



Artigos

Aposentadoria espontânea do empregado: efeitos sobre o contrato de trabalho

Arion Sayão Romita

Da Academia Nacional de Direito do Trabalho

Resumo: Trata o presente estudo das implicações inerentes à aposentadoria do empregado, por iniciativa própria, no que concerne à extinção do respectivo contrato de trabalho. Até a promulgação da Lei 8.213/1991, a concessão da aposentadoria espontânea dava origem à terminação inexorável do pacto laboral. Entretanto, a referida lei deixou de exigir a prova do desligamento do emprego para que o trabalhador obtivesse aquele benefício, suscitando dúvida quanto à ocorrência, ou não, da ruptura do vínculo empregatício. Inicialmente, a doutrina e a jurisprudência permaneceram fiéis ao entendimento de que a concessão da aposentadoria importava na automática extinção do contrato de trabalho. Essa tese foi consagrada pela Lei 9.528/1997, que alterou a redação do art. 453 da CLT, acrescentando-lhe os §§ 1º e 2º, e pela Orientação Jurisprudencial 177 do TST, daí resultando, entre outros efeitos: a exigência da aprovação em concurso público para que o servidor aposentado fosse readmitido ou permanecesse no cargo anteriormente ocupado; a perda do direito à indenização compensatória de 40% do FGTS, etc. Ocorre, todavia, que, em 11.10.2006, a Lei 9.528/1997 veio a ser declarada inconstitucional pelo STF, o que determinou o cancelamento, em 25.10.2006, da OJ 177 do TST, passando a prevalecer, desde então, a diretriz segundo a qual a aposentadoria não extingue o contrato de trabalho, mantendo este sua vigência normal ante a continuidade da prestação de serviços, pelo empregado, ao mesmo empregador. Não obstante, a corrente que vislumbrava na concessão da aposentadoria espontânea causa de extinção do contrato de trabalho reafirma sua posição, com suporte na parte final do art. 453, caput, da CLT, que exclui do tempo de serviço daquele que toma a iniciativa de se aposentar os períodos anteriormente trabalhados na empresa. Mas essa posição é insustentável, muito embora o TST venha proferindo decisões conflitantes a respeito do assunto.

Palavras-chave:

contrato de trabalho; aposentadoria espontânea; extinção do contrato de trabalho; indenização do FGTS

Sumário: 1 A controvérsia doutrinária e jurisprudencial - 2 O alcance dos §§ 1º e 2º do art. 453 da CLT (introduzidos pela Lei nº 9.528) - 3 A inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º do art.453 da CLT - 4 Efeitos das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal - Referências

1 A controvérsia doutrinária e jurisprudencial

A Lei 8.213, de 24 de julho de 1991, que instituiu os Planos de Benefícios da Previdência Social, dispõe, no art. 49, que a aposentadoria será devida: a) da data do desligamento do emprego, quando requerida até essa data ou até 90 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 Lei 8.213 alterou, portanto, o regime anterior, segundo o qual o desligamento do emprego constituía requisito para a concessão da aposentadoria. De fato, a Lei 5.890, de 8 de junho de 1973, que introduziu mudanças na legislação da previdência social, dispôs, no art. 10, § 3º, que a aposentadoria seria devida a partir da data do desligamento do empregado ou da cessação da atividade.

Até a promulgação da Lei nº 8.213, a concessão de aposentadoria requerida pelo empregado constituía causa de extinção do contrato de trabalho. Entretanto, a referida Lei nº 8.213 deixou de exigir a prova do desligamento do emprego para a concessão do benefício previdenciário. Segue-se que, a partir da vigência da Lei nº 8.213, a obtenção, pelo empregado,

de aposentadoria deixou de constituir causa de extinção do vínculo empregatício.

