

Economic Analysis of Law Review

A Constituição onipresente e os riscos a interações intrasistêmicas: a experiência do STF no julgamento dos efeitos da aposentadoria espontânea

The ubiquitous constitution and the risks to intrasystemic interactions: the STF's experience in judging the effects of spontaneous retirement.

Fabio Lima Quintas¹
Instituto Brasiliense de Direito Público

Fernando Hugo R Miranda²
Instituto Brasiliense de Direito Público

RESUMO

No julgamento das ADIs 1.721 e 1.770, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade de dispositivos da legislação federal por considerar que a aposentadoria espontânea não seria forma de extinção do contrato de trabalho, a partir de interpretação que extraiu do disposto no art. 10, inciso I, do ADCT, e do art. 7º, inciso I, da CF. Ao assim decidir, o Supremo Tribunal Federal passou ao largo de longa tradição legislativa (desde 1966) e da jurisprudência que se consolidou no âmbito da Justiça do Trabalho desde 1989. O artigo defende que o adequado exercício da jurisdição constitucional pelo Supremo Tribunal Federal exige um diálogo institucional mais próximo com os demais órgãos do Poder Judiciário, em homenagem à segurança jurídica e às atribuições constitucionais do Poder Legislativo e do Poder Judiciário.

Palavras-chave: Aposentadoria espontânea – Direito do Trabalho – diálogo institucional – Supremo Tribunal Federal – Poder Judiciário

ABSTRACT

In the judgment of the ADIs 1.721 and 1.770, the Brazilian Supreme Court declared unconstitutional a federal legislation that established that spontaneous retirement causes the end of the employment contract. In so deciding, the Supreme Court has ignored a long tradition of legislation and decisions from the Legal Courts. The article argues that the proper exercise of the constitutional adjudication by the Supreme Court requires a closer institutional dialogue with the other organs of the Judiciary Branch.

Keywords: Spontaneous retirement – Labor Contracts – constitutional dialogue – Supreme Court – Judiciary Branch.

R: 30/03/17 **A:** 25/04/19 **P:** 30/04/19

¹ E-mail: fabioquintas@idp.edu.br

² E-mail: fernando.miranda@gmail.com

1. Introdução.

A efeméride dos trinta anos da promulgação da Constituição da República de 1988 sugere um olhar retrospectivo a importantes decisões do Supremo Tribunal Federal (STF), e, na perspectiva deste exame, seus impactos nas diversas áreas da Direito. O enfoque atrai interesse da hermenêutica quando se questiona sobre os limites da interpretação constitucional em relação à construção de cânones de diversos ramos da dogmática jurídica. Há, afinal, algum direito para além da Constituição? É preciso – ou possível – supor que as premissas fundamentais, ou mesmo de institutos específicos, de todas as áreas do direito deverão ser percebidas a partir de uma interpretação ou revisão constitucional?

Um palco disponível para um rápido teste à indagação proposta é o Direito do Trabalho, notadamente no tocante à reflexão do Supremo Tribunal Federal acerca dos efeitos da aposentadoria espontânea, negando-lhe a capacidade de pôr fim ao contrato de trabalho. No caso, a conclusão a que chegou a Corte – em censura ao que estabelecido pela legislação e por uma consolidada jurisprudência da Justiça do Trabalho – é capaz de evidenciar que o STF presume, ainda que subliminarmente, ser possível extrair da Carta Magna não só valores fundantes, mas também regulação exaustiva de certos institutos específicos, retirando do legislador a competência para fazê-lo.

A revisitação do precedente sob tal ângulo apresenta-se preparatória ao desafio imposto ao STF, nesta quadra do trintídio da Constituição de 1988, pela promulgação da Lei nº 13.467/17 (reforma trabalhista). Passado e futuro imediatos, pois, se encontram na indagação sobre a identificação dos limites da Constituição para a fixação das figuras próprias e peculiares a certos ramos do direito.

O artigo se desenvolve em três momentos. No primeiro, será desenhada a contextualização legislativa que culminou com a edição da Medida Provisória nº 1.596-14/97, convertida na Lei nº 9.528/97, com vistas à compreensão da evolução do instituto e do problema. No segundo, examina-se a solução conferida à questão pelo STF, conforme decidido no conjunto das Ações Diretas de Constitucionalidade (ADI) nºs 1.721 e 1.770. Reserva-se o terceiro momento a uma reflexão sobre a necessidade de a jurisdição constitucional prestada pelo Supremo Tribunal Federal dialogar de forma mais próxima com a dos Juízes e Tribunais, aproveitando-se do acúmulo de experiência institucional obtida pela jurisdição na resolução de conflitos.

