

APONTAMENTOS ACERCA DA MULTA RESCISÓRIA SOBRE O FGTS, QUANDO DA DEMISSÃO SEM JUSTA CAUSA APÓS A CONCESSÃO DA APOSENTADORIA VOLUNTÁRIA

Jean Wagner Camargo¹

Davi Ricardo Almeida Heck

Não é pacífico o posicionamento jurisprudencial quanto à incidência da multa rescisória de 40% sobre o FGTS, quando da demissão sem justa causa após a concessão da aposentadoria, decorrente de pedido voluntário do trabalhador. A dúvida que surge é se a multa incide desde a admissão do obreiro ou se apenas sobre os depósitos realizados após a concessão da aposentadoria.

Porém, para analisarmos este tema, impõem-se algumas considerações acerca da matéria. O artigo 453 da CLT prevê a aposentadoria voluntária como uma forma de extinção do contrato de trabalho. Seu texto diz que, “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 grave, recebido indenização legal ou se aposentado espontaneamente” (*Grifos nossos*). A interpretação que deriva do texto legal é a de que com o pedido de aposentadoria voluntária, o contrato de trabalho é extinto, mesmo que o obreiro continue trabalhando para seu empregador após a

¹

Acadêmicos do Curso de Direito do Centro Universitário Univates

concessão do benefício previdenciário, podendo sacar seu FGTS, todavia, sem a multa que somente incidirá em uma futura despedida sem justa causa advinda deste último contrato de trabalho.

Sérgio Martins escreveu no mesmo sentido. Segundo sua considerações sobre o tema “a aposentadoria do empregado é uma das formas de cessação do contrato de trabalho. Se o empregado continua trabalhando, há a formação de um novo contrato de trabalho”.²

Reforça seu embasamento citando a Súmula 295 do TST que dispõe: há “cessação do contrato de trabalho em razão da aposentadoria espontânea do empregado (...)”. Neste sentido, observa ainda que, “não haverá pagamento de indenização de 40% pois a iniciativa da ruptura não foi do empregador”³. Entretanto, Martins enfatiza que quando do segundo desligamento, sem justa causa, da empresa, a indenização será devida e calculada sobre os depósitos do FGTS referentes ao segundo contrato de trabalho, pois o artigo 453 da CLT indica que a aposentadoria espontânea impede a soma do tempo de serviço anteriormente prestado à empresa.

Este entendimento também foi salientado por Amauri Nascimento⁴:

² Martins, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. São Paulo: Atlas, 21 ed., 2005, p 370

³ Martins, Sérgio Pinto. Ob. Cit. Pg 372.

⁴ Nascimento, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. 19ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2004 p. 703

O que deve ser requerido é a aposentadoria e não o pedido de demissão, como, também, não há que se falar em dispensa. A aposentadoria é causa suficiente de cessação do vínculo. A continuidade na mesma empresa não é o mesmo que prosseguimento do contrato. O contrato fica terminado por aposentadoria. Inicia-se, após a aposentadoria, novo contrato individual de trabalho entre as partes.

Sob o mesmo fundamento e de acordo com a Orientação Jurisprudencial 177, o TST vinha adotando em suas decisões:

APOSENTADORIA ESPONTÂNEA. EXTINÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO (ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL Nº 177/SDI/TST). Esta Corte Superior tem posicionamento firme no sentido de que a aposentadoria espontânea extingue o contrato de trabalho, sendo indevido o adicional de 40% (quarenta por cento) do FGTS em relação ao período anterior à ruptura ocasionada pela aposentadoria. Nesse sentido encontra-se a Orientação Jurisprudencial nº 177 da Colenda Seção Especializada em Dissídios Individuais. Recurso de revista conhecido e provido. (TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, 5ª Turma, RR 1366-2003-007-17-00-9, Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, julgado em 31/8/2005).

Corroborava a idéia de que a aposentadoria voluntária extingua o pacto laboral, os parágrafos do referido artigo celetista. O § 1º dizia que “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”. Enquanto o parágrafo 2º do artigo 453 da CLT, incluído pela Lei 9528/97, proferia expressamente que “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”.

Contudo, tais considerações acima expostas, apresentam aparente incompatibilidade com o artigo 7º, I, da CF/88, que visa a proteção do trabalhador contra despedidas arbitrárias ou sem justa causa. E sob este fundamento constitucional é que se firmou novo entendimento quanto a impossibilidade de ser, a concessão da aposentadoria espontânea, uma forma de resolução do contrato de trabalho, quando o obreiro continua seu labor para com o seu empregador. Esta corrente prega a continuidade da relação de trabalho, ainda que ocorra o pedido da aposentadoria espontânea, uma vez que esta não constitui causa de rompimento do contrato de trabalho, a menos que seja a vontade do trabalhador. Esta é a interpretação esposada pelo Supremo Tribunal Federal vista no Recurso Extraordinário 449420 cujo relator foi o Ministro Sepúlveda Pertence:

EMENTA: Previdência social: aposentadoria espontânea não implica, por si só, extinção do contrato de trabalho.

