

Despacho do Presidente da República sobre o Parecer nº GQ-132: "Aprovo". Em 6-XI-97. Publicado no Diário Oficial de 10.11.97.

Parecer nº GQ - 132

Adoto, para os fins do art. 41 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, o anexo PARECER Nº AGU/VC-01/97, de 23 de outubro de 1997, da lavra do Adjunto do Procurador-Geral da União, Dr. VITOR AUGUSTO RIBEIRO COELHO, e **submeto-o** ao **EXCELENTÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DA REPÚBLICA**, para os efeitos do art. 40 da referida Lei Complementar.

Brasília, 6 de novembro de 1997.

GERALDO MAGELA DA CRUZ QUINTÃO

Advogado-Geral da União

PARECER Nº AGU/VC-01/97 (Anexo ao Parecer GQ-132)

PROCESSO Nº 03800.001581/96

INTERESSADO: Ministério do Planejamento e Orçamento

ASSUNTO: Permanência de Aposentados em Empresa Estatal

EMENTA: A aposentadoria espontânea é causa extintiva do contrato de trabalho - A Lei nº 8.213/91, que dispõe sobre as relações do segurado com a previdência oficial, não regulamenta as relações de trabalho - A continuidade da prestação de serviços por empregado aposentado em empresa pública ou sociedade de economia mista, caracteriza novo contrato de trabalho, que, por não vir precedido de aprovação em concurso público, é nulo por ofensa ao Art. 37, II, da Constituição Federal, e ao parágrafo único do art. 453 da CLT, com a redação dada pela Medida Provisória nº 1.523-3, de 09.01.97, e suas reedições - A interrupção das atividades do empregado aposentado, decorrente da decretação da nulidade do contrato de trabalho, apenas assegura ao servidor o direito ao salário do período trabalhado, sem quaisquer efeitos futuros.

- Inexiste direito ao levantamento do saldo de depósitos do FGTS ou ao recebimento do valor da multa de 40% sobre aquele valor, por não se verificarem, no caso, as hipóteses da Lei nº 8.036/90.

PARECER

1- RELATÓRIO

1. Por intermédio do Aviso nº 856/96, de 11.7.96, a Presidência da República apresenta *"pleito de audiência dessa Advocacia-Geral, formulado pelo Senhor Ministro de Estado do Planejamento e Orçamento, acompanhado do Parecer CONJUR/MPO/HC/Nº 663/96, relativo à recontratação, por empresas estatais, de empregados aposentados"*.

2. O assunto remonta à consulta que o Senhor Secretário-Executivo do Comitê de Coordenação Gerencial das Instituições Financeiras Públicas Federais-COMIF, do Ministério da Fazenda, dirigiu ao Senhor Procurador-Geral da Fazenda Nacional - preocupado com a *"questão dos funcionários que se aposentam e permanecem em exercício na empresa normalmente, com base nas disposições da Lei nº 8.213",* e pretendendo *"obter um padrão uniforme de orientação às empresas vinculadas ao Ministério da Fazenda, de modo a que se preserve seu patrimônio e a regularidade de seu procedimento no particular"* - , indagando se *"é legítima a manutenção do vínculo empregatício após a concessão da aposentadoria pelo INSS"* e, em qualquer hipótese, que providências de proteção a empresa deve adotar?".

3. Em resposta, manifestou-se o Órgão jurídico do Ministério da Fazenda, informando que

"51. Em relação à primeira questão posta em exame, não há falar, como visto, em manutenção do vínculo empregatício após a concessão da aposentadoria. Uma vez concedido o benefício, extingue-se, de pleno direito, o contrato de trabalho, não podendo, por isso, coexistir com a aposentadoria."

52. Se, no entanto, o empregado permanece em atividade, mesmo após a concessão da aposentadoria, tem-se a caracterização de novo contrato de trabalho.

53. Em se tratando de órgãos ou entidades da administração pública é imprescindível a realização de concurso público para a celebração de novo contrato, sem o que a relação laboral posterior à aposentadoria é nula.

54. Nas situações em que se verificar a manutenção irregular de relações de emprego com empregados aposentados, não precedidas de admissão por concurso público, deve a administração declarar a nulidade do contrato e interromper imediatamente a prestação de serviços.

55. A vista, por outro lado, da inconstitucionalidade do pacto laboral apontado, e considerando, por outro lado, a proteção assegurada às relações trabalhistas, é devido aos empregados apenas o pagamento do saldo de salários porventura existente, assim como férias e décimo-terceiro salário proporcionais, posto que tal contrato não pode prosseguir da maneira irregular como se apresenta.

56. Relativamente ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, entendemos ser devida tão-somente a entrega da guia para autorização de movimentação da conta vinculada, no qual se registre o código pertinente à extinção (e não rescisão) do contrato de trabalho. Por não se tratar de rescisão contratual, é absolutamente indevido qualquer pagamento a título de multa, sob qualquer hipótese ou fundamento.