2. A Relação Entre Contrato de Trabalho e Aposentadoria Segundo A Evolução Legislativa. A Hesitação Da Lei Nº 8.213/91 E A Resposta Do § 2º Do Art. 453 Da CLT.

Para os propósitos deste estudo, é possível resumir a discussão sobre os efeitos da aposentadoria sobre o contrato de trabalho a uma só pergunta: a aposentadoria, em seu propósito intrínseco, importa na inatividade, em prêmio em face da conclusão do percurso profissional?

Uma das definições conferida ao termo “*aposentadoria*” pelo dicionário Michaelis, por exemplo, é o direito que tem o empregado de “*retirar-se do serviço, recebendo uma remuneração*”³. Algo

³ In <http://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/aposentadoria/>, acesso em 20/05/2018.

há no senso comum que associa a aposentadoria à inatividade remunerada, é possível afirmar. O exame da legislação, no entanto, revela uma razoável dúvida a esse respeito.

A primeira lei orgânica da previdência social foi editada em 1960, tombada como Lei nº 3.807. Embora o texto não explicita a relação entre o contrato de trabalho e a aposentadoria, é possível identificar certas sutilezas que evidenciam a lógica segundo a qual a aposentadoria se prestaria a remunerar a inatividade. O § 3º do art. 5º, por exemplo, veda ao aposentado nova filiação em virtude de *outra* atividade ou emprego⁴. No mesmo sentido, em 1966, pelo Decreto-Lei nº 66, houve a alteração do referido § 3º, com o estabelecimento do pecúlio. Ao aposentado que *voltasse* a trabalhar, passou a dispor o novo texto, se daria nova filiação ao sistema, com o acréscimo de um abono correspondente ao novo período de contribuição acumulado⁵. A nova inscrição, portanto, não concorreria com os direitos já acumulados.

Da mesma forma, ainda em 1962, a Lei nº 4.130 estabeleceu a possibilidade de o empregado passar a receber um benefício previdenciário adicional, desde que, mesmo preenchendo as condições para aposentar-se, optasse por dar *prosseguimento* ao contrato de trabalho⁶.

A despeito de tais inclinações, a questão foi resolvida a partir da definição, pelo Decreto-Lei nº 66/1966, do termo inicial de recebimento do benefício da aposentadoria por tempo de serviço. Dispôs a nova redação do § 7º, do art. 32, da então Lei Orgânica:

§ 7º A aposentadoria por tempo de serviço será devida a contar da data do comprovado desligamento do emprego ou efetivo afastamento da atividade, que só deverá ocorrer após a concessão do benefício.

O texto, que condicionava o início da percepção do benefício à data de comprovação do desligamento do emprego, foi capaz de reunir o consenso em torno da fixação da extinção do contrato de trabalho como requisito para a aposentadoria por tempo de serviço. Pela redação, o empregado deveria requerer a concessão do benefício e, após seu deferimento, comprovar, junto ao órgão, o desligamento do emprego, momento a partir do qual passaria a perceber a aposentadoria.

Esse estado de coisas foi conservado, em linhas gerais, pelas três décadas seguintes, com algumas alterações perpetradas pelas Leis nº 5.890/73, 6.887/80 e 6.950/81. Foi, portanto, apenas a Lei nº 8.213/91, atual regulamento do Plano de Benefícios da Previdência Social, que estabeleceu o novo marco legal sobre o qual recaíram as dúvidas aqui examinadas. Trata-se do artigo 49, inciso I, alínea *b* do diploma, segundo o qual será devido o benefício previdenciário, quando não se der o desligamento do emprego, a partir do requerimento. Eis o texto, que conserva sua redação original:

Art. 49. A aposentadoria por idade será devida:

I - ao segurado empregado, inclusive o doméstico, a partir:

⁴ § 3º Aquêlê que conservar a condição de aposentado não poderá ser novamente filiado à previdência social, em virtude de outra atividade ou emprego.

⁵ § 3º O aposentado pela previdência social que voltar a trabalhar em atividade sujeita ao regime desta Lei será novamente filiado ao sistema, sendo-lhe assegurado, em caso de afastamento definitivo da atividade, ou, por morte, aos seus dependentes, um pecúlio em correspondência com as contribuições vertidas nesse período, na forma em que se dispuser em regulamento, não fazendo jus a quaisquer outras prestações, além das que decorrerem da sua condição de aposentado

⁶ Trata-se da nova redação conferida ao § 3º do artigo 32 da Lei nº 3.807/60: § 3º Todo segurado que com direito ao gozo pleno da aposentadoria de que trata êste artigo optar pelo prosseguimento na empresa na qualidade de assalariado, fará jus a um abono mensal de 25% (vinte e cinco por cento) do salário de benefício, pago pela instituição de previdência social em que estiver inscrito.

