

APOSENTADORIA ESPONTÂNEA E O PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE DA RELAÇÃO DE EMPREGO

Sandra Roesca Martinez¹

Sylvia Pereira Bueno Formicola²

RESUMO

Num passado muito recente entendia-se que com a aposentadoria espontânea concedida ao trabalhador, deflagrava-se a automática rescisão do contrato de trabalho então vigente. Esse entendimento se apoiava na Lei nº 9.528, de 10 de dezembro de 1997, que adicionou ao art. 453, Consolidação das Leis do Trabalho, os §§ 1º e 2º. Contudo, com o julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 1721 e 1770, em que se declarou a inconstitucionalidade de mencionados preceitos trabalhistas, houve uma guinada na jurisprudência correlata, e o consequente cancelamento da OJ SDI-1 177, que interpretava a aposentadoria espontânea como causa extintiva do contrato de trabalho, culminando com a posterior edição da OJ SDI-1 361, firmando-se o entendimento de que a aposentadoria espontânea não mais constitui causa de extinção do contrato de trabalho. Nesse aspecto, prevaleceu vitorioso o grande princípio do Direito Individual do Trabalho, qual seja, o da Continuidade da Relação de Emprego, que encontra guarida na Constituição Federal, como se verifica na redação do art. 7º, inc. I, bem assim no art. 10, inc. II, Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mantendo-se preservados os preceitos constitucionais relativos à proteção dos benefícios previdenciários, sem provocar a extinção do emprego dos trabalhadores.

Palavras-Chave: Aposentadoria espontânea. Extinção do Contrato de Trabalho. Princípio da Continuidade da Relação de Emprego. Inconstitucionalidade de preceito trabalhista. OJ SDI-1 177 do TST . OJ SDI-1 361 do TST.

¹ Procuradora do Município de Diadema. Graduada pela Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Especialista em Administração Pública pela Fundação Getúlio Vargas e em Direito Administrativo pela Faculdade Internacional Signorelli. E-mail: sroescam@hotmail.com

² Procuradora do Município de Diadema. Graduada pela Faculdade de Direito, Universidade Mackenzie, São Paulo. Especialista em Administração Pública pela Fundação Getúlio Vargas e em Direito Processual Civil pelo Centro Universitário Bauru, Instituição Toledo de Ensino. E-mail: sylviapbformicola@uol.com.br

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objetivo discorrer sobre tema de relevante importância no cenário do Direito do Trabalho, interessando não só a empregados, mas também a toda classe patronal dos setores público e privado, no que diz respeito à aposentadoria espontânea, que deixou de constituir causa extintiva do contrato de trabalho.

Nos dias de hoje, com a elevação da qualidade de vida, e conseqüente acréscimo da expectativa de vida dos brasileiros, a vida útil do trabalhador também se estende no tempo. Nesse sentido, mesmo obtida a tão sonhada aposentadoria, os empregados estão, cada vez mais, permanecendo nos seus empregos de origem.

Nessa esteira, muito embora não houvesse dispositivo legal que expressamente tratasse da aposentadoria espontânea como causa da extinção do contrato de trabalho, esse era basicamente o tratamento que a doutrina e jurisprudência davam ao tema.

Contudo, com a edição da Lei nº 9.528/97, houve significativa alteração na redação do art. 453, CLT, na medida em que mencionado dispositivo legal sofreu acréscimo dos §§ 1º e 2º, propiciando o surgimento de posicionamentos jurisprudenciais mais sólidos, no sentido de firmar convicção de que a aposentadoria espontânea constituía causa determinante para a extinção do contrato de trabalho.

Tantos foram os julgados nesse sentido, que o E. Tribunal Superior do Trabalho editou na SDI-1 a Orientação Jurisprudencial nº 177, posicionando-se expressamente pela extinção do contrato de trabalho quando da aposentadoria espontânea, mesmo quando o empregado mantivesse o vínculo empregatício.

Nada obstante, como o direito está sempre em constante transformação, em 30 de janeiro de 1998, foi ajuizada a Ação Direta de Inconstitucionalidade 1770-4-DF, perante o Egrégio Supremo Tribunal Federal, com o fito de obter liminar para a suspensão da eficácia do § 1º, art. 453, CLT, bem como obtenção de provimento judicial para declarar a inconstitucionalidade do referido dispositivo legal.

