

A APOSENTADORIA, A EXTINÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO E O FGTS.¹

Anna Candice Weiler Miralles²

Débora Cristina Prass³

A realidade social brasileira, caracterizada pela divisão de classes e crescente desigualdade econômica entre os cidadãos, exige que muitos trabalhadores permaneçam em seu emprego, mesmo após de estarem amparados pelo benefício constitucional da aposentadoria, como forma de garantir seu sustento e o da sua família.

Acompanhando a realidade fática, segue o Direito. Discussão contumaz na ceara trabalhista decorre especificamente do tema sobredito, acarretando as indagações: em caso de permanência do trabalhador no seu posto de emprego, mesmo após a concessão do jubilo, seu contrato será considerado extinto? E ainda, no que tange às regras de incidência do FGTS, em caso de demissão sem justa causa deste trabalhador, a multa legal de 40% incidirá sobre a totalidade do período laborado em favor do empregador ou apenas sobre o período após a aposentadoria?

Consoante orientação proferida a por Martins⁴:

“aposentadoria do empregado é uma das formas de cessação do contrato de trabalho. Se o empregado continuar trabalhando, há formação de um novo contrato de trabalho.”

Aponta, ainda, o citado autor, os plúrimos entendimentos diversos acerca do tema, surgidos no decorrer da história da legislação trabalhista, bem

¹ Pesquisa apresentada à disciplina de Direito do Trabalho II, cursada no primeiro semestre de 2007, ministrada pela professora Fernanda Pinheiro Brod, para complementação da nota do primeiro bimestre.

² Acadêmica do 8º semestre do Curso de Direito da Univates.

³ Acadêmica do 8º semestre do Curso de Direito da Univates.

⁴ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 21ª edição. São Paulo: Atlas, 2005.

como suas conseqüências para o empregador, sendo estas, em sua maioria, negativas, motivo pelo qual defende a tese acima descrita.

A legislação previdenciária, especificamente a Lei 8213/91, art. 49, I, *b*, resguarda a possibilidade de permanência do empregado no posto de trabalho, mesmo quando houver requerido a aposentadoria, como forma de garantir seu sustento até que seu pedido seja deferido, nada obstando, entretanto, que continue na atividade laborativa após a obtenção do benefício. Cumpre ressaltar, todavia, a existência de corrente que entende que tal conduta evidencia novo contrato de trabalho, o qual não se confunde, sobremaneira, com o contrato anterior, extinto em decorrência do pedido de jubilo. Isto porque a obrigação do empregado de fornecer trabalho e a do empregador de dar a contraprestação pecuniária correspondente cessou, fazendo jus o empregado a receber benefício previdenciário sem exercer qualquer atividade para tanto. Assim, se continuar a prestar serviços e receber do empregador um salário em virtude desta prestação, mesmo estando aposentado, está configurado novo contrato de trabalho, totalmente independente do anterior.

O artigo 453 da CLT alberga tal lição ao dispor 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*”

Importa, todavia, remeter à dissonância de entendimento sobre a questão, a qual enfrenta debates diuturnos em nossos tribunais. Entendendo que o contrato resta extinto, conseqüência lógica é que a de que o trabalhador não faça jus às verbas indenizatórias correspondentes ao tempo de serviço do contrato anterior quando da rescisão do novo contrato (em especial, a multa de 40% sobre o valor do FGTS), qualificando-se esta conseqüência como uma das mais graves para o obreiro.

Assim, qualquer indenização porventura cabível será calculada apenas sobre o período correspondente ao novo contrato, cujo lapso temporal será bastante inferior ao anteriormente laborado. Neste sentido, colaciona-se o entendimento que segue:

"APOSENTADORA ESPONTÂNEA - EXTINÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. **A aposentadoria espontânea implica, necessariamente, a extinção do contrato de trabalho. Nas readmissões após a aposentadoria espontânea, ocorrendo a dispensa sem justa causa, a multa de 40% deverá ser calculada com base nos depósitos do FGTS efetuados no período pós-aposentadoria e não sobre a totalidade do período trabalhado na empresa.** Orientação Jurisprudencial nº 177. Embargos não conhecidos" (TST-E-RR-628.600/2000.3, DJU de 13/02/2004, SESBDI, Relator Ministro Carlos Alberto Reis de Paula). (grifamos)