57. A fim de evitar a repetição de ocorrências semelhantes, recomenda-se às áreas de pessoal que adotem medidas necessárias ao efetivo controle de certidões de tempo de serviço, formulários sobre salários-de-contribuição e outros pertinentes ao requerimento da aposentadoria, assim como ao esclarecimento aos 'pré-aposentados' quanto às consequências decorrentes da manutenção de vínculo irregular.

58. Sem embargo das providências ora mencionadas, é indispensável a instauração de procedimento administrativo para apuração de responsabilidades em relação à manutenção dos contratos irregulares, assim como dos pagamentos porventura decorrentes das relações de emprego mantidas nessas circunstâncias.

59. Pela relevância da matéria, e dos reflexos financeiros e jurídicos dela decorrentes, e tendo-se em conta o propósito do COMIF ao formular a consulta, afigura-se-nos conveniente a aprovação da presente manifestação pelo Exmo. Sr. Ministro de Estado da Fazenda, com o objetivo de imprimir-lhe caráter normativo, estendendo-se seus efeitos a todos os órgãos e entidades vinculados a esta Pasta.

60. Do exposto, submetemos o assunto à consideração superior, com proposta de posterior restituição do presente ao Comitê de Coordenação Gerencial das Instituições Financeiras Públicas Federais - COMIF".

4. Esse Parecer, que tomou o número PGN/CGJ/Nº 0484/96 e cuja parte conclusiva reproduziu-se acima, veio a ser aprovado pelo Excelentíssimo Senhor Ministro de Estado da Fazenda, por despacho datado de 24.4.96.

5. O Senhor Secretário-Executivo do COMIF, por meio do Ofício nº 533/SE-MF, de 29.4.96, fez encaminhar cópia do Parecer PGN/CGJ/Nº 0484/96 ao Senhor Secretário-Executivo, Interino, da Secretaria de Coordenação e Controle das Empresas Estatais - SEST, o qual, por seu turno, expediu o Memorando nº 180/SEST, de 28.5.96, endereçado ao Senhor Consultor Jurídico do Ministério do Planejamento e Orçamento, onde registrou que "como a matéria é de interesse do Conselho de Coordenação e Controle das Empresas Estatais - CCE e, com o objetivo de fixar entendimento a ser observado pelas demais empresas estatais, tendo em vista o disposto no inciso X, art. 4º da Lei Complementar nº 73, de 10.02.93, solicito o especial obséquio de analisar a matéria e, se

for o caso, adotar as medidas cabíveis para que a questão seja submetida ao crivo da Douta Advocacia-Geral da União".

6. A Consultoria Jurídica do Ministério do Planejamento e Orçamento, em seu Parecer CONJUR/MPO/HC/Nº 663/96, de 01.7.96, adotou entendimento idêntico ao esposado pelo Parecer da PGFN, acrescentando, ademais, que

"No âmbito do Ministério do Planejamento e Orçamento, o presente Parecer, desde que aprovado pelo Titular da Pasta, nos termos do disposto nos arts. 11, inciso III e 42, da Lei Complementar nº 73, de 10/02/93, terá caráter normativo para as empresas estatais vinculadas ao MPO.

No que pertine à consulta e sugestão levantadas pela SEST, já que, por outro lado, se pretende sejam atingidas todas as empresas estatais, normatizando-se o assunto, parece-nos, s.m.j., imprescindível que a questão seja submetida à douta Advocacia-Geral da União - AGU, a qual fixará a interpretação legal a ser seguida, uniformemente, pelos órgãos e entidades da Administração Federal, conforme disciplinado nos art. 40, parágrafo 1º, e 4º, inciso X, da mesma Lei Complementar nº 73/93.

Para atingir tal desiderato, mister se faz, seja o presente aprovado pelo Exmº Senhor Ministro do Planejamento e Orçamento, sendo então encaminhado à AGU."

7. Em 08.7.96, o Exmo. Sr. Ministro do Planejamento e Orçamento após o seu "Aprovo" no corpo do próprio Parecer CONJUR/MPO/HC/Nº 663/96, e, na mesma data, expediu o Aviso nº 332/MPO, dirigido ao Exmo. Sr. Ministro de Estado Chefe da Casa Civil da Presidência da República, encaminhando cópia daquele Parecer e encarecendo *"seja o presente expediente submetido à Advocacia-Geral da União, nos termos dos art. 4º, inciso X e 40, § 1º, da Lei Complementar nº 73/93"*.

8. Como inicialmente noticiado, a consulta do Titular da Pasta do Planejamento e Orçamento foi então submetida a esta Advocacia-Geral da União pelo Aviso nº 856/96, de 11.7.96, do Ministro de Estado Chefe da Casa Civil da Presidência da República.