Nesse mesmo sentido foi movimentada no Congresso Nacional a ADIn 1721-3-DF, relativamente ao § 2º do mesmo dispositivo legal.

Com efeito, mencionadas medidas proporcionaram uma reviravolta no entendimento jurisprudencial até então pacificado pela OJ nº 177, TST, tendo em conta o deferimento da medida liminar, para suspender *ex nunc* e até decisão final, a eficácia

do § 1º, art. 453, CLT. E em sessão realizada no dia 11/10/2006, o Pleno do E. STF julgou o mérito da ADIn 1770-4-DF, proferindo acórdão que foi publicado pelo Diário da Justiça em 01/12/2006, para confirmar a medida liminar, declarando a inconstitucionalidade do § 1º, art. 453, CLT.

Importa registrar que para o reconhecimento da inconstitucionalidade do § 1º, art. 453, CLT, o Ilustre Ministro Joaquim Barbosa, então Relator da ADIn 1770-4-DF, pautou-se no fundamento de que a aposentadoria espontânea não é causa de rompimento do vínculo empregatício do trabalhador.

Com isso, embasado no r. *decisum* proferido pelo E. STF, o C. TST, em Sessão Extraordinária do seu Pleno, realizada no dia 25/10/2006, decidiu pelo cancelamento da OJ nº 177, SDI-1, que previa a extinção do contrato de trabalho com a aposentadoria espontânea, mesmo quando o empregado continuava a trabalhar na empresa após a concessão do benefício previdenciário.

Assim, atualmente a aposentadoria espontânea não mais representa forma de extinção do Contrato de Trabalho, conforme entendimento jurisprudencial esposado na OJ 361, SDI-1 do E. TST, que será apresentado nestas breves considerações.

Por consequência, os trabalhadores que mantiveram vínculo de emprego com seus empregadores públicos (CLT) ou privados e, no decorrer do pacto aposentaram-se espontaneamente, mas continuaram a prestar serviços após a jubilação, deverão ter resguardados seus contratos de trabalho como únicos, ou seja, mantendo-se a data da admissão original e aguardando a futura rescisão, por iniciativa de uma das partes, se o caso, já que a aposentadoria espontânea não interfere no vínculo.

Diante de tal conclusão, configura-se nulo de pleno direito o ato de rescisão do contrato de trabalho embasado na aposentadoria espontânea, eis que viola a garantia constitucional do vínculo empregatício do empregado, consagrada no art. 7º, *caput* e inc. I, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

2 DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS QUE NORTEIAM O DIREITO INDIVIDUAL DO TRABALHO

Antes de enveredarmos no estudo do instituto da aposentadoria espontânea propriamente dito, faz-se imprescindível uma breve análise acerca dos princípios constitucionais que informam e regulam o direito individual do trabalho.

Nesse mister princípios podem ser entendidos como alicerce de uma ciência, condicionando toda uma estruturação subsequente.

Nas palavras do ilustre Professor Celso Antônio Bandeira de Mello³, com a propriedade que lhe é peculiar:

“Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.”

Américo Plá Rodriguez, em sua obra⁴, elaborou três funções determinantes para os princípios, cumprindo citar: *“Um princípio é algo mais geral do que uma norma porque serve para inspirá-la, para entendê-la, para supri-la. E cumpre essa missão relativamente a um número indeterminado de normas”*.

Nunca é demais lembrar que nossa Constituição Federal capitulou, em seus arts. 7º a 11, de modo expreso, os direitos básicos dos trabalhadores, possibilitando o reconhecimento de pelo menos três princípios do Direito do Trabalho, a saber: da continuidade da relação de emprego; da proteção; e da primazia da realidade.

Todavia, neste trabalho especial enfoque será dado ao princípio da continuidade da relação de emprego, pela conexão existente com o instituto da aposentadoria espontânea ora em exame.

De fato, no campo do Direito do Trabalho, pode-se afirmar que os princípios representam a base, a fundamentação, a diretriz que deve ser seguida para a interpretação da norma trabalhista, norteando e propiciando a sua existência, tendo como pressuposto a constatação da desigualdade entre as partes, que se verifica desde a contratação, subsiste por toda a relação de emprego, e eclode no momento da rescisão contratual.

³ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Elementos de Direito Administrativo. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009, p. 352.

⁴ Princípios de Direito do Trabalho. São Paulo: Ed. LTR, 3ª ed. Atual., 2000, p. 37.