1. Despedida arbitrária ou sem justa causa (CF, art. 7º, I): viola a garantia constitucional o acórdão que, partindo de premissa derivada de interpretação conferida ao art. 453, caput, da CLT (redação alterada pela L. 6.204/75), decide que a aposentadoria espontânea extingue o contrato de trabalho, mesmo quando o empregado continua a trabalhar na empresa após a concessão do benefício previdenciário.

2. A aposentadoria espontânea pode ou não ser acompanhado afastamento do empregado de seu trabalho: só há readmissão quando o trabalhador aposentado tiver encerrado a relação de trabalho e posteriormente iniciado outra; caso haja continuidade do trabalho, mesmo após a aposentadoria espontânea, não se pode falar em extinção do contrato de trabalho e, portanto, em readmissão.

3. Precedentes (ADIn 1.721-MC, Ilmar Galvão, RTJ 186/3;

ADIn 1.770, Moreira Alves, RTJ 168/128).

Assim, o § 2º do artigo 453 da CLT, tema central deste trabalho, que regulava a aposentadoria proporcional de maneira expressa careceu de constitucionalidade haja vista a Adin 1721-3, que o emprestou o caráter de violador de garantias inerentes à Constituição Federal/88, muito embora o caput

não tenha sido apreciado e de sua leitura ainda possa se dar a mesma interpretação. Ademais, estes parágrafo criava mais uma modalidade de extinção do contrato de trabalho e estabelecia uma verdadeira incompatibilidade entre o benefício previdenciário e a continuidade do vínculo de emprego, tratando-se, portanto, de total desarmonia e marcada ofensa ao texto da Constituição Federal.

Dá-se exemplo disto através de uma das jurisprudências proferidas pelo TRT da 4º região⁵:

EMENTA: APOSENTADORIA COMO CAUSA DE EXTINÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. Diante da inconstitucionalidade do § 2º do artigo 453 da CLT declarada pelo STF, a conclusão que ora se passa adotar é no sentido de que a aposentadoria voluntária, por si só, não extingue o contrato de trabalho para aquele empregado que opta por permanecer no emprego. Devido o pagamento do acréscimo de 40% sobre os depósitos do FGTS relativos ao período anterior à aposentadoria. (...)

Portanto, para este salutar posicionamento, a concessão do benefício previdenciário a pedido espontâneo do trabalhador não extingue o vínculo

⁵ Acórdão do Processo 00183-2006-008-04-00-6 (RO). Juiz Relator: ANA ROSA PEREIRA ZAGO SAGRILO. Fonte: [Diário Oficial do Estado do RGS - Justiça](#). Data de Publicação: 09/03/2007.

trabalhista, e quando de uma futura despedida, sem justa causa, fará jus, este, à multa de 40% sobre todos os depósitos feitos à sua conta vinculada ao FGTS pertinentes ao seu contrato laboral.

Visto isto, cabe agora ressaltar que, apesar de estar sendo sedimentado em nossos tribunais o entendimento de que não há extinção do pacto laboral com o pedido de aposentadoria espontânea, ainda há espaço para novas discussões acerca da incidência da multa rescisória de 40% sobre o Fundo de Garantia por tempo de Serviço. Veja nas jurisprudências a seguir colacionadas a divergência de entendimento. Nesta o entendimento de que há incidência da multa na totalidade do período trabalhado⁶:

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMANTE. ACRÉSCIMO DE 40% SOBRE O FGTS ANTERIOR À APOSENTADORIA. A indenização compensatória deve incidir sobre a totalidade dos depósitos havidos no FGTS, inclusive sobre os valores levantados em face da aposentadoria voluntária, e não somente sobre o saldo existente na época do desligamento posterior. Recurso acolhido. (...)

Em sentido contrário o acórdão da lavra do Exmo. Sr. Ministro Ives Gandra Martins Filho (processo RR - 616.084/1999.4, publicado em 29.09.2006), cuja ementa se transcreve:

⁶ Acórdão do Processo 01114-2006-333-04-00-4 (RO). Juiz Relator: DENISE MARIA DE BARROS. Fonte: [Diário Oficial do Estado do RGS - Justiça](#). Fonte: [Diário Oficial do Estado do RGS - Justiça](#)

"FGTS - MULTA DE 40% - PERÍODO ANTERIOR À APOSENTADORIA ESPONTÂNEA. O empregado aposentado voluntariamente, que permanece no emprego, **não tem direito** à multa de 40% sobre os depósitos do FGTS em relação ao período anterior à jubilação, quando posteriormente dispensado sem justa causa, uma vez que já conta com fonte de renda para fazer frente à inatividade. Solução diversa importaria em desvirtuar a finalidade pela qual o FGTS e sua suplementação foram instituídos, que é o provimento de recursos financeiros para o período de inatividade do trabalhador, até obter nova colocação. Recurso de revista desprovido."

