

Parecer da Procuradoria Administrativa

PROCESSO: IAMSPE nº 15403/08 (GDOC nº 18488-61327/2009)

APENSOS: 1 - Ofício SPPREV nº 048/2008 (GDOC nº 765826/2008)

2 - GDOC nº 18488-422747/2008 (Int. UCRH)

3 - Of. P-120/07 (Cia. do Metropolitano de SP) – GDOC nº 18488-249702/2007

4 - Ofício Fundação Casa GP 550/08 (GDOC nº 18487-447280/2008)

PARECER: PA Nº 042/2012

INTERESSADO: VÍVIAN HOSSNE DE GODOY

ASSUNTO: SERVIDOR TRABALHISTA. APOSENTADORIA. Proposta de modificação da exegese agasalhada até o momento pela Procuradoria Geral do Estado, passando-se a entender que a aposentadoria espontânea do empregado não implica a extinção automática do contrato de trabalho, ainda que se trate de servidor celetista ou empregado público da Administração centralizada, de autarquia ou fundação pública.

1 – Às fls. 20 a 22 dos presentes autos consta Manifestação do Procurador do Estado Coordenador dos Serviços Jurídicos do IAMSPE datada de 26/01/2009, encaminhando os autos à Subprocuradoria Geral da Área de Consultoria, nos seguintes termos:

“(…) em 15.12.2008 recebi da Dra. VÍVIAN HOSSNE DE GODOY (Procuradora de Autarquia) comunicação de sua **aposentadoria** junto ao (...) INSS, conforme correspondência que **recebera** no mês de novembro de 2008. Comunicou-me, também, que **optou pela continuidade da prestação de serviços**, pois foi informada pelo CRH/IAMSPE no sentido de que **‘os servidores do IAMSPE ao se aposentarem podem optar pelo desligamento ou continuidade de trabalho’** (f. 4).

Veç que esse procedimento e orientação do CRH/IAMSPE são **contrários** ao entendimento e orientação exarados no Parecer PA nº 202/2007, (...) aprovado pelo D. Procurador-Geral do Estado, (...) solicitei ao CRH/IAMSPE que informasse a respeito (f. 5).

.....

O CRH do IAMSPE não respondeu ao questionamento (...)

.....

Os documentos de fls. 11 e fls. 15/16 revelam que o CRH/IAMSPE desde março/2008 **deixou de observar a orientação contida no Parecer PA nº 202/2007.**

(...) para evitar a possibilidade de posicionamentos divergentes (...), solicito dessa D. Subprocuradoria Geral da Área de Consultoria orientação **quanto à continuidade ou não da observância** da orientação e entendimento contidos no retrocitado parecer.” (grifos do original).

2—O expediente referido no cabeçalho como Apenso nº 1 inicia-se com o ofício de fls. 2/3, firmado em 30/10/2008 pelo então Diretor-Presidente da São Paulo Previdência.

O oficiante relata que, “com a edição da Lei Complementar nº 1.058/08, foi instituído o Plano de Carreiras, de Empregos Públicos e Sistema Retributório para os empregados da São Paulo Previdência, e concretizadas contratações de servidores sob o regime jurídico da CLT, enquadrados no Subquadro de Empregos Públicos em Confiança (SQEP-C), de conformidade com disposições do inciso II, do artigo 8º do mencionado dispositivo legal”.

Ante tal circunstância, solicita ao Procurador-Geral do Estado “análise e manifestação quanto aos procedimentos a serem adotados pela São Paulo Previdência em relação aos servidores ocupantes de funções em confiança e que venham a se aposentar, voluntariamente, pelo INSS”.

3 – O expediente aludido no cabeçalho como Apenso nº 2 inicia-se (fls. 02/14) com cópia do Parecer GPG nº 11/2008¹, no qual se assentaram as seguintes premissas e conclusões:

– “O parecer PA 64/07, (...) aprovado pelo Procurador-Geral do Estado, em 02.05.07, em resposta a indagação formulada (...) [por] autarquia estadual, (...) conclui que a aposentadoria voluntária do empregado público é motivo para a extinção automática do contrato de trabalho. A readmissão do empregado público aposentado dependeria de nova realização de concurso público, caso contrário deveria ser (...) [desligado] do serviço público”.

– Diversamente das autarquias – que “são pessoas jurídicas de direito público, submetidas aos mesmos princípios constitucionais e administrativos (...) da Administração Pública Direta – (...) as sociedades de economia mista e empresas públicas possuem o mesmo regramento jurídico de empresas privadas, nos termos do artigo 173, § 1º, II, da CF, notadamente direitos trabalhistas”.