- a) da data do desligamento do emprego, quando requerida até essa data ou até 90 (noventa) dias depois dela; ou
- b) da data do requerimento, quando não houver desligamento do emprego ou quando for requerida após o prazo previsto na alínea "a";

A regra de 1991, a exemplo de suas antecessoras, não se ocupou de forma expressa da relação entre aposentadoria e contrato de trabalho. Contudo, ao modificar a regra sobre a qual recaía, por interpretação, a solução da questão, gerou a lacuna. Não tendo a legislação previdenciária exigido, para fins administrativos, a extinção do contrato para o início da percepção do benefício, seria possível afirmar que a aposentadoria não teria o condão de extinguir o contrato de trabalho?

Para alguns, o foco da discussão nunca esteve na legislação previdenciária, mas sim na própria legislação trabalhista. Para estes, a resposta à questão estaria no *caput* do artigo 453 da CLT. O dispositivo, ao versar sobre a possibilidade de se considerar, em contratos sucessivos, um só cômputo de serviço, excepcionava de tal benefício as hipóteses de despedida por falta grave ou percepção de indenização legal. E, a partir da Lei nº 6.204/75, tornou-se também impeditivo à contagem acumulada o advento da aposentadoria espontânea.

Confira-se o texto a partir de 1975, formalmente em vigor até a presente data:

Art. 453 - No tempo de serviço do empregado, quando readmitido, serão computados os períodos, ainda que não contínuos, em que tiver trabalhado anteriormente na empresa, salvo se houver sido despedido por falta grave⁷, recebido indenização legal ou se aposentado espontaneamente.

O artigo 453 da CLT, portanto, se refere à hipótese na qual o empregado não teria direito à unicidade contratual, sendo, portanto, válida a existência de *múltiplos* contratos – daí a utilização da expressão readmissão. Dito de outra forma, para o dispositivo, mesmo na existência válida de *distintos* contratos, seria possível a acumulação da contagem de um só tempo de serviço. O benefício, por exemplo, poderia ser utilizado para fins de configuração da estabilidade decenal a que aludia o artigo 492 da CLT.

A aposentadoria espontânea, portanto, por consequência lógica – e não determinação expressa – importaria na extinção do contrato. Se a premissa de aplicação do dispositivo é a existência de múltiplos e diversos contratos, é preciso, por derivação, reconhecer que a segunda parte do dispositivo se refere a hipóteses de extinção do contrato de trabalho (falta grave, percepção de indenização legal, e aposentadoria espontânea)⁸.

Esse entendimento justificou, em 1989, a edição da Súmula nº 295 pelo Tribunal Superior do Trabalho, com a seguinte redação:

⁷ É preciso bem compreender o dispositivo. A acumulação do cômputo do tempo de contratos sucessivos, quando há fraude, decorre do reconhecimento da figura da unicidade contratual, ou seja, de um só contrato. Assim, por exemplo, reconhecida a fraude no ajuste de sucessivos contratos por prazo determinado, o reconhecimento da unicidade contratual independe de invocação do *caput* do artigo 453 da CLT, decorrendo antes da primazia da realidade e da indisponibilidade da norma trabalhista. Nesse caso, mesmo se demitido o empregado por falta grave, terá direito à unicidade.

⁸ Apenas para fins de registro, é importante lembrar que, no marco da redação originária da CLT, indenização legal advinha do que estabelecido nos artigos 477 e 478, não sendo devida quando o empregado desse causa a extinção do contrato.

“295 Aposentadoria espontânea – Depósito do FGTS – Período anterior à opção. A cessação do contrato de trabalho em razão de aposentadoria espontânea do empregado exclui o direito ao recebimento de indenização relativa ao período anterior à opção. A realização de depósito na conta do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, cogitada no § 2º do artigo 16 da Lei 5.107/66, coloca-se no campo das faculdades atribuídas ao empregador.” (Redação original - Res. 5/1989, DJ 14, 18 e 19.04.1989)⁹

Independentemente de tal aspecto, é certo que o legislador, preocupado com a ambiguidade do *caput* do art. 453 da CLT e da lacuna decorrente da Lei nº 8.213/91 entendeu por bem fixar, de forma expressa, que a aposentadoria voluntária importaria na extinção do contrato de trabalho. A regra foi estabelecida pela Medida Provisória nº 1.596-14/97, convertida trinta dias depois na Lei nº 9.528/97. Voltada à alteração de dispositivos das Leis nº 8.212/91 e 8.213/91, a regra acrescentou os §§ 1º e 2º ao artigo 453 da CLT, com a seguinte redação, preservando intocado o *caput*:

§ 1º Na aposentadoria espontânea de empregados das empresas públicas e sociedades de economia mista é permitida sua readmissão desde que atendidos aos requisitos constantes do art. 37, inciso XVI, da Constituição, e condicionada à prestação de concurso público.