II - DO MÉRITO

- OS EFEITOS DA APOSENTADORIA NO CONTRATO DE TRABALHO

9. A consulta, como visto, teve origem em dúvida levantada pela redação da Lei nº 8.213, de 24.7.91, que dispõe *"sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social"*, a qual, no seu artigo 54, estabeleceu que *"a data do início da aposentadoria por tempo de serviço será fixada da mesma forma que a da aposentadoria por idade, conforme o disposto no artigo 49"*. Nos termos do artigo 49 da Lei nº 8.213/91, a aposentadoria por idade será devida:

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

a) da data do desligamento do emprego, quando requerida até essa data ou até 90 (noventa) dias depois dela; ou

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

II- para os demais segurados, da data da entrada do requerimento "
(destacou-se)

10. A razão da incerteza está, precisamente, na expressão *"quando não houver desligamento do emprego"* Se a Lei nº 8.213/91 prevê que a aposentadoria será devida a partir da data do requerimento, mesmo não havendo desligamento do emprego, então a concessão desse benefício previdenciário é ou não causa da extinção do contrato de trabalho?

11. Recorde-se, inicialmente, que o artigo 12 da Consolidação das Leis do Trabalho estabelece que *os preceitos concernentes ao regime de seguro social são objeto de lei especial"*. Ora, lei especial regula situação específica. Assim o direito do trabalho é regulado por leis especiais em matéria trabalhista, ao passo que o direito previdenciário é objeto de lei especial em matéria de previdência social. Note-se que a expressão utilizada pela CLT,

"regime de seguro social", expressa o conceito de seguridade social, muito mais amplo, envolvendo não apenas a previdência mas também a assistência social. Ao remeter o tratamento das questões previdenciárias para a legislação especial, a CLT não está compartimentando esses dois campos do direito, mas consagrando a autonomia de ambos, e não a independência. As duas legislações, embora tratadas separadamente, se comunicam pelos reflexos que uma provoca sobre a outra. É o que se vê, por exemplo, no Capítulo IV, do Título IV, da CLT, que versa sobre a suspensão e a interrupção do contrato individual de trabalho, nomeadamente nos artigos 475 e 476, que se referem a benefício previdenciário, mencionando, o primeiro, a aposentadoria por invalidez e, o segundo, seguro-doença e auxílio enfermidade.

12. Talvez exatamente por isso, não deixa de surpreender o fato de a Consolidação das Leis do Trabalho não possuir nenhuma disposição expressa sobre aposentadoria no seu Capítulo V do Título IV, onde cuida "*Da Rescisão*", o que é tomado por alguns como mais um indício de que o trato da questão estaria mesmo no âmbito da legislação previdenciária, e não no do Direito do Trabalho.

13. Com efeito, a menção a aposentadoria espontânea foi inserida no artigo 453 da CLT pela Lei nº 6.204, de 29.4.75. 30. Aqui, é preciso ter em conta o momento em que promovida a alteração decorrente da Lei nº 6.204/75. Até aquela data, a redação daquele artigo consolidado era a seguinte: "*No tempo de serviço do empregado, quando readmitido, serão computados os períodos, ainda que descontínuos em que tiver trabalhado anteriormente na empresa, salvo se houver sido despedido por falta grave ou recebido indenização legal*". Interpretando esse preceito legal, o Supremo Tribunal Federal e o Tribunal Superior do Trabalho terminaram por formar jurisprudência no sentido de que a aposentadoria não estaria enquadrada entre as exceções previstas no artigo 453 consolidado e, por essa razão, ocorrendo a hipótese de denúncia do contrato de trabalho por ato volitivo do empregado, tal como o requerimento da aposentadoria, era de se computar o tempo de serviço relativo ao contrato anterior, quando o empregado fosse readmitido na mesma empresa. Surgiram, em consequência, a Súmula 215 do STF e as Súmulas 9 e 21 do TST, cujos textos eram, respectivamente, os seguintes:

"Conta-se a favor do empregado readmitido o tempo de serviço anterior, salvo se houver sido despedido por falta grave ou tiver recebido indenização legal";

"Em caso de readmissão, conta-se a favor do empregado o período anterior encerrado com a saída espontânea"; e

"O empregado aposentado tem direito ao cômputo do tempo anterior à aposentadoria, se permanecer a serviço da empresa ou a ele retornar".

14. O Enunciado no 21 do TST foi cancelado pela Resolução nº 30, de 27.4.94, daquela Corte, "*eis que superado pela Lei nº 6204/75, que deu nova redação ao art. 453 da Consolidação das Leis do Trabalho*" (DJ, 1, de 12.5.94, pág. 11.275).

15. O resultado dessa construção jurisprudencial foi um enorme desestímulo à recontratação de empregados aposentados, ante o temor dos empregadores de, na eventualidade da dispensa de quem fora readmitido depois da aposentadoria, virem ainda a arcar com pesadas indenizações. O empregado, por seu turno, percebendo as dificuldades de um posterior aproveitamento, também relutava em aposentar-se. Foi a intenção de estimular os requerimentos de aposentadorias e de afastar o receio dos empregadores quanto à recontratação dessa mão-de-obra experiente que levou o legislador a editar a Lei nº 6.204/75, acrescentando a hipótese da aposentadoria espontânea às exceções previstas no artigo 453 da CLT. Assim, o empregado que se aposentava poderia retornar ao primitivo emprego, mediante a celebração de um novo contrato de trabalho, sem a consideração do tempo de serviço anterior.