Oportuna, ora, a citação de Melo⁵, que lembra que:

“o inciso I do artigo 7º da Constituição Federal, que garante a indenização de 40% do FGTS, não a exclui no caso de aposentadoria espontânea. Também não existe qualquer disposição legal compatível com a Constituição, reconhecendo a aposentadoria espontânea como motivo de extinção do contrato de trabalho, sem indenização para o trabalhador. Assim, aposentado por tempo de serviço, pode o trabalhador continuar trabalhando na empresa normalmente, salvo se o empregador não mais o quiser, quando terá, então, que rescindir o contrato por sua iniciativa, sem justa causa, e arcar com o pagamento das conseqüentes verbas rescisórias.” (grifamos)

O artigo 453 da CLT, § 2º, é claro ao asseverar que *“o ato de concessão do benefício da aposentadoria a empregado que não tiver completado 35 anos de serviço, se homem, e 30, se mulher, importa em extinção do vínculo de emprego.”*

Estaria resolvida a questão posta à tela com a simples leitura do citado artigo não fosse a decisão do STF (ADIns 1721 e 1770), a qual declara, fulcro na CF, artigo 7º, I, inconstitucional o dispositivo, por vislumbrá-lo como discriminatório, posto que “cria modalidade de despedida arbitrária ou sem justa causa, sem indenização, o que não poderia ter feito sem ofensa ao dispositivo constitucional sob enfoque.”⁶

Colaciona-se, então, a ementa da citada ADIn:

⁵ MELO, Raimundo Simão, Procurador Regional do Trabalho, Mestre e Doutor em Direito das Relações Sociais, PUC-SP, Disponível em < <http://www.prt15.gov.br/sistemas/bancoDocumento/documentos/docs/artigoc81e728d9d4c2f636f067f89cc14862c.doc>>

⁶ Brasil. Supremo Tribunal Federal. ADIn nº 1721-3, Relator Ministro Ilmar Galvão, DJU de 11/04/2003.

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 3.º DA MP N.º 1.596-14/97 (CONVERTIDA NA LEI N.º 9.528/97), NA PARTE EM QUE INCLUIU § 2.º NO ART. 453 DA CLT. ALEGADA OFENSA À CONSTITUIÇÃO. O direito à estabilidade no emprego cedeu lugar, com a Constituição de 1988 (art. 7.º, I), a uma proteção contra despedida arbitrária ou sem justa causa, consistente em uma indenização compensatória, entre outros direitos, a serem estipulados em lei complementar. A eficácia do dispositivo não ficou condicionada à edição da referida lei, posto haver sido estabelecida, no art. 10 do ADCT, uma multa a ser aplicada de pronto até a promulgação do referido diploma normativo (art. 10 do ADCT), havendo-se de considerar arbitrária e sem justa causa, para tal efeito, toda despedida que não se fundar em falta grave ou em motivos técnicos ou de ordem econômico-financeira, a teor do disposto nos arts. 482 e 165 da CLT. O diploma normativo impugnado, todavia, ao dispor que a aposentadoria concedida a empregado que não tiver completado 35 anos de serviço (aposentadoria proporcional por tempo de serviço) importa extinção do vínculo empregatício — efeito que o instituto até então não produzia —, na verdade, outra coisa não fez senão criar modalidade de despedida arbitrária ou sem justa causa, sem indenização, o que não poderia ter feito sem ofensa ao dispositivo constitucional sob enfoque. Presença dos requisitos de relevância do fundamento do pedido e da conveniência de pronta suspensão da eficácia do dispositivo impugnado. Cautelar deferida" (STF - ADIn 1721-3, Relator Ministro Ilmar Galvão, DJU de 11/04/2003).