Não era este, contudo, o entendimento predominante na doutrina e na jurisprudência. A maioria dos doutrinadores e bem assim a jurisprudência praticamente pacífica dos tribunais do trabalho (inclusive do Tribunal Superior do Trabalho) afirmava que a concessão da aposentadoria ao segurado, pelo INSS, importava automática extinção do contrato de trabalho por ele mantido com o empregador. Quando se tratava de empregado de empresa pública ou sociedade de economia mista, seria exigido concurso público para a permanência na atividade, após a obtenção, pelo empregado, de aposentadoria previdenciária.

Esta corrente doutrinária e jurisprudencial escudava-se no teor do art. 453 da Consolidação das Leis do Trabalho, em cujos termos, no tempo de serviço do empregado, quando readmitido, serão computados os períodos em que tiver trabalhado anteriormente na empresa, salvo se tiver (entre outras causas) se aposentado espontaneamente (redação dada pela Lei nº 6.204, de 29 de abril de 1975).

Com o deliberado propósito de dirimir a controvérsia, a Lei nº 9.528, de 10 de dezembro de 1997 (resultante de projeto de lei de conversão da Medida Provisória nº 1.523, de 11 de outubro de 1996), introduziu no art. 453 da CLT dois parágrafos:

§ 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 do benefício de aposentadoria a empregado que não tiver completado trinta e cinco anos de serviço, se homem, ou trinta, se mulher, importa extinção do vínculo empregatício.

O Tribunal Superior do Trabalho, em 8 de novembro de 2000, adotou a Orientação Jurisprudencial da SDI-I nº 177, *verbis*:

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.

2 O alcance dos §§ 1º e 2º do art. 453 da CLT (introduzidos pela Lei nº 9.528)

Antes da promulgação da Lei n.9.528, o art. 453 da CLT não interferia na solução do problema.

O dispositivo em foco limitava-se a regular a apuração do tempo de serviço do empregado, quando readmitido. Não é disto que se trata aqui: cuida-se, nesta instância, de averiguar os efeitos da aposentadoria sobre o contrato de trabalho. No particular, prevalecia a legislação previdenciária, como norma especial, pois a questão afeta os requisitos para a concessão da aposentadoria.

Uma lei trabalhista pode derogar preceito de natureza previdenciária e vice-versa. Trata-se de leis da mesma hierarquia: a posterior derroga a anterior, se entre elas houver incompatibilidade ou se a lei nova regular de maneira integral o assunto da lei antiga. O ordenamento jurídico compõe um sistema, pouco importando a natureza das normas, se previdenciárias, trabalhistas, civis, penais, etc. O sistema jurídico não tolera antinomia entre as partes que o compõem. Toda lei integra o conjunto do ordenamento e deve ser entendida em consonância com as demais, mesmo no tema da revogação.

Quanto ao significado da palavra "desligamento", utilizada no art. 49, I, da Lei nº 8.213, não se pode aplaudir a opinião doutrinária que a distingue de rescisão ou extinção do contrato de trabalho. Desligamento não é noção jurídica. Na interpretação do dispositivo legal em foco, o vocábulo vulgar deve ser entendido em acepção jurídica: neste caso, equivale a cessação do contrato de trabalho, porque, finda a relação contratual, o empregado se afasta, se desliga do emprego.

Após a vigência da Lei nº 9.528 (a partir de 11.12.1997, data de sua publicação), o art. 453, § 2º, da CLT, dispõe expressamente no sentido de que o contrato de trabalho se extingue por força do ato de concessão de aposentadoria a empregado que não tiver completado 35 anos de serviço, se homem, ou 30 anos, se mulher. **A contrario sensu**, caso o tempo de serviço ultrapasse os mencionados limites, o ato de concessão não extingue o contrato de trabalho.

Essa afirmação é reforçada pelo teor do art. 122 da Lei nº 8.213, de acordo com a redação que lhe deu o art. 2º da Lei 9.528, *verbis*:

Art.122. Se mais vantajoso, fica assegurado o direito à aposentadoria, nas condições legalmente previstas na data do cumprimento de todos os requisitos necessários à obtenção do benefício, ao segurado que, tendo completado 35 anos de serviço, se homem, ou 30 anos, se mulher, optou por permanecer em atividade.