16. Nesse sentido, Otavio Bueno Magano, em seu artigo "Aposentadoria e Extinção do Contrato de Trabalho", publicado na Revista LTr Ano 57, nº 09, de Setembro de 1993, pág. 1044, observa que

"A leitura atenta do artigo 453, da Consolidação das Leis do Trabalho, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 6204/75, mostra não se exigir nele afastamento do empregado para considerar-se extinto o período de vigência contratual, encerrado com a obtenção de aposentadoria.

Com efeito, a proposição de maior alcance, no preceito em análise, é a de que os períodos descontínuos de trabalho devem ser somados; vem, a seguir, a assertiva de que a soma deve ocorrer, mesmo quando se tratar de períodos descontínuos, marcados por afastamento do empregado; a terceira e última afirmação é no sentido de que a accessio temporis não poderá ocorrer se o primeiro período de vigência contratual se houver concluído em virtude de prática de falta grave, de recebimento de indenização legal ou de obtenção de aposentadoria voluntária.

Vê-se, assim, claramente, que os períodos contínuos de trabalho não se somam, quando o primeiro deles terminar em decorrência de aposentadoria voluntária.

A transparência do preceito ficou, no entanto, toldada em virtude de sua conjugação com a regra do artigo 31, I (a), da Consolidação das Leis da Previdência Social, segundo a qual a aposentadoria deveria ser precedida de desligamento do segurado de seu emprego. Disseminou-se, então, o entendimento de que só se poderia falar em readmissão em emprego quando deste se houvesse fisicamente desligado o empregado.

Mas isso importava em grave confusão do conceito de desligamento com o de rescisão. Desligar significa separar o que estava unido, ou, mais especificamente, como nota Moraes, 'desagregar-se de serviço'. Já rescisão quer dizer desfazimento de vínculo empregatício. Na verdade, inexistiu unanimidade de opiniões, quanto ao modo de designar o aludido fenômeno jurídico. Délio Maranhão usa do termo extinção, reservando para a extinção anormal a voz 'dissolução', que comporta as seguintes espécies: resolução; resilição; rescisão. A primeira configura-se quando há inexecução faltosa ou ocorrência de força maior; a segunda quando há manifestação de vontade (despedida ou demissão); a terceira quando há nulidade. Já Evaristo de Moraes Filho prefere falar em cessação, para significar o desaparecimento do contrato de modo geral, em qualquer de suas modalidades. A Consolidação das Leis do Trabalho usa o termo rescisão, nesse mesmo sentido amplo. Logo, quando se fala em rescisão o que se quer significar é a cessação do vínculo empregatício. Nos termos do artigo 453, da Consolidação das Leis do Trabalho, os fatos jurígenos aptos a acarretar o desfazimento do referido vínculo, com extinção dos efeitos respectivos, são a despedida por falta grave; o pagamento de indenização e a aposentadoria voluntária.

A idéia subjacente aos três fenômenos acima enunciados é a de rescisão e não a de afastamento físico do empregado. Segue-se que este não se faz necessário para que a aposentadoria, por si só, ocasione a desconsideração do vínculo empregatício até então mantido. Se houver continuidade da relação empregatícia, é de rigor a conclusão de que se trata de novo contrato, não sujeito, porém, aos efeitos do anteriormente findo.

17. Também Amauri Mascaro Nascimento, in "Questões Atuais de Direito do Trabalho" (Revista LTr, ano 61, nº 01, Janeiro/97, pág. 33), ao comentar a Medida Provisória nº 1.523, de 01.10.96, expressa idêntico entendimento:

"Uma lei previdenciária que faculta ao empregado aguardar a concessão da aposentadoria no emprego e que autoriza a continuar na mesma empresa após a concessão, é lei previdenciária, restrita a efeitos que se

produzem meramente no âmbito a que se destina que é o das relações previdenciárias entre o segurado e a organização concedente dos benefícios. Não pode, dadas essas características que identificam claramente os seus fins, interpenetrar-se na CLT e no artigo 453 do mesmo diploma para resolver problemas do contrato individual do trabalho, como é a questão dos efeitos da concessão da aposentadoria espontânea sobre o contrato individual do trabalho.

Contrato é ato bilateral. Depende de ajuste de vontades. O empregado não pode impor a sua permanência na empresa sem o consentimento desta, após receber os depósitos do FGTS em decorrência da aposentadoria espontânea que requereu. A extinção do contrato é resultado exatamente da iniciativa da vontade do trabalhador. Este, e não a empresa, é que pleiteando a aposentadoria, põe fim ao vínculo de emprego. Aposentadoria não é dispensa. O efeito normal da concessão da aposentadoria é o desligamento do empregado como consequência da mesma. A concessão da aposentadoria importa no fim do contrato, como sempre ocorreu e continua ocorrendo, seguindo-se a cessação da relação de emprego. A empresa não é obrigada a permanecer com empregado que pediu aposentadoria. Aposentar-se quer dizer parar de trabalhar. Descansar. Tornar-se inativo. Apenas a aposentadoria por invalidez foge dessa regra porque suspende mas não extingue o contrato de trabalho."