§ 2º O ato de concessão de benefício de aposentadoria a empregado que não tiver completado 35 (trinta e cinco) anos de serviço, se homem, ou trinta, se mulher, importa em extinção do vínculo empregatício.

Pela disposição do § 2º, portanto, finalmente, desde o advento da lei orgânica da previdência social, a legislação nacional contava com disposição apontando a aposentadoria voluntária como hipótese explícita de extinção do contrato.

Esse quadro normativo levou o Tribunal Superior do Trabalho, por meio de sua Subseção de Dissídios Individuais I, em novembro de 2000, a editar a Orientação Jurisprudencial nº 177, com a seguinte redação:

OJ-SDI1-177 APOSENTADORIA ESPONTÂNEA. EFEITOS. A aposentadoria espontânea extingue o contrato de trabalho, mesmo quando o empregado continua a trabalhar na empresa após a concessão do benefício previdenciário. Assim sendo, indevida a multa de 40% do FGTS em relação ao período anterior à aposentadoria.

A clareza do dispositivo e da interpretação consolidada que se estabeleceu na Justiça do Trabalho, no entanto, ao invés resolver em definitivo a questão, com a confirmação do entendimento até então adotado majoritariamente, animou o Supremo Tribunal Federal a rever, por completo, a figura.

Foi o que passou no julgamento da ADI nº 1.721, entendimento confirmado e aprofundado pela ADI nº 1.770.

⁹ Essa Súmula veio a ser alterada em 2003 (Res. 121/2003), passando a ter a seguinte redação: “APOSENTADORIA ESPONTÂNEA. DEPÓSITO DO FGTS. PERÍODO ANTERIOR À OPÇÃO. A cessação do contrato de trabalho em razão de aposentadoria espontânea do empregado exclui o direito ao recebimento de indenização relativa ao período anterior à opção. A realização de depósito na conta do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, de que trata o § 3º do art. 14 da Lei nº 8.036, de 11.05.1990, é faculdade atribuída ao empregador.” E foi cancelada em 2008 (Res. 152/2008).

3. O STF e A Ressignificação Constitucional Do Conceito De Despedida Arbitrária E Sem Justa Causa.

A ADI 1.721 investiu contra o § 2º do artigo 453 da CLT, enquanto a ADI 1.770 versou sobre seu § 1º. Em síntese, a pretensão declaratória fundou-se no argumento de que a definição da aposentadoria voluntária como hipótese de extinção do contrato de trabalho importaria na perda do direito à indenização pela despedida sem justa causa, conforme definido no art. 10, inciso I, do ADCT¹⁰, a importar em ofensa também o art. 7º, inciso I¹¹, da CF.

Tal efeito, é importante assinalar, decorre da aplicação da norma posta. A indenização pela extinção do contrato sem justa causa, conforme definido pelos invocados dispositivos constitucionais, foi regulamentada pela Lei nº 8.036/90, que versa sobre o FGTS. Enquanto o artigo 18, § 1º, estabelece a indenização consistente em 40% dos valores acumulados no Fundo na hipótese de despedida sem justa causa, o artigo 20, incisos I e III, estabelecem o direito de levantamento dos valores depositados ao longo do contrato nas hipóteses de despedida sem justa causa e aposentadoria, respectivamente.

Em síntese, tendo o § 2º do art. 453 da CLT definido a aposentadoria espontânea como hipótese de extinção do contrato de trabalho, sem, contudo, estabelecer uma indenização a ela associada – como se passa, por exemplo, com o pedido de demissão – empregados ao se aposentarem teriam direito apenas ao levantamento do Fundo, sem qualquer indenização, nos termos do art. 20, inciso III, da Lei nº 8.036/90.

Para os Autores das ADIs 1.721 e 1.770, no entanto, a aposentadoria, por representar exercício regular de direito, não poderia importar em perda da indenização prevista na hipótese de despedida sem justa causa. Tal se dá, segue o argumento, pelo fato de as relações jurídicas empregatícias e previdenciárias serem de índole distinta. Com isso, nada impede que haja a continuação do contrato de trabalho após o requerimento da aposentadoria voluntária a que se refere o § 2º do art. 453 da CLT. Refere, ainda, ao princípio da isonomia: seria anti-isonômico o tratamento diferenciado entre a aposentadoria proporcional – prevista no § 2º citado – e a aposentadoria integral, não referida no texto, nada justificando o ônus imposto apenas à primeira modalidade.