Cabe observar que, uma vez aposentado, o segurado da previdência social que optar pela permanência na atividade não terá direito a qualquer outra prestação previdenciária em decorrência dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, segundo o disposto no art.18, § 2º, da Lei 8.213, com a redação dada pelo mesmo art. 2º da Lei 9.528.

A Lei 9.528 pretendeu dirimir a controvérsia a respeito da extinção, ou não, do contrato de trabalho por força de aposentadoria previdenciária, estabelecendo distinções: 1ª- ao aposentar-se, o empregado já completara 35 anos de serviço (se homem) ou 30 anos (se mulher); 2ª- ao aposentar-se, o empregado ainda não alcançara os referidos limites (pois o homem podia aposentar-se com 30 anos e a mulher, com 25 anos de serviço). Na primeira hipótese, a aposentadoria não constituía causa de extinção do vínculo empregatício; na segunda, o ato de concessão da aposentadoria extinguiu o contrato de trabalho.

Além disso, a Lei 9.528 explicitou a exigência de prestação de concurso público para empregados das empresas públicas e das sociedades de economia mista. Acrescentando ao art. 453 da CLT o § 1º, a Lei 9.528 permitia expressamente sua readmissão após a aposentadoria, porém com duas condições: 1ª - que seja observada a proibição de acumulação remunerada de cargos ou empregos, com as exceções constitucionalmente previstas (enumeração taxativa, de acordo com o art. 37, XVI, da Constituição); 2ª - prestação de concurso público.

Foi, assim, consagrada legalmente a orientação doutrinária e jurisprudencial (já praticamente vitoriosa, mesmo antes da promulgação da Lei 9.528) que exigia o concurso público para fins de readmissão do aposentado, ainda que no mesmo cargo anteriormente ocupado.

Esta medida legislativa produziu efeitos, porém, apenas a partir de 11 de dezembro de 1997, data da vigência da Lei 9.528. Para o período anterior, decidiu o legislador prestigiar a corrente oposta, ou seja, aquela que negava a extinção automática do vínculo empregatício por força da concessão da aposentadoria previdenciária. De fato, nos termos do art. 11 da Lei 9.528, a extinção do vínculo de que trata o § 1º do art. 453 da CLT não se opera para os empregados aposentados por tempo de serviço que permaneceram nos seus empregos até 11 de dezembro de 1997, bem como para aqueles que foram dispensados entre 13 de outubro de 1996 (data da publicação da primeira edição da MP 1.523) e 30 de novembro de 1997 (último mês anterior à vigência da Lei 9.528), em razão da aposentadoria por tempo de serviço.

A lei formula, contudo, uma exigência: o interessado deve solicitar, expressamente, a suspensão da aposentadoria e, quando houver, a do pagamento feito por entidade fechada de previdência privada. Com esta medida, o legislador vedou a percepção cumulativa de salário (devido em função de permanência na atividade) e do benefício previdenciário (aposentadoria).

O que a Lei 9.528 decidiu foi, na verdade, encampar o procedimento dos dirigentes das empresas públicas e das sociedades de economia mista que resistiram às pressões de cima, no sentido da dispensa pura e simples dos "aposentados ativos", sob o pretendido fundamento da automática extinção do vínculo em virtude da concessão da aposentadoria. Por essa ótica (injurídica e, sobretudo, injusta), o "segundo período contratual" seria nulo, porque o empregado "recontratado" não teria sido readmitido mediante concurso público.

Ora, já se demonstrou que, à mingua de disposição legal expressa, essa tese não tinha amparo jurídico. Não havia "segundo contrato", pois o ajuste era uno: a concessão da aposentadoria, por si só, não determinava a extinção do contrato de trabalho. Inexistia lei a dispor nesse sentido. Agora, todavia, a situação deveria mudar: a Lei 9.528 consagrou a tese da extinção do pacto laboral em virtude da aposentadoria, mas somente a partir de 11 de dezembro de 1997. Vale dizer, antes da publicação da referida lei, a aposentadoria não operava a extinção do vínculo e, em consequência, não havia falar em "segundo contrato", cuja validade dependeria da prestação de concurso público.