18. Ainda, de igual modo, opina Délio Maranhão, na festejada obra "Direito do Trabalho", agora com a colaboração de Luiz Inácio Barbosa Carvalho (Ed. Da FGV, 17ª ed., 1993, págs. 271/272):

"Dentre as diversas formas de extinção do contrato de trabalho, consoante uníssona manifestação da doutrina e da jurisprudência, se incluem as aposentadorias por velhice e por tempo de serviço que, ao contrário da concedida por invalidez, são definitivas. Confira-se a respeito Cesarino Júnior (Direito Social, SP, LTr., 1980, p. 303), José Martins Catharino (Compêndio Universitário de Direito do Trabalho, SP, Jur. Univ., 1972, 2ª ed., p. 31), Evaristo de Moraes Filho (A justa causa na rescisão do contrato de trabalho, Rio, Forense, 1960, 20 ed., p. 31). A lei que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social (Lei nº 8.213, de 24.07.91) colocou em dúvida esse entendimento, em face do que estabelece o art. 49, I, b, da citada Lei, que admite a aposentadoria definitiva com a permanência do empregado na empresa. Como afirmamos anteriormente, a relação com a previdência não pode se confundir com a relação de trabalho. São relações que residem em planos distintos. Aliás, é importante lembrar que essa discussão não é nova. Dispositivo idêntico constou da Lei nº 6.687/80 que vigorou por apenas dez meses. E nessa oportunidade a jurisprudência trabalhista, reafirmando a independência das relações trabalhista e previdenciária, concluiu que, para os fins do contrato de trabalho, prevalecia o disposto no art. 453 da CLT apesar de a lei previdenciária de então, como agora, permitir a permanência do empregado na empresa mesmo após a aposentadoria. O dispositivo atualmente em vigor (art. 49, I, b, da Lei nº 8.213/91), na verdade, objetivou fixar o dia do início da aposentadoria definitiva do segurado, prevendo as seguintes hipóteses: a) requerimento anterior ou concomitante com o desligamento do emprego; b) requerimento até 90 dias contados da data do desligamento; c) requerimento após 90 dias do desligamento; e d) requerimento sem que haja desligamento da empresa.

É certo que esse dispositivo disciplina a relação entre o segurado e a previdência, que não se confunde com a relação desse mesmo segurado com o respectivo empregador. E incontroverso, portanto, que as relações residem em planos distintos e não se confundem: uma, própria da relação de trabalho, regulada pelo Direito do Trabalho; outra, de caráter

nitidamente previdenciária. E ambas convivem harmonicamente, sem imiscuir-se uma com a outra. Por essa mesma razão, o dispositivo em comento não pode alterar toda uma construção doutrinária trabalhista, que tem explícita ressonância na legislação pertinente (art. 453 da CLT, com a redação dada pela Lei nº 6.204/75), visto tratar-se de mero dispositivo que regula a relação entre o segurado e a Previdência Social.

Desse modo, entendemos que a aposentadoria definitiva, espontaneamente requerida pelo segurado, extingue o contrato de trabalho, ainda que, de fato, continue ele a prestar serviços ao empregador, deixando, assim, de se desligar da empresa. Sob o prisma jurídico formal, configura-se a readmissão do empregado, sem o cômputo do tempo de serviço anterior (art. 453 da CLT), pouco importando que ela se verifique imediatamente após a extinção contratual operada com a aposentadoria ou algum tempo depois.

19. Como se vê, a menção que a legislação previdenciária faz a "desligamento" ou "não desligamento" não encontra, na legislação trabalhista, qualquer correspondência com extinção ou continuidade do contrato de trabalho. Em verdade, ao não estabelecer o desligamento do emprego como condição para o requerimento do benefício da aposentadoria, a legislação previdenciária visou tão-somente proteger o segurado contra eventuais imprevistos na tramitação do seu respectivo processo perante a instituição oficial. Imagine-se, por exemplo, que, na hipótese da exigência do afastamento do emprego, o segurado seria obrigado a aguardar, na condição de desempregado, o início do pagamento do benefício, o que poderia levar até alguns meses. Pior ainda, seria cogitar-se da possibilidade de o segurado, depois de haver se desligado do emprego, ter o seu pedido de aposentadoria indeferido por qualquer razão.

20. Em trabalho elaborado nos primeiros meses de 1992 sobre as implicações do artigo 49 da então recente Lei nº 8.213/91 sobre os contratos de trabalho, o advogado Adilson Motta, ex- Consultor Jurídico do Banco do Brasil, logrou dar à questão a dimensão própria de norma previdenciária reguladora das relações entre o segurado e a instituição de previdência social. Dizia ele, discorrendo sobre o texto do referido artigo 49:

"3. Como se pode ver, no que diz respeito ao empregado, podemos desdobrar o texto em cinco hipóteses diferentes, ou seja:

1º - O empregado requer previamente a aposentadoria e marca uma data para o afastamento: esta será a data da aposentadoria;

2º - O empregado requer a aposentadoria no dia em que se afasta: a aposentadoria coincidirá com a data do afastamento que, na hipótese, é a mesma do requerimento;

3º - O empregado se afasta e, até 90 dias após, requer a aposentadoria; a data será a do afastamento;

4º - O empregado se afasta e, depois de já transcorridos os 90 dias, requer a aposentadoria: a data é a do requerimento;

5º - O empregado requer a aposentadoria sem se afastar do emprego: a data é a do requerimento.

