

PROCURADORIA TRABALHISTA

Parecer Normativo nº 03/95 - Raul Teixeira

Empregado de paraestatal que continua laborando na empresa após a concessão da aposentadoria. Nova relação de emprego. Ausência de concurso público. Nulidade do segundo contrato de trabalho.

Consulta-nos o Ilmo. Sr. Diretor-Presidente da Companhia de Transportes Coletivos - CTC, pelo Ofício nº PRES-173/95, de 12.04.95, acerca da situação dos empregados já aposentados e que, supostamente beneficiados pela legislação vigente, continuam trabalhando na Companhia.

Acresce à **vexata quaestio**, no mesmo ofício, algumas indagações que dela decorrem:

- "a) existe alguma diferença, no procedimento a ser adotado e nas parcelas a serem pagas, entre os empregados **aposentados antes de 1988** e aqueles que se aposentaram após 1988;
- b) que parcelas deverão ser pagas a estes empregados por ocasião do desligamento?
- c) entre as parcelas a serem pagas deve-se incluir os 40% (quarenta por cento) do FGTS, considerando que o empregado já sacou esse fundo?
- d) no caso dos empregados que possuem tempo de serviço anterior ao da data da opção pelo FGTS, deverá a empresa indenizar por esse tempo, respeitadas as disposições legais quanto ao pagamento em dobro, quando igual ou superior a 10 (dez anos)?"

Como muito bem salientado pelo Exmo. Sr. Procurador-Chefe da Coordenadoria Geral do Sistema Jurídico às fls. 12/13, do Processo Administrativo E-10/699113/95, a situação **sub examem** já foi por nós abordada, nos termos do Parecer s/nº, de 10.04.95, estando a merecer, pela generalização de situações semelhantes, que à opinião a vir a ser lavrada por esta douta Casa seja conferido caráter normativo, **ex vi** do artigo 6º, XXV, da Lei Complementar nº 15/80.

A questão jurídica central, que tentaremos tratar de forma acurada, não apenas nos aspectos trabalhistas, mas, também, quanto aos desdobramentos no campo do direito administrativo-constitucional, diz respeito à continuidade ou não da relação de emprego daqueles empregados que se aposentam espontaneamente e que, todavia, permanecem prestando serviços ao mesmo empregador.

Dispõe o artigo 453, do Texto Consolidado, **in verbis**:

"Artigo 453 - No tempo de serviço do empregado, quando readmitido, serão computados os períodos, ainda que não contínuos, em que tiver trabalhado anteriormente na empresa, salvo se houver sido despedido por falta grave, recebido indenização legal e se aposentado espontaneamente." (destacamos)

A nova redação do artigo 453, introduzida pela Lei nº 6.204/75, pôs termo a antiga discussão doutrinária, a partir da qual foram erigidos os enunciados 20 e 21, do Colendo TST, **in verbis**:

"Enunciado nº 20 - Não obstante o pagamento de indenização de antigüidade, presume-se em fraude à lei a rescisão contratual se o empregado permaneceu prestando serviço ou tiver sido, a curto prazo, readmitido."

"Enunciado nº 21 - o empregado aposentado tem direito ao cômputo do tempo anterior à aposentadoria, se permanecer a serviço de empresa ou a ela retornar."

Vê-se que a construção sumular, anterior à modificação do citado artigo 453, cristalizara o entendimento de que a continuação ou retorno ao mesmo emprego do empregado aposentado implicava em restaurar o contrato do trabalho.

A mudança legal, em boa hora, elidiu aquele pensamento e, derrogando os enunciados, pôs termo à hipocrisia da superproteção ao hipossuficiente, devolvendo ao aposentado a possibilidade real de voltar ou continuar a trabalhar, obviamente com o início de uma nova relação de emprego totalmente desvinculada da primeira.

É o que se depreende dos oportunos comentários de Francisco Antonio de Oliveira aos citados enunciados:

Antes da modificação redacional do referido artigo havia certa tendência na jurisprudência no sentido de determinar a contagem de todo o tempo de serviço, mesmo no caso de indenização ou de aposentadoria espontânea.

Assim, aquele obreiro que se jubilasse e que, por ser bom empregado, o empregador permitisse que continuasse no emprego acarretava ônus enorme ao empregador. Vale dizer, como já estava aposentado, se viesse a ser despedido sem justa causa, contava-se em seu favor para a indenização de antigüidade todo o tempo de serviço, inclusive aquele contado para a aposentadoria.