Aqueles servidores das empresas públicas e das sociedades de economia mista que se aposentaram antes da publicação da Lei 9.528 e que permaneceram na atividade não tinham obrigação de se submeter a concurso público, porque este só seria exigível para a admissão (ou readmissão), mas esta hipótese não se verificava, já que, antes da Lei 9.528, a concessão da aposentadoria não extinguiu o contrato de trabalho. O impropriamente chamado "segundo contrato" (na verdade inexistente, pois o contrato é um só, antes e depois da concessão da aposentadoria) não era juridicamente nulo, porque inexigível a prestação de concurso público, por não se concretizar a extinção do período anterior à concessão da aposentadoria.

A partir de 11 de dezembro de 1997, contudo, não havia mais espaço para controvérsia: as aposentadorias concedidas após essa data determinam o desfazimento do vínculo empregatício. A readmissão é lícita, desde que não gere acumulação de ganhos e que seja precedida de concurso público.

3 A inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º do art.453 da CLT

Foi proposta perante o Supremo Tribunal Federal a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.721 e, em sessão de 19 de dezembro de 1997, o STF apreciou o pedido de suspensão cautelar da vigência do referido dispositivo consolidado (art. 453, § 2º, da CLT).

Em decisão liminar, o STF suspendeu, até a decisão final da ação, a eficácia do § 2º do art. 453 da CLT. Este dispositivo legal previa a extinção do vínculo empregatício na hipótese de concessão de benefício de aposentadoria a empregado que não tiver completado 35 anos de serviço, se homem, ou 30 anos, se mulher.

Prevaleceu o voto do relator, Min. Ilmar Galvão. Contra os votos dos Ministros Nelson Jobim, Octávio Gallotti, Sidney

Sanches e Moreira Alves, o STF decidiu que o preceito em foco viola o art. 7º, I, da Constituição, ao instituir uma modalidade de dispensa arbitrária, sem indenização. A relação entre o empregado e a autarquia previdenciária não se confunde com a relação entre o empregado e seu empregador. Haveria, ainda, incompatibilidade com o § 1º do art. 202 da Constituição, que permite a aposentadoria proporcional. A corrente vencida entendia que a norma impugnada não prevê uma causa de despedida arbitrária, pois a aposentadoria dependeria de ato de vontade do empregado.

No tocante ao § 1º do art. 453 da CLT (também introduzido pela Lei 9.528), o intuito da lei foi atalhar a controvérsia a respeito da aposentadoria dos empregados das empresas públicas e sociedades de economia mista. Consagrando a tese da automática extinção do contrato de trabalho por força da concessão da aposentadoria, a Lei 9.528 condicionou a permanência do empregado na atividade à prestação de concurso público.

Após a edição da Lei 9.528, a situação dos empregados das empresas públicas e das sociedades de economia mista passou a ser a seguinte: uma vez concedida a aposentadoria, o empregado deve afastar-se do serviço. Nele não poderia permanecer porque, caso contrário, acumularia ilicitamente o salário da função na atividade e o benefício previdenciário (resultante da aposentadoria). Além disso, sua permanência na atividade desrespeita a exigência constitucional de concurso público para a investidura em emprego naquelas agências econômicas.

O reingresso do empregado seria permitido, uma vez atendidos os requisitos constantes do art. 37, inciso XVI da Constituição, condicionado à prestação de concurso público.

A eficácia do parágrafo 1º do art. 453 da CLT também foi suspensa por decisão liminar proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em sessão de 14 de maio de 1998.

Foi proposta perante o Supremo Tribunal Federal a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.770, Relator o Min. Moreira Alves.