Nesse ponto cumpre registrar que o art. 5º, Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro⁵, consagra que para a aplicação da lei o juiz deve atender aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

2.1 Princípio da continuidade da relação de emprego

O Princípio da Continuidade da Relação de Emprego constitui importante garantia do Direito do Trabalho em favor dos empregados, eis que, salvo prova em sentido contrário, prevalece a regra de que o contrato de trabalho tem validade por tempo indeterminado.

Outro vértice desse mesmo princípio é o de consagrar a presunção do interesse do trabalhador na permanência do vínculo do emprego, de forma que cumpre à empresa apresentar, de forma robusta e irrefutável, a prova de que a iniciativa de ruptura do pacto foi do trabalhador. Caso contrário, prevalece incólume a relação de emprego.

Militando em favor do empregado a presunção da continuidade do contrato de trabalho, decorrente do Princípio da Continuidade da Relação de Emprego, incumbe ao empregador o ônus da prova de demonstrar a rescisão contratual.

Significa dizer que o ordenamento *iustlaboral* brasileiro guia-se em prol da manutenção da relação de emprego, deduzindo a regra geral de que o contrato de trabalho deve ser preservado, de modo a evitar a precarização das relações laborais.

Assim, tanto a doutrina como a jurisprudência trabalhista, com acerto, têm se orientado de modo a garantir os direitos dos trabalhadores, consagrando o Princípio da Continuidade da Relação de Emprego no Direito Material do Trabalho.

Nessa esteira a Súmula 212 do TST traz o seguinte preceito:

“O ônus de provar o término do contrato de trabalho, quando negados a prestação de serviço e o despedimento, é do empregador, pois o princípio da continuidade da relação de emprego constitui presunção favorável ao empregado.”

Desse Enunciado decorre a conclusão de que o Princípio da Continuidade da Relação de Emprego, além de fundamentar a preservação dos contratos de trabalho, repercute na dinâmica processual, na medida em que estabelece presunção em favor do empregado, no que diz respeito ao término do contrato de trabalho, direcionando o *onus*

⁵ Art. 5º, LINDB: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.”

probandi ao empregador, que está em condições de melhor se desincumbir desse encargo processual.

Tal princípio encontra, também, apoio expresso na Constituição Federal ao estabelecer que:

“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;
.....”

Restando confirmado, ainda, pelo disposto no art. 10, inc. II, al. “a”, ADCT:

“Art. 10. Até que seja promulgada a Lei Complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição:
.....
II - fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa:
a) do empregado eleito para cargo de direção de comissões internas de prevenção de acidentes, desde o registro de sua candidatura até um ano após o final de seu mandato;
b) da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.
.....”

Resulta daí que mesmo que a Constituição Federal não tenha imposto a estabilidade ao trabalho, a interpretação das normas referentes às indenizações devidas na ocasião da dispensa do empregado sem justa causa, sugere a presunção da duração do contrato por tempo indeterminado.

Então, em atenção ao Princípio da Continuidade da Relação de Emprego decorrem as seguintes regras: presunção da vigência do contrato de trabalho por tempo indeterminado; o ônus da prova sobre os fatos alegados para a ruptura contratual é do empregador, por militar presunção favorável ao trabalhador quanto à extinção contratual (Súmula 212, TST); e presume-se o interesse do empregado na manutenção do vínculo empregatício.

Finalmente, cumpre apontar que o fundamento desse importante princípio do direito do trabalho é a natureza alimentar do salário, uma vez que o trabalhador é subordinado jurídica e economicamente ao empregador, retirando de seu trabalho o seu próprio sustento.

2.2 Princípio protetor

De relevante importância é o Princípio Protetor, que orienta os operadores do ramo do Direito do Trabalho na melhor e mais justa aplicação das normas nas relações entre empregados e empregadores.

Com efeito, por intermédio de tal princípio busca-se atenuar a desigualdade econômica verificada entre o trabalhador e o empregador. Justifica-se a preocupação do legislador, que procurou dar proteção ao empregado diante de sua posição econômica e social mais fragilizada diante do empregador.