4. Cabe aqui a primeira observação, no que se refere à última hipótese: o que a lei admite é que o empregado requeira a aposentadoria sem que necessite de se afastar do emprego. Não vemos aí um privilégio do empregado qual seja o de querer o benefício e assegurar o direito de continuar trabalhando mas, apenas e tão-somente, a dispensa da antiga exigência de afastamento e a permissão para o empregador mantê-lo no emprego.

Agora, o empregado pode requerer a aposentadoria e continuar no emprego, dispondo a lei que a data da aposentadoria será a do requerimento. Consequentemente, a partir da data do requerimento nasce

um novo vínculo laboral, surgindo um novo contrato de trabalho entre o empregador e o 'aposentado'.

5. O que parece ter sido objeto de confusão é o querer entender a permanência como um privilégio do empregado, até um direito, como se pudesse ele continuar trabalhando até ultimar todo o processo de aposentadoria.

Não.

No dispositivo legal pode ser vista apenas uma faculdade de o empregador recontratar o empregado - sem que tenha ele de se afastar do emprego sem impor ao empregador, em momento algum, a obrigação de continuar mantendo o empregado a seu serviço.

Em síntese: do requerimento resulta a aposentadoria, e, desta, o rompimento do vínculo. Assim, mesmo que o empregado continue a trabalhar, isto se opera por força de um novo contrato de trabalho, já que o vínculo jurídico anterior está rompido."

21. Não bastassem tais considerações, respaldadas por abalizados subsídios doutrinários, deve-se considerar, ademais, que o artigo 49 da Lei nº 8.213/91 conviveu por vários anos com o artigo 87 do mesmo diploma legal, que cuidava "Do Abono de Permanência em Serviço" (benefício primitivamente instituído pelo art. 9º do Decreto-Lei nº 66, de 21.11.66, que deu nova redação ao § 3º do art. 32 da Lei nº 3.807, de 26.8.60). Assim prescrevia o referido artigo 87:

"Art. 87. O segurado que, tendo direito à aposentadoria por tempo de serviço, optar pelo prosseguimento na atividade, fará jus ao abono de permanência em serviço, mensal, correspondendo a 25% (vinte e cinco por cento) dessa aposentadoria para o segurado com 35 (trinta e cinco) anos ou mais de serviço e para a segurada com 30 (trinta) anos ou mais de serviço.

Parágrafo único. O abono de permanência em serviço será devido a contar da data de entrada do requerimento, não variará de acordo com a evolução do salário-de-contribuição do segurado, será reajustado na forma dos demais benefícios e não se incorporará, para qualquer efeito, à aposentadoria ou à pensão."

22. Ora, a simples coexistência desses dois benefícios não cumulativos (aposentadoria e abono de permanência em serviço) na mesma lei, por si só, já seria suficiente para afastar qualquer dúvida quanto à efetiva extinção do contrato de trabalho por força da aposentadoria espontânea. E curial. Se o empregado, tendo já implementado as condições autorizativas do gozo da aposentadoria, optasse "pelo prosseguimento na atividade", vale dizer, mantivesse íntegro o seu contrato de trabalho, passava a receber o abono de permanência em serviço. Se, ao contrário, optasse pela aposentadoria, dava-se o não prosseguimento na atividade, ou seja, a passagem para a inatividade, com a conseqüente extinção do contrato de trabalho. Nada impede, entretanto, que o aposentado continue a prestar serviços ao mesmo empregador. Porém, nesse caso, a partir da concessão da aposentadoria, as suas relações de trabalho estarão automaticamente reguladas por um novo contrato, que em nada se comunica com o anterior.

23. Registre-se que a revogação do artigo 87 da Lei nº 8.213/91 pelo artigo 29 da Lei nº 8.870, de 15.4.94, foi motivada unicamente por razões financeiras decorrentes do alto custo de manutenção do mencionado benefício.

24. A jurisprudência trabalhista também não discrepa desse entendimento:

"EMENTA: APOSENTADORIA VOLUNTÁRIA. Contrato de Trabalho. Rescisão. Conforme inteligência do art. 453, da CLT, com redação dada pela Lei nº 6.204, de 29.04.75, a aposentadoria espontânea exclui a contagem do período que a antecedeu, não importando que tenha havido continuação na prestação dos serviços."

EXCERTO DO VOTO:

"Portanto, a aposentadoria voluntária do obreiro põe termo ao contrato de trabalho, inexistindo direito a indenização por tempo de serviço, visto que tal direito é disciplinado pelo art. 477 consolidado, onde se exige não motivação do empregado para a cessação das relações de trabalho."

(Ac. 1ª T.-647/96 - Proc. TST-RR-168.827/95.2 - Rel.: Min. Ursulino Santos - Recte.: Usina Pumaty SIA; Recdo.: Isaura Maria da Conceição - Publ. D.J. de 12.4.95, à pág. 11325)

"O não desligamento do empregado para efeito de aposentadoria (Lei nº 6.887/80) não tem qualquer influência sobre o problema da continuidade ou não do contrato de trabalho. Trata-se de lei de caráter previdenciário que não influencia nas relações contratuais, porque não derogou o artigo 453 da CLT".