Outro dispositivo celetista que se encontra no cerne da discussão é o parágrafo 1º, do mesmo artigo 453, afirmando 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.”*

A norma deste artigo restou, da mesma maneira, atacada pela decisão seguinte:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. § 1º DO ARTIGO 453 DA CLT NA REDAÇÃO DADA PELO ARTIGO 3º DA LEI 9.528, DE 10.12.97, E DO ARTIGO 11, "CAPUT" E PARÁGRAFOS, DA REFERIDA LEI. PEDIDO DE LIMINAR. No tocante ao artigo 11 da Lei 9.528/97, não é de conhecer-se a ação direta, porquanto, tratando de norma temporária cujos prazos nela fixados já se exauriram no curso deste processo, perdeu a referida ação o seu objeto. Quanto ao § 1º do artigo 453 da CLT na redação dada pelo artigo 3º da Lei 9.528/97, ocorre a relevância da fundamentação jurídica da arguição de inconstitucionalidade, bem como a conveniência da suspensão de sua eficácia pelas repercussões sociais decorrentes desse dispositivo legal. Pedido de liminar que se defere, para suspender, "ex nunc" e até decisão final, a eficácia do § 1º do artigo 453 da CLT na redação que lhe deu o artigo 3º da Lei 9.528, de 10 de dezembro

de 1997" (STF - ADIn 1770 - 4, Relator Ministro Moreira Alves, DJU de 06/11/1998).

Dispõe, assim, Melo (*op.cit*), que:

*“nessa ação ocorreu a suspensão do § 1º do artigo 453 da CLT sob o fundamento de que a inconstitucionalidade do dispositivo legal em causa **decorre do fato de que o mesmo pressupõe indiretamente que a aposentadoria espontânea do empregado extingue automaticamente o vínculo empregatício, o que viola os preceitos constitucionais relativos à proteção do trabalho e à garantia de percepção dos benefícios previdenciários**, que por si só foi suficiente para se considerar relevante a necessidade de suspensão do dispositivo celetista diante dos prejuízos para os trabalhadores e das repercussões sociais decorrentes em tais situações.” (grifamos)*

Resta, assim, a indagação: a aposentadoria espontânea constitui motivo de justa causa para a despedida do empregado, sem o conseqüente pagamento da indenização constitucional?

O sobrecitado entendimento da Suprema Corte aduz que não, pois, do contrário, restaria ferido o princípio da Continuidade da Relação de Emprego, bem como o da Proteção ao Trabalhador (sujeito extremamente prejudicado), os quais detém importância superior a qualquer outra norma.

Não obstante, em que pese o efeito *erga omnes* do *decisum*, os tribunais regionais seguem decidindo de forma autônoma, consoante se vislumbra nas ementas:

“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)

“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." (Exmo. Sr. Ministro Ives Gandra Martins Filho, processo RR - 616.084/1999.4, publicado em 29.09.2006). (grifamos)

Decisões como as destacadas são objeto contumaz de Recursos Extraordinários perante a Corte Maior, pois, como asseverado, a inconstitucionalidade do disposto na CLT já foi declarada. Acerca do tema, o ministro Sepúlveda Pertence entende que:

“o termo readmitido (previsto no caput do artigo 453 da CLT) pressupõe que o anterior contrato de trabalho foi extinto, no entanto, isso não implica dizer que a aposentadoria espontânea resulte necessariamente no fim do contrato de trabalho. ‘Só haveria readmissão quando o trabalhador aposentado tivesse encerrado a relação anterior de trabalho e, posteriormente, iniciado outra. Caso haja a continuidade do trabalho, mesmo após a aposentadoria espontânea, não se pode falar em extinção do contrato de trabalho e, portanto, em readmissão’, explicou o relator.”⁷

Esposando o mesmo entendimento no mesmo sentido as ementas colacionadas:

“APOSENTADORIA VOLUNTÁRIA – EFEITOS SOBRE O CONTRATO DE TRABALHO. A Lei nº 8.213/91 abriu exceção ao sistema anteriormente vigente, no sentido de que a aposentadoria espontânea não pressupõe, necessariamente, a rescisão contratual, ao admitir o requerimento de aposentadoria sem o necessário desligamento do emprego (art. 54 c/c o art. 49, I, b, da Lei 8.213/91). A tentativa de alterar-se tal sistemática, pela Lei 9.528, de 11.12.97, que introduziu o § 2º ao art. 453 da CLT (‘O ato de concessão de benefício de aposentadoria a empregado que não tiver completado 35 anos, se homem, ou trinta, se mulher, importa em extinção do vínculo empregatício’) restou superada pela suspensão liminar do parágrafo, pelo Supremo Tribunal Federal (ADInMC nº 1721-DF, Rel.