O art. 483, CLT é exemplo disso:

“Art. 483. O empregado poderá considerar rescindido o contrato e pleitear a devida indenização quando:

- a) forem exigidos serviços superiores às suas forças, defesos por lei, contrários aos bons costumes, ou alheios ao contrato;
- b) for tratado pelo empregador ou por seus superiores hierárquicos com rigor excessivo;
- c) correr perigo manifesto de mal considerável;
- d) não cumprir o empregador as obrigações do contrato;
- e) praticar o empregador ou seus prepostos, contra ele ou pessoas de sua família, ato lesivo da honra e boa fama;
- f) o empregador ou seus prepostos ofenderem-no fisicamente, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;
- g) o empregador reduzir o seu trabalho, sendo este por peça ou tarefa, de forma a afetar sensivelmente a importância dos salários;

§ 1º O empregado poderá suspender a prestação dos serviços ou rescindir o contrato, quanto tiver de desempenhar obrigações legais, incompatíveis com a continuação do serviço.

§ 2º No caso de morte do empregador constituído em empresa individual, é facultado ao empregado rescindir o contrato de trabalho.

§ 3º Nas hipóteses das letras d e g, poderá o empregado pleitear a rescisão do contrato de trabalho e o pagamento das respectivas indenizações, permanecendo ou não no serviço até final decisão do processo.”

Como desdobramento desse princípio tutelar, extraem-se alguns critérios interpretativos:

- *in dubio pro operario*, também denominado *in dubio pro misero*: na dúvida entre as várias interpretações de uma norma, deve-se eleger a mais benéfica ao empregado. Como exemplo, podemos citar a inversão do ônus da prova estabelecida em Juízo em favor do empregado;

- norma mais favorável: havendo mais de uma norma aplicável a uma mesma relação de trabalho (*e.g.*, CF, lei, regulamento, acordo coletivo, convenção coletiva,

etc), independentemente de sua colocação na escala hierárquica das normas jurídicas, aplica-se a que for mais favorável ao empregado;

- condição mais benéfica: existindo conflito de normas vigentes em épocas distintas, não de prevalecer as condições mais vantajosas para o trabalhador, ajustadas no contrato de trabalho ou resultantes do regulamento da empresa, ainda que vigore ou sobrevenha norma jurídica imperativa prescrevendo menor nível de proteção e que com esta não sejam elas incompatíveis.

Com intuito de elucidar a aplicação desse último vetor interpretativo, considere-se que uma empresa estabeleça uma complementação de aposentadoria em determinado momento. Posteriormente, a empresa altera o regulamento e estabelece condições menos vantajosas a essa complementação.

Nesse caso, segue-se a seguinte regra: aos contratos realizados antes da modificação, aplica-se a norma mais benéfica; aos contratos realizados após a modificação, aplica-se a norma do momento da contratação. Essa, portanto, é a aplicação da condição mais benéfica.

Em conclusão, o entendimento que se extrai do Princípio Protetor é o de que objetiva o Direito Laboral nivelar as desigualdades existentes entre a classe dos trabalhadores, considerada hipossuficiente pela lei, e a classe dos empregadores.

2.3 Princípio da primazia da realidade

Segundo o Princípio da Primazia da Realidade, havendo discordância entre a realidade dos fatos e a que emerge dos documentos, prevalecem os fatos, em nome da verdade real.

É cediço que o contrato de trabalho é um contrato realidade, motivo pelo qual não importam as cláusulas do contrato, mas sim o que o empregado efetivamente executa.

Assim, os fatos articulados e demonstrados em prova oral, por exemplo, são mais importantes do que os documentos apresentados. Depreende-se, portanto, que é o trabalho desenvolvido na relação de emprego, associado aos fatos, que determina a relação de emprego.

Nesse sentir, confira-se o disposto no art. 9º, CLT: *“Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.”*

Outro dispositivo em que se observa a incidência do aludido princípio é o art. 461, CLT: “*Sendo idêntica a função, a todo trabalho de igual valor, prestado ao mesmo empregador, na mesma localidade, corresponderá igual salário, sem distinção de sexo, nacionalidade ou idade*”.

Evidencia-se, dessa forma, que o Princípio da Verdade Real opera de pleno direito, não importando a denominação atribuída aos cargos, mas sim a função efetivamente exercida.

Tal princípio favorece o trabalhador, geralmente desprovido de prova documental a ofertar, restando-lhe apenas a prova oral para a comprovação dos fatos em juízo.

Por conseguinte, além de importante princípio trabalhista, revela-se poderoso instrumento de boa-fé objetiva na relação de emprego, possibilitando a promoção da igualdade entre as partes e, por isso, o alcance da finalidade social do trabalho.