Como resposta a essa posição injusta, os empresários passaram a não mais permitir a presença de empregado aposentado ou cujo término da relação contratual terminara mediante indenização.

Em conseqüência, aquele empregado que se aposentava e que, face ao pequeno valor recebido da previdência, necessitava continuar trabalhando, teria de arranjar outro emprego e em outro lugar. E contando com idade avançada, dificilmente conseguiria outro emprego" (Francisco Antônio de Oliveira, **in Comentários aos Enunciados do TST**, 2ª edição, 1993.)

Mozart Russomano, avançando mais no tema, entende que a razão pela qual o Tribunal Superior do Trabalho, após o advento da Lei nº 6.204/75, ainda manteve a Súmula nº 21 é "porque a nova lei aludiu, apenas, aos casos de aposentadoria voluntária ou espontânea. Não abrangeu outras hipóteses de jubilação, de natureza compulsória, como no caso de aposentadoria por invalidez" (Mozart Vitor Russomano, **in Comentários à CLT**, 13ª edição, Volume I, 1989).

Valentin Carrion espanca definitivamente a matéria ao comentar o artigo 453, da CLT, **in verbis**:

"Aposentadoria sem desligamento do emprego. A já revogada Lei nº 6.687/80 provocou o entendimento majoritário dos comentaristas, no sentido de que a aposentadoria não mais extinguiria o contrato de trabalho. Tais deduções não quiseram levar em consideração que uma norma isolada, previdenciária, manifesta e simplesmente desburocratizante, como se vê da exposição de motivos, não poderia revogar, sem dizê-lo expressamente, toda uma construção multifacética, instalada após muitos anos (sempre) e visível em inúmeros dispositivos esparsos implícitos (arts. 453 e 475 da CLT; Lei nº 5.107, levantamento do FGTS, etc.); ou explícitos, como é o caso do abono de permanência, para quem não se aposenta; ou da aposentadoria por velhice, quando provocada pelo empregador" (Valentin Carrion, **in Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**, 17ª edição, 1993).

Conclui-se que, tanto na aposentadoria seguida de readmissão como naquela sem desligamento do emprego, insistimos, extingue-se naturalmente o contrato individual de trabalho, passando a constituir outra relação de emprego, totalmente distinta da primeira, qualquer período que suceda à concessão da aposentadoria.

Nessa linha tem rumado serenamente a jurisprudência pátria:

"A aposentadoria voluntária extingue, de pleno direito, o contrato de trabalho. O disposto na Lei nº 6.204/75, que alterou a redação do art. 453 da CLT, posteriormente à edição do Enunciado 21, impede que o período trabalhado antes da aposentadoria se some ao que o sucede (TST, RR 4.252/86-9, Feliciano Oliveira, ac. 2ª T., 1.486/87).

"O empregado que foi readmitido após a aposentadoria, e antes da Lei nº 6.204/75, não possui direito adquirido algum, pois a indenização se rege pelo direito vigente no tempo do despedimento e não por todas e cada uma das leis que tenham tido vigência e tenham sido revogadas (TST, RR 5.003/86-7, Barata Silva, ac. 2ª T., 1.874/87)."

"O empregado que voluntariamente se aposenta, celebrando novo contrato de trabalho com o mesmo empregador, se dispensado, não faz jus ao cômputo do período anterior à aposentadoria para efeitos indenizatórios (TST, RR 5.442/86-3, Norberto de Souza, ac. 3ª T., 715/87)."

"A aposentadoria espontânea é forma de rescisão contratual voluntária, sem a interferência do empregador e acarreta a extinção do direito à indenização, pertinente ao contrato já desfeito (TST, RR. 6.731/85-7, Orlando Lobato, ac. 1ª T., 1.678/86)."

"A prestação de serviços após a entrada do requerimento de aposentadoria faz gerar obrigações salariais correspondentes, tais como férias e gratificação natalina proporcionais. Entendimento contrário levaria a admitir-se trabalho gratuito (TST, RR. 9.970/85-4, José Ajuricaba, ac. 2ª T., 4.925/86)."

Alvitramos que o advento da Lei nº 8.213/91, que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social, apenas ratificou legislação anterior (Lei nº 6.887/80 e Decreto nº 85.745, de 23.01.81, artigos 27 e 28) que já eliminara a exigência de desligamento do emprego para deferimento da aposentadoria.