Assim, os que sustentam a primeira decisão fundamentam o cabimento de indenização integral, desde a admissão do empregado, no fato do contrato ser único, ou seja, não ter sido extinto quando da despedida sem justa causa após a aposentadoria. Ademais, há que se considerar que o empregado, segurado da Previdência Social, mantém, simultaneamente, duas relações jurídicas: contrato individual de emprego com o empregador e filiação obrigatória ao INSS. Trata-se de situações absolutamente independentes, com sujeitos, objetivos e efeitos distintos, de modo que não pode uma influenciar diretamente na continuidade da outra.

No entanto, aqueles que entendem de acordo com esta última decisão, sustentam que não há indenização, devido ao fato que o empregador não se opõe à aposentadoria e nem à continuidade do contrato de trabalho, visto que isto é um benefício ao empregado e não um ônus que àquele deva sofrer com a imposição da multa incidente em todo contrato. Ademais, a multa sobre o FGTS foi inserida para a proteção do empregado dispensado sem justa causa. O dinheiro serviria para ampará-lo na situação de desemprego. Ora, quem se aposenta não está na situação de desempregado, mas de aposentado amparado pela Previdência Social, não tendo razão de existir a multa sobre o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço nessa hipótese. E ainda, se a multa representa uma indenização, uma compensação ao empregado dispensado, sem motivo justo, concebida pela CF/88, inexistente esta causa e assim referenda a decisão do TRT gaúcho⁷:

EMENTA: FGTS. Indenização compensatória. Multa de 40%. Contrato de trabalho mantido após a aposentadoria. O acréscimo de 40% do FGTS tem a finalidade de indenizar e compensar o trabalhador que é dispensado sem justa causa, nos moldes da previsão contida no art. 7º, I, da CF, c/c Art. 10, caput, I, do ADCT, fornecendo-lhe suporte financeiro para sustentar-se até obter novo emprego. Nesses termos, se há continuidade da prestação laboral após a aposentadoria, **não se justifica o pagamento de indenização ao empregado, sendo que a multa de 40% sobre os depósitos de FGTS é devida somente em relação ao período posterior à inativação.** Recurso dos reclamantes desprovido. (...)

⁷ **ACÓRDÃO** do Processo 00180-2006-009-04-00-9 (RO). Juiz Relator: FLAVIO PORTINHO SIRANGELO. Fonte: Diário Oficial do Estado do RGS - Justiça. Data de Publicação: 07/02/2007

Sob este aspecto argumenta, em sua tese, o Ministro do TST Milton de Moura França⁸:

Atento ao fato de que, lamentavelmente, ainda vivemos em um País com grande número de desempregados, a preservação do emprego não deve acarretar maiores encargos além daqueles normalmente impostos aos empregadores, razão pela qual creio que a imposição da multa de 40% sobre os depósitos do FGTS, relativos ao período anterior à aposentadoria, constitui encargo que fere o equilíbrio dos interesses em jogo e, por isso mesmo, deve ser afastada.

O posicionamento do Ministro Milton de Moura França coincide também com o manifestado pelo vice-presidente do TST, ministro Rider Nogueira de Brito, e integrantes da Quarta Turma do Tribunal, presidida por Moura França. Para eles, não há incompatibilidade entre a unicidade do contrato e a solução que restringe o cálculo da multa ao período após a aposentadoria. Segundo Moura França, em sua tese citada, os obreiros que permanecerem na empresa, após aposentarem-se, o fazem em razão de uma peculiaridade que cria uma nova relação jurídica contratual de trabalho com características próprias.

⁸ Notícias do Tribunal Superior do Trabalho. Tese sobre efeitos da aposentadoria http://ext02.tst.gov.br/pls/no01/no_noticias.Exibe_Noticia?p_cod_area_noticia=ASCS&p_cod_noticia=7120

Todavia o entendimento defendido pelo ministro Milton de Moura França não é compartilhado pela maioria dos outros integrantes do TST que já se manifestaram sobre o tema. Para a corrente majoritária, uma vez reconhecido o fato de que a aposentadoria espontânea não extingue o contrato, o trabalhador nessa condição terá direito à incidência da multa sobre a totalidade dos depósitos do FGTS após sua dispensa sem justa causa

