado a previdência privada e pública, e a Justiça contribui para essa realidade ao não admitir as alterações dos planos de benefícios instituídos pelo empregador.

Entendemos que o direito pretoriano (En. 288) não pode se sobrepor às normas de ordem pública. Estas têm efeito imediato. Sobrepõem-se à vontade das partes. São de caráter imperativo. A C.F. estatui, em seu art. 5º, XXXVI, que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. Estamos diante do princípio da irretroatividade da lei, regra que se dirige ao juiz e ao legislador. Fizemos essa observação para demonstrar que há possibilidade de serem alteradas as estipulações feitas pelo empregador ao instituir, para seus empregados, previdência privada complementar sem que seja malferido o princípio da irretroatividade. Primeiro, porque se entendermos que há um vínculo contratual trabalhista imutável e outro previdenciário mutável, aqui, regido por norma de ordem pública, as mutações feitas antes do preenchimento dos requisitos necessários ao benefício de complementaridade são inteiramente legítimas e legais. Queremos dizer: como antes do preenchimento dos requisitos essenciais não há

¹ Sobre o artigo:

Artigo publicado no jornal “O Liberal”,

O seu conteúdo é protegido pelas leis de direitos autorais

Publicado no site www.deusdedithbrasil.adv.br

direito adquirido, mas, expectativa de direito, a alteração é plenamente possível e dentro do sistema legal de normas previdências. E se, como faz o direito pretoriano trabalhista, os benefícios de complementaridade forem considerados como parte integrante do contrato de emprego, há possibilidade de alteração das normas que estipularam os benefícios sem malferir o princípio da irretroatividade? A nossa resposta é positiva. Para fundamentá-la, não podemos deixar de referir a existência de norma primária – estatuto legal – sobre a qual se constitui a norma secundária – o contrato. Alterando-se a base primária, o contrato, que sobre a base primeira repousa, altera-se, pois a alteração ocorreu na base primeira – norma primária de ordem pública, onde à vontade das partes não prevalece.

A esse respeito, a lição do saudoso Délio Maranhão está viva: “as leis de proteção ao trabalho são de aplicação imediata e atingem os contratos em curso? Por quê? Importa distinguir, aqui, o contrato do estatuto legal. Uma lei é relativa a um instituto jurídico – previdência complementar, explicamos – quando visa uma situação jurídica que encontra base material e concreta nas pessoas e coisa que nos cercam, criando, diretamente, sobre esta base, uma rede de poderes e de deveres suscetíveis de interessar a coletividade. Por exemplo, o casamento, a adoção, a propriedade etc. constituem institutos jurídicos, ou seja, estatutos legais. Ao contrário, uma lei é contratual quando visa a um conjunto de direitos e obrigações entre as partes do contrato, que elas são livres, em princípio, de determinar por si mesmas, e que, em muitos casos, somente a elas interessarão”. *Mutatis Mutandis*, ainda que houvesse uma lei determinando que as contribuições do empregador, os benefícios e as condições contratuais previstas nos estatutos, regulamentos e planos de benefícios das entidades de previdência privada **INTEGRAM** o contrato de trabalho dos participantes, o que não é o caso, a C.F., no § 2º, do art. 202, seria a norma primária de ordem pública que modificaria o contrato no seu curso, para acabar com a aderência. No cumprimento do comando constitucional, a Lei Complementar nº 109/01, em seu art. 68, estabelece: “As contribuições do empregador, os benefícios e as condições contratuais previstos nos estatutos, regulamentos e planos de benefícios das entidades de previdência complementar não integram o contrato de trabalho dos participantes, assim como, à exceção dos benefícios concedidos,

não integram a remuneração dos participantes". Não cabe mais o argumento que não existe lei regulando a substância normativa da precitada norma constitucional. Não temos dúvida que diante dessa norma primária de ordem pública, não se pode defender mais a aplicação do En. 288 do TST, pois está inteiramente superado. Há, ainda, um aspecto muito importante. É aquele que diz que "os benefícios serão considerados direito adquirido do participante quando implementadas todas as condições estabelecidas para elegibilidade consignadas no regulamento do respectivo plano". Esta norma é o discurso do § 1º, do art. 68 da precitada L.C, quer dizer, enquanto não "implementadas todas as condições estabelecidas para elegibilidade consignadas no regulamento do respectivo plano", não há direito adquirido, mas, tão-somente, expectativa do direito, por isso o contrato – base secundária – se modifica em razão da mudança de sua base primária. Como registrou Paul Roubier "o estabelecimento de um novo estatuto legal pode afetar os contratos em curso: isto se deve a que o estatuto constitui a situação jurídica primária enquanto o contrato é a situação jurídica secundária, construída sobre a base primária. Assim, quando a lei modifica os institutos jurídicos, quando estabelece um novo estatuto legal, os contratos que estavam apoiados sobre um estatuto diferente perdem a sua base: terão, fatalmente, de ser modificados (*apud Délio Maranhão*)". Nessa linha de interpretação é que os planos de aposentadoria complementar podem, sim, se alterados antes da materialização do direito adquirido, pois as conseqüências dos fatos passados – contrato em curso – são consideradas pela nova lei em si mesma. O contrato não é atingido, mas, sim, o estatuto legal. A alteração da primeira é a causa que muda o contrato no seu curso.