A medida liminar da ADI 1.721 foi julgada em 1997, tendo o mérito sido examinado em 2006. A medida liminar da ADI 1.770 foi julgada em 1998, com decisão de mérito também em 2006. Em ambas as situações, o STF acolheu a pretensão dos Autores da ADI, na medida cautelar e no julgamento definitivo.

No julgamento da liminar da ADI 1.721 (que primeiro foi examinada pelo Plenário do STF), o voto condutor, da lavra do Min. Ilmar Galvão (Relator), mostrou-se sensível ao argumento de serem duas as relações jurídicas envolvidas. Assim, em regra, o benefício previdenciário não deveria repercutir na relação trabalhista, salvo as hipóteses de aposentadoria por invalidez ou a aposentadoria compulsória, por idade. Curiosamente, extraiu o fundamento de validade de tais figuras, precisamente, das respectivas previsões legais (art. 475 e 51 da Lei nº 8.213/91), e não da Constituição.

¹⁰ Art. 10. Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição: I - fica limitada a proteção nele referida ao aumento, para quatro vezes, da porcentagem prevista no art. 6º, "caput" e § 1º, da Lei nº 5.107, de 13 de setembro de 1966;

¹¹ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos;

Examinou, ainda, o caráter intrínseco da aposentadoria proporcional, nela reconhecendo uma propensão natural à manutenção as atividades profissionais, como meio de se atingir à integralidade do benefício. Assim, não poderia ela constituir causa de extinção do contrato.

Em conclusão, relacionou a figura ao texto constitucional. A ligação foi realizada a partir da previsão do artigo 7º, inciso I, da Carta. Em síntese, entendeu que tornar a aposentadoria proporcional por idade modalidade de extinção do contrato de trabalho seria criar hipótese de extinção imotivada sem indenização, o que confrontaria o texto que previne demissões sem justa causa desacompanhada de indenização. Eis o núcleo do fundamento:

O texto legal impugnado, portanto, ao atribuir à aposentadoria proporcional o efeito de extinguir a relação de trabalho, na verdade outra coisa não fez senão transformá-la em esdrúxula justa causa para despedida do empregado, sem sequer a indenização que é devida aos que atingem o limite de idade.

Trata-se de dispositivo que por haver exonerado o empregador da obrigação de indenizar o empregado arbitrariamente despedido ofende o art. 7º, inciso I, da Constituição, não tendo, por isso, condição de subsistir como norma jurídica. (fls. 11 do acórdão)

A corrente divergente minoritária procurou estabelecer um diálogo com a legislação e a prática trabalhista, merecendo menção o seguinte fragmento do voto do Min. Nelson Jobim, que abriu a divergência:

“Então, é da tradição do Direito brasileiro – e há fixação nesse sentido – que a aposentadoria espontânea extingue o contrato de trabalho e a compulsória o suprime, se requerido pela empresa, importando em a empresa pagar a indenização trabalhista.” (fls. 23).

O julgamento da liminar da ADI 1.721, ocorrido em 19 de dezembro de 1997, se deu por maioria, vencidos quatro ministros¹². O julgamento da medida cautelar da ADI 1.770, ocorrido em 1998, sofrendo os influxos da decisão proferida na ADI correlata, foi unânime.

É importante destacar que, mesmo após o julgamento da liminar, o Tribunal Superior do Trabalho manteve a sua orientação de que a aposentadoria espontânea era causa de extinção do contrato de trabalho, mesmo nas hipóteses de o empregado continuar trabalhando na empresa. Com efeito, é digno de menção que o Tribunal Pleno do Tribunal do Superior do Trabalho manteve, no julgamento do ERR 628600/00, ocorrido em 28/10/2003, o entendimento contido na Orientação Jurisprudencial nº 177 (SBDI-1).

O mérito, examinado quase uma década após o julgamento da liminar, invocou princípios constitucionais, tais como o do valor social do trabalho, o do pleno emprego e o da existência digna, para declarar a inconstitucionalidade dos dispositivos legais. O Supremo Tribunal Federal também examinou a controvérsia constitucional à luz do art. 7º, inciso I, da CF, para dele extrair o entendimento de que a Constituição teria estabelecido duas modalidades de proteção: i) aquela que se viabilizaria pelas situações previstas em futura lei complementar; ii) a que se daria pela majoração do custo das *“despedidas sem outra causa que não seja a vontade unilateral do empregador”*, ou seja, pela fixação da indenização para as hipóteses de despedidas de iniciativa discricionária do empregador.

¹² A maioria se formou com os seguintes Ministros: Ilmar Galvão (relator), Marco Aurélio, Carlos Velloso, Sepúlveda Pertence, Néri da Silveira, Maurício Corrêa e Celso de Mello. A corrente divergente minoritária se formou com os votos dos Ministros Nelson Jobim, Octávio Gallotti, Sydney Sanches e Moreira Alves.