2.4 Princípio da irrenunciabilidade dos direitos

Outro princípio que merece destaque, embora não inserto no texto constitucional, é o da Irrenunciabilidade dos Direitos. De fato, leis de ordem pública ou imperativas não podem ser objeto de renúncia ou transação.

No âmbito das relações de trabalho, o empregado não pode, por exemplo, renunciar às férias anuais, nem ao horário de descanso e refeição. Caso isso ocorra, e haja questionamento na Justiça do Trabalho, reconhecer-se-á a nulidade da cláusula que estabeleceu tal ajuste.

Esse princípio concorre também para a proteção do trabalhador, uma vez que visivelmente representa a parte vulnerável na relação de emprego.

Não há dúvida de que se trata de impossibilidade jurídica privar o empregado de uma ou mais vantagens concedidas pelo Direito do Trabalho, razão pela qual não pode abrir mão de direitos de ordem pública, criados como conteúdo mínimo a ser estabelecido no contrato.

O objetivo do aludido princípio é limitar a autonomia privada da vontade de empregado e empregador, como forma de restabelecer a igualdade das partes no contrato de trabalho.

Na verdade, em eventual renúncia de direito, o trabalhador sempre estaria sob coação psicológica ou econômica. Desse modo, com esse princípio objetiva-se proteger

o empregado, evitando que ele se despoje de direitos indisponíveis, motivado pelo temor de não obter o emprego ou de perdê-lo, caso não aceite formalizar a renúncia, fato que poderia ser aplicado até como motivo ensejador de uma dispensa motivada.

A CLT consagra tal princípio nos arts. 9º, anteriormente transcrito, e 468, *in verbis*:

“Art. 468. Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.”

A Súmula 276, TST, estabelece a irrenunciabilidade pelo empregado do direito ao aviso prévio: *“o direito ao aviso prévio é irrenunciável pelo empregado. O pedido de dispensa de cumprimento não exige o empregador de pagar o valor respectivo, salvo comprovação de haver o prestador dos serviços obtido novo emprego”*.

De outro enfoque, importante mencionar o teor do art. 444, Norma Consolidada:

“Art. 444. As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção do trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes.”

Extrai-se desse dispositivo legal que no contrato de trabalho podem as partes pactuar livremente, desde que respeitem as normas de ordem pública, que jamais podem ser modificadas pela vontade das partes, como é o caso, exemplificativamente, das normas de proteção ao trabalho do menor e da mulher.

É prudente, pois, que o ordenamento jurídico não permita, através da renúncia dos empregados, qualquer modificação nos contratos de trabalho ou regulamentos e demais normas internas da empresa, com o escopo de restringir direitos indisponíveis dos trabalhadores. Isso certamente caracterizaria violação aos fundamentos da República Federativa do Brasil, como insculpido no art. 1º, incs. III e IV, CF/88⁶, especialmente no que tange à dignidade da pessoa humana.

⁶ “Art. 1º

III – a dignidade da pessoa humana;

IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

.....”

Por fim, cumpre apontar que a efetiva aplicação e observância ao Princípio da Irrenunciabilidade dos Direitos constitui questão fundamental para a garantia da própria higidez física e mental do trabalhador, o que contribui para a diminuição de acidentes do trabalho, mitigando com isso o impacto negativo verificado nas empresas e no Sistema de Concessão de Benefícios da Previdência Social, que tanto onera os cofres públicos, afetando a sociedade como um todo.

3 DO POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS

Questão calorosa que se verificou nos Tribunais Trabalhistas até pouco tempo atrás foi a discussão a respeito da extinção do contrato de trabalho em face da aposentadoria espontânea. Para muitos, implicava necessariamente extinção de pleno direito do contrato de trabalho, para outros não.

O STF, no julgamento das ADIns 1721 e 1770, pôs fim à polêmica, com a declaração de inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º, art. 453, CLT, consagrando a tese de que a aposentadoria voluntária não constitui causa para a extinção do contrato de trabalho.

Nessa linha de entendimento, a OJ SDI-1 177, TST, que apoiava a extinção do contrato de trabalho pelo advento da aposentadoria, foi cancelada, provocando um realinhamento da jurisprudência. E, na esteira dos julgamentos das ADIns 1721-3-DF e 1770-4-DF, que declararam a inconstitucionalidade dos §§ 2º e 1º do art. 453, CLT, respectivamente, foi editada a OJ SDI-1 361, TST.