(Ac. TE-0372/90 - Proc. TST-RR-05738189 - Rel.: Min. José Carlos da Fonseca - Recte.:

Eustacchio Vicente Cicivizzo; Recdo.: Emp. Jorn. Diário Popular S/A - Publ. no DJ, I, de 30.11.90, à pág. 14.241).

"EMENTA: INDENIZAÇÃO POR TEMPO DE SERVIÇO. EMPREGADO RURAL. A aposentadoria espontânea extingue automaticamente o contrato de trabalho, inexistindo direito à indenização por tempo de serviço. Se o empregado é readmitido ou continua trabalhando, sem solução de continuidade, nasce um novo contrato, não sendo computável neste o período anterior, nos exatos termos do art. 453, da CLT.

Recurso de Revista parcialmente conhecido e provido."

(Ac. 2ª T.-5822/95 - Proc. TST-RR-146796/94.4 - Rel. Min. Ney Doyle - Recte.: Usina Pumaty S/A; Recdo.: Pedro Saturnino da Silva - Publ. no DJ de 01.12.95, às págs. 41918/9).

- CONTRATO DE TRABALHO E CONCURSO PÚBLICO

25. Uma vez definido que a aposentadoria é causa extintiva do contrato de trabalho, chega-se à segunda indagação da consulta, que reside em saber se, no caso dos empregados aposentados de empresas públicas e sociedades de economia mista, a manutenção do vínculo empregatício, com a conseqüente celebração de um novo contrato de trabalho, tem amparo legal.

26. A questão já foi enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal, em sua composição plena, no julgamento do Mandado de Segurança nº 21.322-1-DF, concluindo a Suprema Corte que *"pela vigente ordem constitucional, em regra, o acesso aos empregos públicos opera-se mediante concurso público, que pode não ser de igual conteúdo, mas há de ser público"*, que *"às autarquias, empresas públicas ou sociedades de economia mista estão sujeitas à regra, que envolve a administração direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos poderes da União, dos Estados; do Distrito Federal e dos Municípios"*, e que mesmo a *"sociedade de economia mista destinada a explorar atividade econômica está igualmente sujeita a esse princípio, que não colide com o exposto no art. 173, § 1º* (Proc. STF-MS nº 21.322-1-DF, Pleno; Rel.: Min. Paulo Brossard; Imptes.: Teima Leite Moraes e Outro; Impdo.: Tribunal de Contas da União; D.J., 1, de 23.4.93).

27. Além disso, a Medida Provisória nº 1.523-3, de 09.01.97, bem como as reedições que se lhe seguiram, no seu artigo 3º, acrescentou o seguinte parágrafo único ao artigo 453 da CLT:

"Parágrafo único. Na aposentadoria espontânea de empregados de empresas públicas e sociedades de economia mista é permitida sua readmissão desde que atendidos os requisitos constantes do art. 37, inciso XVI, da Constituição, e condicionada à prestação de concurso público".

28. Indene de dúvida, pois, que a aposentadoria põe termo ao contrato de trabalho, a continuidade da prestação de serviços ao mesmo empregador caracteriza novo contrato de trabalho e, em se tratando de empregados aposentados de empresas públicas e sociedades de economia mista, esse novo

período contratual não pode prescindir da prévia aprovação em concurso público.

29. Sobre o tema, muito recentemente pronunciou-se o Tribunal Regional do Trabalho da Décima Região:

"EMENTA: APOSENTADORIA VOLUNTÁRIA. EXTINÇÃO DO CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABALHO. RESTRIÇÕES À NOVA CONTRATAÇÃO - EMPRESAS PÚBLICAS. A aposentadoria definitiva, espontaneamente requerida pelo empregado, põe termo ao pacto laboral, postulado que não conflita com o disposto nos arts. 49, inciso I e alíneas, e 54 da Lei nº 8.213/91. Ainda que se possa tolerar a renovação do contrato individual de trabalho (CLT art. 453), o envolvimento de empresa pública, no relacionamento considerado, evocando a disciplina do art. 37, incisos II, XVI e XVII e § 2º, torna ilícito o vínculo, pela ausência de novo concurso e pela acumulação indevida de pagamentos públicos; Recurso provido."

(Ac. 2ª T./97 - Proc. nº TRT-10ª Região-RO 5428/96 - Rel.: Juiz Alberto Bresciani de Fontan Pereira - Recte.: Serviço Federal de Processamento de Dados-SERPRO; Recda.: Ana Maria Lopes de Rezende - Publ. no D.J., 3, de 05.9.97, às págs. 20311/12)

30. Em assim sendo, e estando as empresas públicas e as sociedades de economia mista sujeitas aos princípios que regem a Administração Pública, quais sejam, os da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, é certo que a recontratação de empregados aposentados sem a prévia aprovação em concurso público - *"ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração"*, consoante o inciso II, *in fine*, do art. 37 da Constituição Federal - constitui violação constitucional e de legislação ordinária (esta em virtude do parágrafo único que a Medida Provisória nº 1.523-3 acresceu ao art. 453 da CLT).