Esse o cenário, segue a fundamentação, que teria sido desrespeitado pelo § 2º do art. 453 da CLT, na medida em que por ele se estabeleceu nova modalidade de extinção do contrato de trabalho sem indenização. E mais: teria gravado com ônus o exercício regular de um direito, na medida em que a escolha do empregado pela aposentadoria representaria a renúncia à indenização.

É possível apontar a seguinte passagem como síntese do núcleo do fundamento, na ADI 1.721:

Não é isto, porém, o que se contém no dispositivo legal agora adversado. Ele determina o fim, o instantâneo desfazimento da relação laboral, pelo exclusivo fato da opção do empregado por um tipo de aposentadoria (a voluntária) que lhe é juridicamente franqueada. Desconsiderando, com isso, a própria e eventual vontade do empregador de permanecer com o seu empregado. E também desatento para o fato de que o direito à aposentadoria previdenciária, uma vez objetivamente constituído, se dá no âmago de uma relação jurídica entre o “segurado” do Sistema Geral de Previdência e o Instituto Nacional do Seguro Social. Às expensas, portanto, de um sistema atuarial-financeiro que é gerido por este Instituto mesmo. Não às custas desse ou daquele empregador. (fls. 14 do acórdão)

Na ADI 1.770, cujo mérito foi julgado na mesma assentada, em outubro de 2006, foram esgrimidos fundamentos semelhantes. A ADI investia contra a determinação estabelecida no § 1º do art. 453 da CLT, segundo a qual o empregado público aposentado espontaneamente – e, pois, em figura mais ampla do que a estabelecida no § 2º, que se limitava à aposentadoria voluntária proporcional – deveria ser aprovado em novo concurso público para readmissão.

Eis o núcleo da fundamentação:

Levando-se em conta também essa perspectiva, haveria inconstitucionalidade no § 1º do art. 453 da CLT, porquanto fundado nas mesmas premissas em que elaborado o § 2º do mesmo dispositivo: o de que a aposentadoria espontânea do empregado, no caso, de empresa pública ou sociedade de economia mista gera o rompimento do vínculo empregatício, o que traz como consequência a despedida arbitrária ou sem justa causa, não tendo o empregado nenhum direito à indenização. (fls. 14 do acórdão)

Em síntese, portanto, o Tribunal entendeu que o instituto da extinção do contrato de trabalho teria suas premissas gerais estabelecidas já na própria Constituição, de forma que ao legislador não competiria o estabelecimento de novas balizas, segundo os valores de políticas legislativas que entendesse apropriados. Verdadeiramente, o Tribunal partiu da premissa, ainda que subliminar, de que as bases de construção do instituto da extinção do contrato de trabalho têm assento constitucional, tudo baseado na hermenêutica a partir do texto que refere à proteção contra “*despedida arbitrária ou sem justa causa*”.

Em vista do julgamento definitivo das ADIs, o Tribunal Superior do Trabalho cancelou, em 30/10/2006, a Orientação Jurisprudencial nº 177, da SBDI-1.

4. A Constituição onipresente e o risco de asfixiar o desenvolvimento do direito legislado e interpretado pelos Tribunais

É fácil constatar que o Supremo Tribunal Federal, no exercício de sua jurisdição constitucional, toma com frequência decisões sobre questões políticas, morais e jurídicas

controvertidas, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante para o Poder Judiciário (e para a Administração Pública), esvaziando o poder decisório da jurisdição ordinária.

Não obstante isso, pode ocorrer situações em que juízes e Tribunais, premidos por fazer a justiça do caso concreto e buscando atuar no espaço de seu livre convencimento, contrapõem-se a essas decisões da Suprema Corte criando distinções de natureza factual ou jurídica para afastar a sua incidência, como ocorreu no caso em análise, na medida em que o Tribunal Superior do Trabalho manteve seu entendimento, consubstanciado na OJ 177 (SBDI-1), mesmo após o deferimento das medidas cautelares nas ADIs 1.721 e 1.770.

Não se deve tomar essas tensões como anomalias.

Mirando a situação espanhola, Francisco Fernandes Segado observa que a existência de um Tribunal Constitucional cria um problema de articulação entre a jurisdição praticada pela Corte Constitucional e pelos outros Tribunais e juízes, cuja solução não passa por uma lógica cartesiana, que ofereça respostas inequívocas sobre a delimitação da competência das jurisdições¹³. É o que ocorre em sistemas jurídicos em que ambas as jurisdições convirjam na tutela dos direitos constitucionais, como ocorre na Espanha e no Brasil.

Essa tensão entre o STF e os juízes e tribunais, desse modo, precisa ser encarada com certa naturalidade, mas enfrentada com comedimento.