Logo, em que pese toda a divergência dos vários Tribunais Regionais do Trabalho por esse país de dimensões continentais, que tanto prejuízo causou ao trabalhador ao longo de muitos anos, prevaleceu a tese de que a aposentadoria espontânea não é causa de extinção do contrato de trabalho, mantendo-se, por conseguinte, a unicidade contratual.

A questão é assim entendida à luz dos Princípios da Continuidade da Relação de Emprego, bem como da Primazia da Realidade, de aplicação indiscutível em favor do empregado. Consoante asseverado anteriormente, pelo primeiro o contrato deve ser considerado o mais longo possível, sendo exceção a sua interrupção ou extinção; pelo segundo, não se vislumbra solução de continuidade na relação de emprego.

O entendimento atual do próprio TST é no sentido de que a aposentadoria espontânea não extingue o contrato de trabalho, como se deduz do cancelamento da OJ 177 SDI-1 do TST em face da nova OJ 361 SDI-1, com as respectivas redações:

OJ 177 SDI-1 DO TST – APOSENTADORIA ESPONTÂNEA. EFEITOS. Inserida em 08/11/00

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.

OJ 361 SDI-1 DO TST – APOSENTADORIA ESPONTÂNEA. UNICIDADE DO CONTRATO DE TRABALHO. MULTA DE 40% DO FGTS SOBRE TODO O PERÍODO. DJ 20, 21 e 23/05/2008

A aposentadoria espontânea não é causa de extinção do contrato de trabalho se o empregado permanece prestando serviços ao empregador após a jubilação. Assim, por ocasião da sua dispensa imotivada, o empregado tem direito à multa de 40% do FGTS sobre a totalidade dos depósitos efetuados no curso do pacto laboral.

4 DA APOSENTADORIA

A aposentadoria do empregado representa um direito social, considerado fundamental tanto pela nossa Constituição Cidadã, quanto pelo direito do trabalho.

Nos tempos atuais a aposentadoria não pode e não deve ser considerada uma regra de inatividade, segundo a qual o trabalhador aposentado deixa obrigatoriamente de trabalhar, colocando-se à margem do mercado de trabalho.

Pelo contrário, a aposentadoria voluntária por tempo de serviço não deve significar o fim da vida produtiva da pessoa. Ora, para o trabalhador conquistar o direito de receber o benefício previdenciário da aposentadoria é preciso atingir um número de contribuições previdenciárias, somado a um período de carência, não devendo corresponder, absolutamente, ao encerramento de sua vida produtiva.

Verifica-se que a lei previdenciária em vigor, Lei nº 8.213/1991, declara desnecessário o desligamento do emprego, para que a aposentadoria seja devida:

"Art. 49. A aposentadoria por idade será devida:

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

.....
 b) da data do requerimento, quando não houver desligamento do emprego ou quando for requerida após o prazo previsto na alínea "a";
"

O direito de trabalhar, portanto, não se confunde com o direito à concessão de benefícios previdenciários, podendo uma mesma pessoa exercê-los simultaneamente.

Nesse diapasão, o trabalhador pode manifestar sua vontade de aposentar-se e ao mesmo tempo continuar com o vínculo empregatício ativo.

Colhe-se na doutrina pátria o seguinte comentário sobre esse tema⁷:

"Não se pode admitir que o exercício de um direito, que é o de solicitar aposentadoria, após a realização de um certo número de contribuições e do cumprimento de um período de carência, possa implicar em perda ou renúncia de outros decorrentes do vínculo empregatício, mantido íntegro."

Nunca é demais lembrar que anteriormente prevalecia o entendimento de que a aposentadoria implicava, necessária e inevitavelmente, extinção do contrato de trabalho do empregado.

A partir do cancelamento da referida OJ nº 177, o E. Tribunal Superior do Trabalho passou a reconhecer que a aposentadoria não implica extinção do contrato de trabalho e, por consequência, o empregado tem direito à multa de 40% (quarenta por cento) do FGTS calculada sobre todos os depósitos fundiários, anteriores e posteriores à aposentadoria, nos termos da OJ nº 361, já colacionada.