⁷ RANGEL, Carlos. Disponível em < <http://diarionet.terra.com.br/trabalhosub.action.aspx?idPageItem=8606>>. Pesquisa em 10 de março de 2007.

Min. Ilmar Galvão, em 19.12.97), porque inibiria o exercício do direito à aposentadoria proporcional (art. 202, § 1º), vislumbrando-se, ainda, possível violação ao art. 7º, I, da Lei Maior, na medida em que a norma impugnada instituiria modalidade de despedida arbitrária, sem indenização. A aplicação do art. 453 da CLT à situação *sub examine* é inadequada, eis que o dispositivo cogita da *accessio temporis*, ou seja, do direito ou não à soma dos períodos de trabalho do empregado, que, aposentado, retorna ao emprego. A relação que o empregado mantém com seu empregador é diversa e a lattere daquela havida com a instituição previdenciária. Recurso provido.” (TRT-10ª Reg. - 2ª T. - RO 1.370/97 - julg. 28/04/98 - publ. DJ de 22/05/98 e Boletim de Jurispr. do TRT-10ª Reg., vol. 03 - maio/junho/98 - Rel. Juíza HELOÍSA PINTO MARQUES). (grifamos)

”Contrato de trabalho – aposentadoria – efeitos – A obtenção da aposentadoria não é causa objetiva de extinção do vínculo empregatício, o que inclusive se extrai com clareza dos termos do art. 49 da Lei 8213/91. É inegável que a relação de trabalho é rigorosamente distinta da relação mantida com o órgão da Previdência Social, ligando sujeitos diversos em torno de objetos peculiares, o que exclui a possibilidade de que um evento previdenciário (a aquisição da aposentadoria) gere, de per se, o drástico efeito da extinção do vínculo de emprego.

FGTS – aposentadoria – multa de 40% sobre os depósitos fundiários pertinentes ao período anterior à jubilação – efeitos – a obtenção da aposentadoria espontânea não produz, de forma objetiva, o efeito da extinção do contrato de trabalho mantido entre as partes. Se o empregador não desejar a manutenção do vínculo, deve promover a ruptura do contrato, com a observância de todos os direitos rescisórios do empregado: se a prestação de serviços prosseguir após a aposentadoria, o contrato se mantém uno, sem qualquer solução de continuidade, fazendo jus o obreiro, por ocasião da dispensa imotivada, ao recebimento da multa de 40% sobre os depósitos do FGTS de todo o período contratual. (Ac. 02980171071, proc. 02950252219, relª WILMA NOGUEIRA DE ARAÚJO VAZ DA SILVA, julg. 30/03/98, publ. DJ de 24/04/98)”.

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. (Número do processo: 00183-2006-008-04-00-6 (RO) Juiz: ANA ROSA PEREIRA ZAGO SAGRILLO. 09/03/2007)

Proferindo, ora, posicionamento pessoal acerca do tema, considerando o disposto na legislação trabalhista e, em especial o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, guardião da Lei Maior, entendemos que a multa de 40% sobre o FGTS deve incidir sobre os depósitos realizados desde a admissão, em 10/04/1995.

Em que pese a orientação diversa da legislação infraconstitucional, destaca-se esta já restou condenada pelo entendimento do STF.

Assim sendo, o *decisum* que entende como descabida a incidência da multa sobre a integralidade do período de prestação do serviço à empresa, além de estar ferindo orientação do Supremo Tribunal, ferirá princípios Magnos Trabalhistas, tais como a Proteção ao Trabalhador e à Relação de Emprego

Compartilhando desta lição, vislumbramos que a incidência da multa de 40% tão somente sobre o período que sucede a aposentadoria acarreta prejuízo imensurável ao trabalhador, sujeito hipossuficiente na relação trabalhista, o qual carece de ampla proteção, motivo pelo qual deve ser rechaçado esse entendimento.