Concluindo, é de se afirmar que a aposentadoria voluntária inclui-se nas causas de extinção do contrato de trabalho, sendo que a permanência do empregado na empresa, após a efetivação da aposentadoria, dá início a nova relação de emprego.

Decorre, da posição aqui adotada, outra questão de igual relevância, e que está também a merecer enfrentamento por este órgão.

É que, tratando a hipótese vertente do nascimento de nova relação de emprego e levando-se em consideração tratar-se de entidade integrante da Administração Estadual Indireta, cumpre indagar sobre a necessidade prévia de concurso público.

Dispõe o artigo 37, da Carta Magna, **in verbis**:

"artigo 37 -
.....(omissis)"

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos,

ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração."

Também a atual Constituição do Estado do Rio de Janeiro, repete **ipsis litteris** o princípio, em seu artigo 77, II.

De tal forma sutil, o tema requer interpretação lógica ou racional, vale dizer aquela que atende ao espírito da lei, de suas finalidades e razão de ser.

Nesse sentido podemos afirmar que a exigência de concurso, como bem ensina o inigualável Hely Lopes Meirelles, "é o meio técnico posto à disposição da Administração Pública para obter-se moralidade, eficiência e aperfeiçoamento do serviço público, e, ao mesmo tempo, proporcionar igual oportunidade a todos os interessados que atendem aos requisitos da lei, consoante determina o artigo 37, II, da Constituição da República. Pelo concurso se afastam, pois, os ineptos e os apaniguados, que costumam abarrotar as repartições, um espetáculo degradante de protecionismo e falta de escrúpulos de políticos que se alçam e se mantêm no poder, leiloando empregos públicos." (Hely Lopes Meirelles, **in Direito Administrativo Brasileiro**, 16ª edição, 1991).

Obtendo o sumo das palavras do mestre temos que a **ratio legis** do concurso público é a **moralização, a eficiência e o aperfeiçoamento do serviço público.**

Assim, como poderíamos satisfazer a esses princípios, dando início a uma nova investidura em emprego público, sem a realização do concurso público?

Conclui-se, sem muito esforço, que todos os contratos de trabalho que se formaram, a partir de 05.10.88, com a permanência dos empregados na Companhia após a concessão da aposentadoria, são nulos de pleno direito, não produzindo, pois, quaisquer efeitos.

É pacífica a posição dos Tribunais:

"Sem a prévia aprovação em concurso público, a contratação do servidor é nula de pleno direito, não gerando quaisquer conseqüências jurídicas de natureza trabalhista."

(TRT - 1ª Região, RO-17047/92, Relator: Juiz Nilton Moraes, 6ª Turma.)

"Nulo o Contrato de Trabalho é devido o pagamento somente ao labor prestado, não havendo que se falar no pagamento de gratificação natalina, férias e FGTS, uma vez que tais vantagens decorrem da relação de emprego, a qual não restou configurada."

(TST - Ac. Unânime da 1ª turma, publicado em 25.11.94; Relator Ministro Afonso Celso)

"O princípio do concurso público constitui uma das mais expressivas opções conscientes do legislador constituinte. Trata-se de verdadeiro dogma constitucional que se projeta, de modo impositivo, à estrita observância das pessoas estatais e das entidades administrativas que compõem e integram o vasto universo da Administração Pública."
(TRT - 8ª Região, ac. unânime, 2ª Turma, RO-9.248/93, Relator: Juiz Rider de Brito.)

Cumpra verificar, agora, a situação daqueles empregados cuja aposentadoria foi concedida antes de 05.10.88, vale dizer aqueles que tiveram o segundo contrato de trabalho formado antes da promulgação da atual Carta Magna.

A Emenda Constitucional nº 1/69, de 17.10.1969, dispunha em seu artigo 97, § 1º, **verbis**:

"artigo 97 -
.....(omissis)"

§ 1º - A primeira investidura em cargo público dependerá de aprovação prévia, em concurso público de provas ou de provas e títulos, salvo os casos indicados na lei."

Note-se que a ordem constitucional anterior condicionava à prévia realização do concurso apenas as investidas em cargo público, não fazendo menção aos empregos públicos, como é o caso das empresas públicas e sociedades de economia mista.