Nesse cenário, cumpre ao STF a grandeza de viabilizar uma relação mais harmônica com os juízes e Tribunais, como condição para fortalecer o seu papel institucional. De fato, é importante que o STF perceba que a sua autoridade e o respeito às suas decisões não podem se pautar apenas no poder de revisão das decisões judiciais que estejam em desconformidade com seus precedentes. Até porque nenhum poder tem condições de sustentar sua autoridade apenas pelo uso da força, sendo imprescindível que haja alguma adesão voluntária às suas decisões.

Em função disso, entende-se que a criação de uma melhor sinergia entre a Corte e os demais órgãos do Poder Judiciário passa necessariamente pelo reconhecimento e valorização de certas capacidades da jurisdição ordinária pelo STF.

Nessa medida, é importante que o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar questões de índole não constitucional (que muitas vezes são ancilares na apreciação de questões constitucionais) leve em consideração as construções já consolidadas no âmbito da jurisdição ordinária, prestando homenagem aos juízes e Tribunais (sobretudo ao entendimento firmado pelos Tribunais Superiores).

A proposição pode ser singelamente posta nos seguintes termos: na apreciação de uma questão constitucional, havendo a necessidade de o Tribunal Constitucional definir o correto sentido da moldura fático-jurídica do que lhe é submetido, o Tribunal Constitucional não deve desprezar o entendimento já firmado pelos juízes e tribunais ordinários.

¹³ SEGADO, Francisco Fernández. El recurso de amparo en España como vía de generación conflictual entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional. In: SEGADO, Francisco Fernández. La Justicia Constitucional: una visión de derecho comparado. Tomo I (Los sistemas de Justicia Constitucional, las ‘dissentig opinions’ el control de las omisiones legislativas, el control de ‘comunitariedad’). Madrid: Dykinson-Constitucional, 2009. Pp. 218-219.

Essa forma de ver e lidar com as tensões entre jurisdição constitucional (exercida pela Suprema Corte) e a jurisdição ordinária (exercida pelos demais Tribunais e juízes) encontra, na Itália, um exemplo relevante para a jurisdição pátria.

Lá, como aqui, não se olvida a função do Tribunal Constitucional na guarda da Constituição. Igualmente lá, na Itália, como aqui, no Brasil, há a aguda compreensão sobre a importância do princípio do livre convencimento dos juízes ordinários como expressão da imparcialidade do Poder Judiciário. Por isso mesmo, é inevitável que haja situações em que a decisão do Tribunal Constitucional desafie problemas de interpretação em face da jurisprudência e das práticas de aplicação que já se firmaram sobre o texto legal (e vice-versa).

Para lidar com essas tensões, o direito constitucional italiano desenvolveu, como princípio de interpretação constitucional, doutrina que se consagrou denominar como “direito vivente”¹⁴, hoje incorporada por aquele Tribunal Constitucional, segundo a qual o Tribunal Constitucional deve considerar como um dado do problema constitucional a ser resolvido o significado judicial (sobretudo a fixada pelos Tribunais Superiores) de determinada matéria¹⁵.

Prestigiar essa forma de ver o direito conduziria o STF – ao abordar temas que exijam definição a respeito do conteúdo de termos como “relação de trabalho”, “aposentadoria”, “readmissão” – a prestar mais atenção ao entendimento sedimentado perante a jurisdição trabalhista (sobretudo o Tribunal Superior do Trabalho), que certamente pode oferecer um bom ponto de partida para a decisão que será tomada no âmbito da jurisdição constitucional, em vista do acúmulo de conhecimento que podem oferecer a respeito do direito civil, previdência, do trabalho etc.

Não foi isso que ocorreu no julgamento das ADIs 1.721 e 1.770. Apesar dos votos divergentes apresentados no julgamento da Medida Cautelar na ADI 1.721, em 1997, não se observou por parte do Supremo Tribunal Federal uma deferência mínima com a jurisdição prestada durante anos pela Justiça do Trabalho.

Sem que haja qualquer desprestígio à competência do STF no exercício de sua função de garantir a supremacia da Constituição, é importante que a Corte se engaje no esforço de apreender os sentidos e os conceitos desenvolvidos pela jurisdição ordinária, a partir da legislação posta, na construção de suas decisões, até para que seja reforçada a unidade e a organicidade do sistema jurídico.

Por óbvio, isso não significa que o Supremo Tribunal Federal precise seguir o entendimento da jurisdição ordinária. O que se defende é que o Supremo Tribunal Federal leve em consideração tanto as razões de decidir dessas Cortes quanto os efeitos decorrentes do exercício dessa jurisdição perante a sociedade, mesmo que seja para superar o entendimento que tem sido atribuído pelos Juízes e Tribunais.