Em sessão de 14.5.1998 (Informativo STF nº 110, de 20.5.1998), o Tribunal deferiu o pedido de medida cautelar para suspender, até a decisão final da ação, a eficácia do art. 453, § 1º, da CLT.

Foi proclamada a inconstitucionalidade da norma atacada sob o ponto de vista de qualquer das duas posições adotadas sobre a vedação de acumulação de proventos e de vencimentos: de um lado, quanto à corrente que sustenta a referida vedação não apenas em relação aos servidores públicos aposentados, mas também quanto aos empregados de empresas públicas e sociedades de economia mista, o dispositivo impugnado seria inconstitucional tendo em vista que permite a readmissão destes através de concurso público; e, de outro lado, quanto à corrente que exclui os empregados de empresas públicas e de sociedades de economia mista desta vedação, a norma atacada também seria inconstitucional uma vez que pressupõe a extinção do vínculo empregatício como consequência da aposentadoria espontânea - alegação esta que fora objeto de julgamento de medida liminar na ADIn 1.721-DF, na qual se suspendeu, até o julgamento final da ação, a eficácia do § 2º, do art. 453, da CLT, que a previa. Ponderou-se, ainda, a conveniência da suspensão cautelar da norma impugnada pelas repercussões sociais dela decorrentes.

Como consequência dessa decisão do Excelso Pretório, a situação dos empregados das empresas públicas e das sociedades de economia mista continua a ser aquela precedente à edição da Lei 9.528, apenas observado o limite introduzido pelo inciso XI do art. 37 da Constituição (Emenda Constitucional nº 19).

A despeito das decisões liminares proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, ao suspenderem a eficácia dos §§ 1º e 2º do art. 453 da CLT (decisões tomadas em 1997 e 1998, respectivamente, no julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 1.721 e 1.770), o Tribunal Superior do Trabalho, em 8 de novembro de 2000, decidiu incluir a Orientação Jurisprudencial nº 177, que considera a concessão da aposentadoria espontânea do empregado causa de extinção automática do contrato de trabalho. Esta orientação, porém, não poderia prevalecer, porque ambas as decisões cautelares foram confirmadas pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento final das ações diretas de inconstitucionalidade.

Em sessão de 11 de outubro de 2006, o Pretório Excelso julgou em definitivo a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.721 (Relator: Min. Carlos Britto).

O Tribunal, por maioria, julgou procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade do § 2º do art. 453 da CLT - adicionado pelo art. 3º da Medida Provisória 1.596-14/97, convertida na Lei 9.528/97, que estabelece que o ato de concessão de benefício de aposentadoria a empregado que não tiver completado trinta e cinco anos de serviço, se homem, ou trinta, se mulher, importa em extinção do vínculo empregatício. Entendeu-se que a norma impugnada é inconstitucional por instituir modalidade de despedida arbitrária ou sem justa causa, sem indenização (CF, art. 7º, I), desconsiderando a própria eventual vontade do empregador de permanecer com seu empregado, bem como o fato de que o direito à aposentadoria previdenciária, uma vez objetivamente constituído, se dá na relação jurídica entre o segurado do Sistema Geral de Previdência e o INSS, portanto às expensas de um sistema atuarial-financeiro gerido por este. Vencido o Min. Marco Aurélio que julgava improcedente o pedido, reputando razoável o dispositivo analisado, tendo em conta a situação concreta tanto do mercado de trabalho, desequilibrado pela oferta excessiva de mão-de-obra e a escassez de emprego, quanto da previdência social, agravada pela assunção de aposentadorias precoces. Precedente citado: RE 449420/PR (DJU de 14.10.2005).

Na mesma sessão, o Supremo Tribunal julgou em definitivo a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.770 (Relator: Ministro Joaquim Barbosa).