Com efeito, a declaração de inconstitucionalidade de uma lei, em regra, tem efeito *ex tunc*, retroagindo à data em que entrou em vigor. Apenas por razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de 2/3 (dois terços) de seus membros, pode restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado, conforme art. 27, Lei nº 9.868/99. Isso, todavia, não ocorreu no julgamento das ADIns 1721-3-DF e 1770-4-DF.

O STF declarou a inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º, art. 453, CLT, sem qualquer ressalva, não havendo o que se falar em ofensa a ato jurídico perfeito.

Cumpra também registrar que as decisões proferidas pelo STF em Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIns), decorrentes do controle concentrado da validade e ou invalidade das normas legais infraconstitucionais, possuem efeito *erga omnes*, de maneira a atingir e a obrigar a todos, ficando seu cumprimento assegurado pela Constituição Federal, através do art. 102, inc. I, al. 1, cujo descumprimento acarreta

⁷ NASSAR, Rosita de Nazaré Sidrim. Aposentadoria por tempo de Serviço – Efeito sobre o Contrato de Trabalho.

Reclamação Constitucional, objetivando a preservação da sua competência e garantia da autoridade de suas decisões.

“Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I – processar e julgar, originariamente:

.....
l) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;

.....”

5 CONCLUSÃO

É cediço na atualidade, portanto, que a aposentadoria espontânea não constitui causa extintiva do contrato de trabalho do empregado. Com a declaração de inconstitucionalidade efetivada pelo STF quanto aos §§ 1º e 2º, art. 453, CLT, ADIns 1721 e 1770, com decisão publicada no Diário Oficial da União na data de 20/10/06, alterou-se todo o entendimento jurisprudencial a esse respeito.

Nesse jaez a OJ SDI-1 nº 177, TST, que acenava pela extinção do contrato de trabalho em face da aposentadoria espontânea, foi cancelada e editada nova OJ, SDI-1 nº 361, que estabelece entendimento meridianamente contrário, de que a aposentadoria espontânea não é causa de extinção do contrato de trabalho se o empregado permanece prestando serviços ao empregador após a jubilação.

Decorre desse novo entendimento considerar imotivada eventual dispensa nessas condições, fazendo jus o empregado à multa de 40% (quarenta por cento) do FGTS que recairá sobre a totalidade dos depósitos efetuados no curso do pacto laboral, conforme disposição expressa da citada OJ.

Abarca, portanto, esse novel entendimento jurisprudencial, o Princípio da Continuidade da Relação de Emprego, que mesmo em face da aposentadoria espontânea do empregado, não se abala.

A decisão do Supremo Tribunal Federal, declarando a inconstitucionalidade de tais dispositivos, põe fim a uma acirrada e importante discussão jurídica que dividia as várias instâncias da Justiça do Trabalho.

Saiu vitorioso o trabalhador que pode agora se aposentar e ainda permanecer na empresa onde trabalha, ficando protegida sua relação de emprego contra a demissão imotivada, que se ocorrer, dará ensejo à proteção conferida pela Constituição Federal, isto é, fará jus o empregado ao recebimento da multa de 40% (quarenta por cento) sobre

os depósitos do FGTS de todo o período trabalhado, ou seja, com abrangência dos depósitos fundiários anteriores e posteriores ao ato de aposentadoria, como penalidade ao empregador que não preservou seu emprego garantido constitucionalmente.

Esse parece, sem dúvida, o melhor caminho para as relações de trabalho, que trilham buscando a preservação do emprego do trabalhador, à luz do importante Princípio do Direito do Trabalho, que é o da Continuidade da Relação de Emprego.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Senado Federal, 2011.

BRASIL. **Novo Código Civil**. São Paulo: Ed. Atlas, 2012.

CARRION, Valentin. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2010.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Manual de Direito do Trabalho**. São Paulo: Ed. Método, 5ª ed., 2012.

MARTINS, Sergio Pinto. **Comentários à CLT**. São Paulo: Ed. Atlas, 17ª ed., 2013.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. São Paulo: Ed. Atlas, 25ª ed., 2009.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Ed. Saraiva, 28ª ed., 2011.

NASSAR, Rosita de Nazaré Sidrim. **Aposentadoria por Tempo de Serviço – Efeito sobre o Contrato de Trabalho**, extraído do site

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR, 3ª ed., 2000.

SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. **Principiologia do Direito do Trabalho**. São Paulo: Malheiros Editores, 6ª ed., 2009.