Nessa ótica, os empregados públicos, contratados pelo regime de CLT, lamentavelmente tiveram porta aberta para ingressar na Administração Indireta, sem que tais contratações pudessem ser questionadas sob a eiva da nulidade.

É oportuna a intervenção do mestre Diogo de Figueiredo, discorrendo sobre esse triste período da Administração Pública:

"Em pouco tempo, a contratação celetista passou a ser a porta escancarada para o empreguismo, para o nepotismo, e para a crônica barganha de empregos por prestígio político: uma triste modalidade de corrupção, praticada abertamente, sem o menor pejo, em quase todos os níveis da administração do País, em prejuízo de gerações e gerações de brasileiros desapadrinhados, que contavam apenas com seus méritos para o acesso ao serviço público."

(Diogo de Figueiredo Moreira Neto, in: **Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos na Constituição de 1988**, 1ª edição, 1990.)

De qualquer sorte, é certo que as contratações realizadas, sem a observância do concurso público, antes de 05.10.88, nas sociedades de economia mista e empresas públicas, são plenamente válidas, nada havendo na ordem jurídica então vigente que pudessem contaminá-las de nulidade. Assim, na hipótese tratada, considerando que a segunda relação de emprego, nascida com a concessão da aposentadoria, é plenamente válida, há que se pagar as verbas resilitórias, bem como os 40% sobre o saldo existente no FGTS, quando do afastamento desses empregados pela Empresa. Por outro lado, se a rescisão contratual se der a pedido do empregado não deverão ser pagos os 40% sobre o saldo do FGTS.

Isto posto, voltemos à situação anterior.

Identificada a nulidade plena das relações de emprego que se formaram depois do advento da Carta de 88, impõe-se analisar os desdobramentos jurídicos que dela decorrem.

Primeiramente, entendemos que devem ser afastados dos quadros da empresa todos os empregados cuja aposentadoria foi concedida, eis que sua permanência representaria uma afronta aos princípios constitucionais já exaustivamente abordados.

Considerando que são nulas de pleno direito as relações de emprego que se formaram em tais situações, é devido apenas o pagamento pelos serviços prestados, o que já foi feito, não havendo que cogitar de verbas resilitórias, nem tampouco o percentual de que trata o artigo 10, I, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Assim sendo, são indevidas férias, gratificação natalina, FGTS, aviso prévio ou qualquer outro consectário do contrato de trabalho.

Quanto aos empregados que possuem tempo anterior à opção pelo regime do FGTS, igualmente nada lhes cabe a título indenizatório, certo é que o contrato de trabalho já se extinguiu, quando da concessão da aposentadoria.

Resta, então, enfrentar um último ponto, **the last but not the least**, decorrente do tudo até aqui tratado.

Ora, considerando que **in casu** estamos diante de nulidade absoluta, cujos efeitos **ex tunc** retroagem ao momento de formação do contrato; considerando, também, que durante todo o período foram pagas, indevidamente, parcelas contratuais **verbi gratia** férias, gratificação natalina e depósitos de FGTS; e considerando, ainda, os recolhimentos previdenciários feitos pelo empregador por força de um fato gerador inexistente, por decorrer de relação de emprego nula, é de se indagar se cabe à autoridade responsável pela entidade promover o ajuizamento de ações de repetição de indébito com vistas a ressarcir o erário dos pagamentos indevidos.

A resposta merece pequena digressão...

É que, embora os bens dessas entidades sejam considerados bens públicos e, nessa qualidade, sujeitando os responsáveis pela sua guarda

Podem ser nulas. Não percebem indenização. A repetição de indébito é a que fornece o produto para pagar as funções públicas.

ao ressarcimento do erário, em caso de atos de improbidade, *ex vi* do disposto na Lei nº 4.717, de 29.06.65 (Lei de Ação Popular), o ajuizamento de tais ações deverá ficar sempre ao alvedrio do administrador que sopesará critérios de conveniência e oportunidade, ponderando sua viabilidade à relação custo-benefício e outros elementos que só a situação concreta poderá responder.

São essas, Sr. Procurador-Chefe da PG-10, as conclusões que depreendemos do tema posto em debate, esperando, salvo melhor juízo, atender aos questionamentos do órgão consultor.

É o parecer.

Rio de Janeiro, 17 de maio de 1995.