O Tribunal, por maioria, julgou procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade do § 1º do art. 453 da

Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), que estabelece 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, XVI, da CF, e condicionada à prestação de concurso público. Na linha do que decidido no julgamento cautelar, entendeu-se que o dispositivo impugnado é inconstitucional, sob o ponto de vista de qualquer das duas posições adotadas acerca do alcance da vedação de acumulação de proventos e de vencimentos: em relação a que sustenta que a referida vedação abrange, também, os empregados aposentados de empresas públicas e sociedades de economia mista, por permitir, sem restrição, a readmissão destes por concurso público, com a acumulação de remuneração de aposentadoria e salários em qualquer caso; e quanto a que exclui esses empregados dessa vedação, por pressupor a extinção do vínculo empregatício como consequência da aposentadoria espontânea, ensejando, dessa forma, a despedida arbitrária ou sem justa causa, sem indenização. Vencido, em parte, o Min. Marco Aurélio que, reportando-se aos fundamentos expendidos no caso anterior quanto à constitucionalidade da extinção do vínculo empregatício em decorrência da aposentadoria espontânea, julgava parcialmente procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade apenas da expressão "desde que atendidos aos requisitos constantes do art. 37, inciso XVI, da Constituição", contida no dispositivo impugnado, ao fundamento de que o aludido inciso XVI do art. 37 da CF não se estende aos empregos públicos.

4 Efeitos das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal

As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade, produzem efeitos contra todos (eficácia erga omnes) e efeito vinculante, relativamente aos órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal (art. 102, § 2º, da Constituição da República, introduzido pela Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004; Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999, art. 28, parágrafo único).

Não subsiste, portanto a controvérsia: a aposentadoria espontânea do empregado não extingue automaticamente o contrato de trabalho.

Quanto ao parágrafo 1º do art. 453 da CLT, agora excluído do ordenamento jurídico brasileiro por força da decisão proferida pelo Supremo Tribunal no julgamento da ADIn 1.770 (na verdade, não chegou a integrar o ordenamento, por vício de inconstitucionalidade), deixou de ser exigido o concurso público para a permanência na atividade do empregado da empresa pública ou sociedade de economia mista, após a obtenção de aposentadoria previdenciária.

Não há mais falar em exigência de concurso público para o "reingresso" no emprego, porquanto não se operou, por força da aposentadoria o término do contrato.

O contrato de trabalho só se extingue se o empregado optar pelo afastamento da atividade. Caso prefira acumular o salário e o benefício previdenciário, sua atitude é lícita, segundo a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal. A norma que condicionava a permanência do empregado à prestação de concurso público é inconstitucional porque, além das repercussões sociais da medida imposta pela Lei 9.528, o art. 453, § 1º, da CLT pressupõe a extinção do vínculo empregatício como consequência da aposentadoria espontânea, o que contraria a Constituição da República, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Cabe, todavia, observar o limite introduzido pelo art. 37, inciso XI, da Constituição (com a nova redação dada pela Emenda nº 19): o salário da atividade e o benefício previdenciário (aposentadoria) poderão ser acumulados, mas a soma dos dois valores não poderá exceder o subsídio mensal de Ministro do Supremo Tribunal Federal.

No tocante ao § 2º do art. 453 da CLT, a decisão do Supremo Tribunal Federal, proferida no julgamento da ADIn. 1.721, consagrou a tese de que a concessão da aposentadoria não constitui causa de extinção automática do contrato de trabalho.

O instituto da aposentadoria não traz em si, implícito, o efeito da extinção do vínculo, a menos que o empregado opte pelo afastamento da atividade. Como a lei previdenciária permitia, expressamente, a permanência do segurado na atividade, segue-se que a aposentadoria não constituía causa de extinção automática do vínculo empregatício. Se o empregado permanece na empresa, o contrato de trabalho prossegue em sua vigência normal. A relação previdenciária, entre o segurado e a autarquia INSS, não interfere na relação empregatícia (entre o trabalhador e o respectivo empregador). Os direitos que o empregado adquire em face do empregador não são afetados pelo fato de ter ele obtido um benefício previdenciário, a que se credenciara perante o INSS.