No caso dos efeitos da aposentadoria espontânea no contrato de trabalho, tal como estabelecida no art. 453 da CLT, essa falta de diálogo representou não só prejuízo à segurança jurídica (a concessão de uma medida cautelar, que teve vigência sua vigência por praticamente 10 anos, criou uma situação de fato consumado), mas também superou a iniciativa do legislador e da jurisprudência consolidada a respeito do assunto na esfera trabalhista (na medida que uma medida cautelar, dada com fundamento em *fumus bonis iuris*, negligenciou todo o desenvolvimento

¹⁴ ZAGREBELSKY, Gustavo. La dottrina del diritto vivente. In: *Giurisprudenza costituzionale*, v. 31, n. 5/6, p. 1148-1166, mag./giu. 1986.

¹⁵ VEGA, Augusto Martín de la. La sentencia constitucional em Italia. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 198-200.

legislativo e as decisões das instâncias ordinárias que se estabeleceram num cenário com certa estabilidade legislativa).

Ignorar a construção legal acumulada por Tribunais Superiores pode acarretar em outro efeito igualmente nocivo: a redução da consistência do sistema legal. Ao julgar certa matéria com a angular muito fechada em dado problema, a Corte Constitucional pode se descuidar de repercussões mais amplas das premissas que enuncia.

Na situação tratada, o Tribunal, como visto, equiparou a aposentadoria espontânea a uma demissão sem justa causa por iniciativa do empregador, ao entendimento de que o empregado, mesmo tendo a iniciativa do requerimento da aposentadoria, age em exercício regular do direito, pelo que a perda da indenização importaria em “*esdrúxula justa causa*”. Daí a inconstitucionalidade do texto legal prevendo o efeito extintivo.

Adotada de forma ampla a premissa do julgado, surgem dúvidas sobre os limites impostos à ação do legislador como criador de hipóteses diversas de extinção do contrato de trabalho, para além da dicotomia justa causa/sem justa causa. Em hipóteses como da extinção do contrato por força maior, o legislador determinou a redução da indenização prevista na Constituição ao assumir que seus objetivos não se aplicariam à hipótese de redução da capacidade produtiva da empresa por eventos naturais.

Mais recentemente, a reforma trabalhista implementada pela Lei nº 13.467/17 estabeleceu uma nova modalidade de extinção do contrato de trabalho, por simples acordo (artigo 484-A). A nova disciplina também importa em redução da indenização constitucional, retirando, inclusive, o direito ao seguro desemprego, tudo baseado na premissa de existência de um ajuste de vontades entre empregado e empregador, que passa a ser lícito a partir da nova disposição. Em outras palavras, o texto confere à indenização constitucional *status* de direito disponível, passível de interferências contratuais.

Ora, se a indenização prevista na Constituição não pode ter sua aplicação reavaliada pelo legislador, como aceitar modulações a partir da atividade legislativa? Tais extensões do entendimento do STF, no entanto, nunca foram consideradas seriamente, e não parece ter sido a intenção do STF que fossem. Ao que tudo indica, considerando o teor dos julgamentos e o posicionamento posterior da Corte Constitucional, a construção destinou-se única e exclusivamente à questão da aposentadoria espontânea.

A perda de sistematicidade, portanto, revela situação ainda mais preocupante: a invocação da onipresença da Constituição para intervenções seletivas e pontuais.

Investir no aprimoramento do diálogo institucional pode ser uma lição a ser extraída no aniversário de 30 anos da Constituição de 1988.

5. Bibliografia

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1.721-MC, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ilmar Galvão, julgado em 19/12/1997, DJ 11/4/2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1.721, Tribunal Pleno, Rel. Min. Carlos Britto, julgado em 11/10/2006, DJ 29/6/2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1.770-MC, Tribunal Pleno, Rel. Min. Moreira Alves, julgado em 14/5/1998, DJ 6/11/1998.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1.770, Tribunal Pleno, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgado em 11/10/2006, DJ 1/12/2006.

SEGADO, Francisco Fernández. El recurso de amparo en España como vía de generación conflictual entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional. In: SEGADO, Francisco Fernández. La Justicia Constitucional: una visión de derecho comparado. Tomo I (Los sistemas de Justicia Constitucional, las ‘dissentig opinions’ el control de las omisiones legislativas, el control de ‘comunitariedad’). Madrid: Dykinson-Constitucional, 2009.

VEGA, Augusto Martín de la. La sentencia constitucional em Italia. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

ZAGREBELSKY, Gustavo. La dottrina del diritto vivente. In: Giurisprudenza costituzionale, v. 31, n. 5/6, p. 1148-1166, mag./giu. 1986.