Raul Teixeira
Procurador do Estado

Exmo. Sr. Procurador-Geral:

1. Manifesto a minha concordância com os termos do Parecer nº 01/95 de fls. da lavra do Dr. Raul Teixeira.

2. Avulta a matéria deste administrativo e assim o seu exame por esta Casa, na consideração da sugestão que vem a fls. 13 pela conhecida aplicação funcional de quem a subscreve, o ilustre Procurador-Chefe da Coordenadoria Geral do Sistema Jurídico do Estado, Dr. Sylvio Melo.

Inclino-me a adotar a sugestão e assim submetê-la ao elevado exame de V.Exa., a ver se entenderá por bem solicitar a S.Exa., o nobre Governador do Estado que dê ao Parecer em tela caráter normativo para vincular os órgãos da Administração Indireta ao entendimento que dele promana, obviamente se esse aludido entendimento for o mesmo de V. Exa. a ser expressado em visto regular, na conformidade do disposto pela Lei Complementar nº 15/80, 6º, XXV.

Rio de Janeiro, 26 de maio de 1995.

Giuseppe Bonelli
Procurador-Chefe da Procuradoria Trabalhista

VISTO

Aprovo o douto Parecer nº 01/95, de fls. 15 a 33, do ilustre Procurador RAUL TEIXEIRA, referendado às fls. 34, pelo ilustre Sr. Procurador-Chefe da Procuradoria Trabalhista, Dr. GIUSEPPE BONELLI.

Os aposentados das entidades paraestatais, ou seja, de empresas públicas e sociedades de economia mista, que tenham, após sua aposentadoria, permanecido na empresa ou a esta retornado em período anterior ao da vigência da Constituição Federal de 1988, têm vínculo laboral não

eivado de nulidade em decorrência de falta de concurso público, vez que a Constituição pretérita não o exigia para ingresso naquelas empresas. Cumpre verificar, como sempre, se foram atendidos, nas contratações, os requisitos legais.

Há que se considerar, em tais casos e para todos os efeitos, inclusive rescisão de contrato, a existência de um novo vínculo trabalhista, dissociado do anterior, com base no qual fora concedida a aposentadoria e pela mesma extinto.

A Constituição Federal de 05 de outubro de 1988, no art. 37, II, passou a exigir na "administração pública direta, indireta ou fundacional", "prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos", para a investidura em cargo ou emprego público.

Portanto, após 05 de outubro de 1988, não só nas empresas públicas e sociedades de economia mista, mas também na administração direta e nas entidades da administração indireta e fundacional, são nulos de pleno direito os contratos de trabalho formados sem prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos. Neste conjunto estão incluídos os contratos de trabalho originados da permanência de empregados em órgãos ou entidades públicos após sua aposentadoria.

Objetivando cessar grave afronta aos princípios constitucionais, devem ser afastados tais empregados. E, por serem nulas de pleno direito as relações de emprego que se firmaram em tais situações, é devido apenas o pagamento dos serviços prestados, não havendo que se cogitar de verbas resilitórias tais como as decorrentes de férias, gratificação natalina, FGTS, percentual de que trata o art. 10, I, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias ou de qualquer consectário do contrato de trabalho.

Ao Excelentíssimo Senhor Governador do Estado, propondo, em razão da generalização das situações anômalas acima referidas e com base no art. 6º, XXV, da Lei Complementar nº 8, de 25 de novembro de 1980, seja conferido caráter normativo ao parecer em questão, com as conclusões constantes deste Visto.

Rio de Janeiro, junho de 1995.

Não foi essa a conclusão do ilustre procurador. Este parecer não possui caráter normativo.
Raul Cid Loureiro
Procurador-Geral do Estado

Proc. nº E-10/699.113/95

Ao Senhor Governador do Estado do Rio de Janeiro solicitando, face a relevância da matéria, seja conferido caráter normativo ao Parecer nº 01/95 da lavra do Procurador do Estado RAUL TEIXEIRA.

Rio de Janeiro, 20 de junho de 1995.

Raul Cid Loureiro
Procurador-Geral do Estado

Autorizo seja conferido caráter normativo ao Parecer nº 01/95, de 17 de maio de 1995, do Procurador do Estado RAUL TEIXEIRA.

Em junho de 1995.

Marcello Alencar*
Governador do Estado do Rio de Janeiro

* DORJ, I, de 28.06.95, p. 08.