Em razão desse julgamento, o Pleno do Tribunal Superior do trabalho, em sessão de 25 de outubro de 2006, resolveu cancelar a OJ 177. O cancelamento não significa, contudo, que o TST tenha tomado posição quanto ao mérito do assunto. A jurisprudência deve flutuar naturalmente, de acordo com a convicção de cada órgão julgador, até que uma nova jurisprudência se consolide após o decurso de algum tempo.

É possível que, mesmo após as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal nas ações diretas de inconstitucionalidade, a corrente que via na concessão da aposentadoria causa de extinção do vínculo empregatício reafirme sua posição, com suporte na parte final do art. 453 da CLT ("...ou se aposentado espontaneamente").

Esta posição, contudo, parece indefensável, ante os peremptórios termos em que o Supremo Tribunal situou a questão.

A aposentadoria não constitui causa de automática extinção do contrato de trabalho. Uma vez concedida a

aposentadoria, o empregado pode permanecer em atividade, auferindo simultaneamente o salário (devido em razão do exercício do emprego) e o benefício previdenciário (resultante da obtenção da aposentadoria).

Abre-se para o empregado, portanto, uma opção: obtida a aposentadoria, ele pode afastar-se imediatamente da atividade ou nela permanecer. Na primeira hipótese, vale lembrar que há pessoas que desejam trabalhar até o momento em que se aposentam. Neste caso, o contrato de trabalho se extingue, sim, por força da obtenção do benefício, liberado o empregador do pagamento das verbas rescisórias. Mas o empregado pode preferir permanecer no emprego (segunda hipótese). Caso, então, o empregador decida desligar o empregado, mediante rescisão do contrato de trabalho, arcará com o pagamento das verbas rescisórias, inclusive a indenização (não multa) de 40% sobre o saldo da conta vinculada do FGTS correspondente a todo o período de prestação de serviços, já que o contrato de trabalho é um só, desde a admissão.

Não há mais lugar para o entendimento de que a indenização de 40% incida apenas sobre o período posterior à aposentadoria. Desapareceu o suporte jurídico que autorizava a OJ nº 177, do TST, a negar a incidência da indenização sobre o período anterior à aposentadoria. O contrato de trabalho permanecerá íntegro até que o empregado decida afastar-se espontaneamente da atividade, ressalvada ao empregador a opção pela despedida com o pagamento das verbas rescisórias correspondentes a todo o período contratual (inclusive o anterior à aposentadoria). Com apoio no entendimento de que a aposentadoria espontânea não extingue o contrato de trabalho, o Supremo Tribunal Federal tem dado provimento a recursos extraordinários e os tem devolvido, determinando que o TST os julgue considerando a unicidade contratual.

No julgamento desses processos devolvidos, as Turmas do Tribunal Superior do Trabalho têm adotado soluções conflitantes. A Quarta Turma, ao julgar o Proc. TST - 4ª T. - RR 616084/1999, decidiu, com base na Lei nº 5.107, de 1966, que, ainda que o contrato seja único, a indenização de 40% só incide sobre os depósitos efetuados após a aposentadoria. A Primeira, a Segunda, a Terceira e a Quinta Turmas, em situações semelhantes, decidiram que a indenização deve ser calculada com base no total dos depósitos efetuados na conta vinculada. Por ser muito recente, a Sexta Turma ainda não julgou recurso que tenha retornado do STF.