31. Em consequência, o novo contrato de trabalho que passa a regular a situação dos empregados que se aposentaram e continuaram no exercício das suas funções acha-se eivado de vício que os doutrinadores identificam como relativo ao objeto, tendo em vista, no particular, a ilicitude da contratação sem prévia aprovação em concurso público, ante a expressa vedação legal.

32. No caso, cuida-se de vício que gera a nulidade absoluta da contratação em comento, dada a impossibilidade de sua convalidação, e a decretação da nulidade do ato pela Administração produz efeitos *ex tunc*, retroagindo ao seu termo inicial. Maria Sylvia Zanelia Di Pietro leciona que *"a anulação pode ser feita pela Administração Pública, como base no seu poder de auto tutela sobre os próprios atos, conforme entendimento já consagrado pelo Supremo Tribunal Federal por meio das Súmulas nºs 346 e 473. Pela primeira, 'a Administração Pública pode declarar a nulidade de seus próprios atos'; e nos termos da segunda, 'a Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, por que deles não se originam direitos, ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.'" (in "Direito Administrativo", Ed. Atlas S.ª, 5ª ed., 1995, pág. 195).*

33. Por direito adquirido, deve-se entender apenas o relativo ao pagamento dos meses trabalhados e eventual saldo de salários, posto que a nulidade da contratação não produz quaisquer efeitos futuros capazes de autorizar o pagamento de quaisquer verbas rescisórias. Tampouco há que se cogitar do levantamento de saldo de depósitos do FGTS ou do pagamento de multa rescisória no montante de 40% sobre aquele valor, posto não tratar-se mais de aposentadoria, anteriormente efetivada com o pagamento das verbas rescisórias respectivas, ou de qualquer outra forma de extinção do contrato de trabalho. Cuida-se, tão-somente, de pôr fim a contrato de trabalho nulo, que Hely Lopes Meirelles equipara a ato inexistente (*"Direito Administrativo Brasileiro"*, Malheiros Ed., 20ª ed., pág. 157).

34. Consulte-se, a esse respeito, o seguinte acórdão do Tribunal Superior do Trabalho;

"EMENTA: SERVIDOR PÚBLICO ADMITIDO SEM CONCURSO NA VIGÊNCIA DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988. A admissão de servidor público sem concurso fere frontalmente o disposto no artigo 37, inciso II da Constituição da República, quando não se tratar de nomeação para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração. Em relação à nulidade absoluta, esta opera retroativamente, por expressa disposição da lei, atuando como se o ato malsinado jamais houvesse existido. Todavia, a contratação irregular de servidor público torna impossível a recondução das partes ao estado anterior e, neste caso, o trabalhador tem direito aos salários do período trabalhado, a título de indenização, mas a nenhuma outra parcela de natureza trabalhista. Interpretação do artigo 158, do Código Civil Brasileiro. Recurso conhecido e provido."

(Ac. 1ª T.-01296/95 - Proc. TST-RR-109.873/94.0 - Rel.: Min. Indalécio Gomes Neto - Recte.: Francisco Gomes de Oliveira; Recdo.: Município de Passagem-PB - Publ. no D.J., 1, de 28.4.95, à pág. 11.425).

III - CONCLUSÃO

35. Como corolário de todo o exposto, tem-se que

- a) a aposentadoria espontânea extingue o contrato de trabalho, dando ensejo ao recebimento das verbas respectivas (saldo de salário, férias, 13º salário, levantamento do FGTS);
- b) a permanência do empregado aposentado na mesma empresa configura um novo contrato de trabalho que em nada se vincula ao anterior,
- c) no caso de empregados aposentados de empresas públicas e sociedades de economia mista, a manutenção do vínculo empregatício após a jubilação ofende disposições constitucional e legal, que estabelecem a exigência de prévia aprovação em concurso público para a celebração de novo contrato de trabalho;
- d) a ilegalidade desses contratos de trabalho posteriores à concessão do benefício da aposentadoria, impõe a decretação da nulidade desses atos e a pronta interrupção da prestação dos serviços;
- e) pelo período de trabalho posterior à aposentadoria, os servidores têm assegurado apenas o pagamento dos salários no curso desse contrato irregular e eventual saldo de salário;
- f) como o ato nulo não produz efeitos futuros, inexistente direito à percepção de verbas rescisórias;
- g) não se verificando a hipótese de aposentadoria, ocorrida anteriormente, nem de qualquer outra forma de extinção do contrato de trabalho, e tampouco sendo o caso de dispensa do empregado aposentado, não há direito ao levantamento do saldo de depósitos do FGTS, ou ao recebimento da multa indenizatória de 40% sobre valor daquele saldo.

É a opinião que ora submetemos a superior consideração de Vossa Excelência.

Brasília, 23 de outubro de 1997.

VITOR AUGUSTO RIBEIRO COELHO

Adjunto do Procurador-Geral da União