Não obstante, o profissional do direito não deve ater-se tão somente à legislação trabalhista, mas sim buscar guarida nas normas previdenciárias. Para tanto, temos a lei 8.036/90 que dispõe sobre o FGTS e possibilita o seu saque quando da aposentadoria. De acordo com o artigo 18, § 1º desta lei, cabe indenização de 40% sobre os depósitos do FGTS decorrentes do contrato de trabalho vigente, nos casos de demissão arbitrária ou sem justa causa. Veja-se este acórdão⁹:

EMENTA: DIFERENÇAS DA MULTA DE 40% SOBRE O FGTS. Diante do advento da decisão do Supremo Tribunal Federal que, em 11.10.2006, julgou procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1721, manejada para o fim de declarar a inconstitucionalidade do parágrafo 2º do art. 453 da CLT, tem-se que a aposentadoria espontânea não extingue o contrato de trabalho. No entanto, independentemente de que

⁹ ACÓRDÃO do Processo 00120-2006-512-04-00-0 (RO). Juiz Relator: EURÍDICE JOSEFINA BAZO TÔRRES. Fonte: Diário Oficial do Estado do RGS - Justiça. Data de Publicação: 07/02/2007

tenha continuado em vigor o mesmo contrato de trabalho ou se aperfeiçoado um novo, não cabe reconhecer o direito a multa de 40% do FGTS sobre os depósitos do período contratual até a aposentadoria. Recurso provido. (...)No tocante às diferenças da multa de 40% sobre o FGTS quando há aposentadoria, abordagem própria merece a questão. A aposentadoria gera o direito ao levantamento dos depósitos do FGTS. A reclamante continuou trabalhando após a aposentadoria, que ocorreu em 06.06.95, até 17.10.2005. Independentemente de que tenha continuado em vigor o mesmo contrato de trabalho ou se aperfeiçoado um novo, não cabe reconhecer o direito a multa de 40% do FGTS sobre os depósitos do período contratual até a aposentadoria. Ao se aposentar o empregado faz jus ao levantamento dos depósitos do FGTS, o que importa, de forma inerente à hipótese, em desobrigar o empregador de ônus relativo à multa legal de 40% até então, porque tal multa não está contemplada na lei, na hipótese de aposentadoria. Passou a integrar o patrimônio jurídico do empregado o levantamento dos depósitos desde que se aposentou sem acréscimo de 40% porém. O prosseguimento do contrato de trabalho do empregado aposentado representa um benefício e não deve ser ônus injustificado ao empregador como seria taxar os depósitos do FGTS de todo o contrato com a multa. O empregado obteve aposentadoria, logo o empregador não obteve a aquisição de tal direito, não tendo despedido. Mais, se a multa de 40% do FGTS representa indenização compensatória, assim concebida na lei e na norma constitucional do art. 7º inciso I da Constituição Federal, inexistente esta causa de indenizar o empregado aposentado. Sobrepõe-se o fato anterior da aposentadoria sobre o fato posterior da despedida, para

calcular a multa de FGTS. Ademais, o pagamento do FGTS sobre o período anterior a jubilação é devido apenas quando a despedida ocorre sem justa causa e por iniciativa do empregador, de acordo com o art. 18, parágrafo primeiro da Lei nº 8.036/90 e, isto somente se deu em relação ao período posterior à aposentadoria, devendo incidir o acréscimo de 40% apenas sobre os depósitos do FGTS realizados no período de sua vigência.

Desta feita, em suma, diante da nova orientação do STF, temos que a concessão da aposentadoria a pedido voluntário do trabalhador não pode ser fato que extinga o contrato de trabalho, uma vez que é um direito deste e em nada impede que continue trabalhando para seu empregador. O fato de perceber o benefício da previdência não poder ser causa de desconfiguração do contrato de trabalho vigente, pois ainda há reciprocidade de interesse na continuação do pacto laboral entre o trabalhador e seu patrão. Todavia, a despedida sem justa causa após o recebimento da aposentadoria ainda permeia controvérsias, conforme fora demonstrado.

Assim, diante do advento da decisão do Supremo Tribunal Federal que, em 11.10.2006, julgou procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1721, a multa de 40% sobre os depósitos do FGTS deverá incidir sobre todos os depósitos realizados do período contratual até a aposentadoria. Entretanto, como comprovado, mesmo após tal decisão, existe uma corrente que ainda defende que a multa de 40% sobre os depósitos do FGTS deverá incidir somente sobre os depósitos realizados após a aposentadoria.

Diante da análise realizada, caso se consolide a posição proclamada pelo STF, esta forma de garantia dos direitos do trabalhador pode se tornar um empecilho à manutenção de empregados aposentados nos seus postos de trabalho, justamente pelo fato de que o empregador estaria onerando-se ao dar continuidade aos contratos destas pessoas, uma vez que para não ter o dever de indenizá-las integralmente, quando de uma demissão sem justa causa, teria que esperar por pedidos de demissão.