Ao apreciar o RR 2501/2002- 900-04-00.2, a Primeira Turma condenou a empresa a pagar a indenização de 40% sobre os depósitos do FGTS de toda a duração do contrato de trabalho a um trabalhador que, mesmo após aposentar-se voluntariamente, permaneceu no emprego, prestando serviços ao mesmo empregador. Em seu voto, o Relator, Ministro João Oreste Dalazen afirmou que a conclusão do STF é a de que não há lei que declare a extinção do contrato por força da aposentadoria espontaneamente requerida pelo empregado que continua a prestar serviços ao mesmo empregador. Segundo o voto, a Lei nº 8.213, de 1991, ao dispor sobre a aposentadoria por tempo de serviço, induz a conclusão contrária, em seu artigo 49 e, em consequência, determinou que a indenização alcance todo o período contratual. Concluiu:

Entendo que os motivos ora declinados revelam-se suficientes para concluir que a aposentadoria espontânea não pode figurar como mais uma modalidade de extinção do contrato de trabalho, nos casos em que não há solução de continuidade na prestação de serviços. Em decorrência, o empregado faz jus à multa (sic. Rectius: indenização) de 40% do FGTS sobre os depósitos de todo o período do contrato de emprego uno, computados o tempo anterior e o posterior à jubilação espontânea seguida da continuidade do labor, contanto que, ao final, opere-se a rescisão do contrato sem justa causa.

Cumpra aguardar algum tempo, a fim de que a Seção de Dissídios Individuais I do Tribunal Superior do Trabalho possa preferir julgados em quantidade suficiente, num ou noutro sentido, a justificar a inclusão de nova orientação jurisprudencial, que consagre o entendimento predominante.

Referências

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 10 jan. 2007.

BRASIL. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a consolidação das leis do trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 10 jan. 2007.

BRASIL. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os planos de benefícios da previdência social. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 10 jan. 2007.

BRASIL. Lei nº 9.528, de 10 de dezembro de 1997. Altera dispositivos de leis, acrescentando §§ ao art. 453 da CLT. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 10 jan. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Direito do Trabalho. Suspensão da vigência do art. 453, § 2º, da CLT. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1721/1997. Requerentes: Partido dos Trabalhadores (PT), Partido Democrático Trabalhista (PDT) e Partido Comunista do Brasil (PC do B). Relator: Ministro Carlos Britto. Brasília, DF, 11 de outubro de 2006. Disponível

em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 12 jan. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Direito do Trabalho. Suspensão da vigência do art. 453, § 1º, da CLT. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1770/1998. Requerentes: Partido Democrático Trabalhista (PDT) e Partido Comunista do Brasil (PC do B). Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 11 de outubro de 2006. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 12 jan. 2007.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Direito Individual do Trabalho. Efeitos da aposentadoria espontânea. Orientação Jurisprudencial nº 177, da SDI, Subseção I, cancelada pelo Tribunal Pleno em 25 de outubro de 2006. Disponível em: <http://www.tst.gov.br>. Acesso em: 10 jan. 2007.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (4ª Turma). Direito Individual do Trabalho. Indenização do FGTS na rescisão do contrato de trabalho por aposentadoria espontânea. Recurso de Revista nº 616084/1999.4. Recorrente: José Paulo de Los Santos e outros. Recorrida: Companhia Estadual de Energia Elétrica - CEEE. Relator: Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho. Brasília, DF, 30 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.tst.gov.br>. Acesso em: 16 jan. 2007.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (1ª Turma). Direito Individual do Trabalho. Indenização do FGTS na rescisão do contrato de trabalho por aposentadoria espontânea. Recurso de Revista nº 2501/2002-900-04-00.2. Recorrente: Élio Rodrigues da Silva. Recorrida: Carlos Becker Metalúrgica Industrial Ltda. Relator: Ministro João Oreste Dalazen. Brasília, DF, 18 de outubro de 2006. Disponível em: <http://www.tst.gov.br>. Acesso em: 16 jan. 2007.

Revista Jurídica

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/revistajuridica/index.htm

Artigo recebido em 28/02/2007 e aceito para publicação em 31/03/2007

A Revista Jurídica destina-se à divulgação de estudos e trabalhos jurídicos abrangendo todas as áreas do Direito.

Os originais serão submetidos à avaliação dos especialistas, profissionais com reconhecida experiência nos temas tratados.

Todos os artigos serão acompanhados de uma autorização expressa do autor, enviada pelo correio eletrônico, juntamente com o texto original.