– A aposentadoria acarreta o rompimento do vínculo funcional ou empregatício “para o funcionário público ou empregado público de pessoa jurídica de direito

1 Subscrito pelo Dr. JOSÉ ROBERTO DE MORAES, em 29 de fevereiro de 2008, e aprovado pela Chefia da Instituição, em 17 de março do mesmo ano.

público da Administração Direta ou Indireta”, a teor dos artigos 58 e 59 da Lei Complementar nº 180/78, que incluem a aposentadoria entre as causas de vacância dos cargos e funções-atividade. A lei complementar em questão não abrange, porém, os empregados das empresas públicas e sociedades de economia mista.

– “O PARECER 64/2007 (...) deve ser interpretado restritivamente. A sua incidência deve se limitar apenas aos empregados das pessoas de direito público do Estado.”

– “Por meio da Medida Provisória 1.596-14/97, foram introduzidos os §§ 1º e 2º ao artigo 453 da CLT. Essa Medida Provisória foi convertida na Lei 9.528, de 10.12.97”.

– “A extinção do contrato de trabalho em razão de aposentadoria voluntária foi introduzida na CLT sem lei complementar, em desconpasso com o artigo 7º, I da CF. Sendo assim, o STF, ao julgar a ADIN 1.721-3, declarou inconstitucional o § 2º, do artigo 453 da CLT (...)”.

“Outrossim, na ADIN 1.770-4, o STF declarou a inconstitucionalidade do § 1º, do artigo 453 da CLT (...)”

(...) A ADIN 1721-3 teve como parâmetro o **empregado particular**. A aposentadoria não extinguiria automaticamente o contrato de (...) [trabalho] para o particular, que poderia auferir a aposentadoria do INSS e o salário da ativa. E o empregador, caso entendesse demitir o seu empregado aposentado, deveria pagar as verbas rescisórias (v.g. multa de 40% do FGTS)”.

“Em decorrência dos julgamentos das ADINS, a Orientação Jurisprudencial 177 do TST, que considerava extinto o contrato de trabalho após aposentadoria espontânea, foi cancelada”.

“As decisões do Pretório Excelso [RE 463.629, ELLEN GRACIE e Recl. 5215, CARLOS BRITTO] dão sinalizações (...) de que o empregado da sociedade de economia mista e empresa pública se aproxima do empregado particular, principalmente no que concerne à ausência de rompimento do vínculo de trabalho com a aposentadoria voluntária”.

O TST, por meio da Súmula nº 363, proclamou ser **nula** a contratação de servidor público, após a CF/1988, sem prévia aprovação em concurso público, por encontrar óbice no artigo 37, II e § 2º da Carta Magna. “Entretanto, não se vislumbra ofensa à Súmula (...), porquanto não houve a extinção do contrato de trabalho originário e nova contratação, uma vez que a relação jurídica laboral se manteve ininterrupta *ab initio*.”

Com base nesses fundamentos, conclui o parecerista que **“a aposentadoria de empregado de sociedade de economia mista e empresa pública não é causa de extinção do contrato de trabalho**, razão pela qual inexistente óbice jurídico para que

empregados aposentados da SABESP, sociedade de economia mista estadual, participem do Plano de Demissão Voluntária”.

3.1 – Ao tomar ciência do Parecer acima sintetizado, a Unidade Central de Recursos Humanos, às fls. 16/18, formula consulta nos seguintes termos:

“Existe entendimento na Administração Estadual, de que a aposentadoria do servidor contratado pelo regime CLT faz cessar o vínculo empregatício nesse regime. Tal entendimento [externado no Parecer PA-3 nº 39/94] (...) gerou o Comunicado CRHE nº 6, de 20, publicado em 21/06/95, que assim dispõe:

‘a aposentadoria do servidor contratado pela Consolidação das Leis do Trabalho faz cessar o vínculo empregatício neste regime, ficando nova contratação sujeita à aprovação prévia em concurso de provas ou de provas e títulos e apresentação de parecer favorável da Comissão Permanente de Acumulação de Cargos – CPAC.’

Todavia, (...) foi traçada nova orientação sobre o assunto (...) concluindo que a aposentação voluntária dos servidores de sociedades de economia mista e de empresas públicas não rompe o vínculo empregatício (...)

(...) entendemos necessária a oitiva da Consultoria Jurídica desta Pasta no sentido de esclarecer [qual orientação se deve adotar em relação aos] (...) empregados celetistas de Autarquias e Fundações.”

3.2 – A Chefia da Consultoria Jurídica da Secretaria de Gestão Pública, ao final da Cota de fls. 40/44, submete o assunto à Subprocuradoria Geral do Estado – Área de Consultoria “tendo em vista a relevância da matéria, a amplitude de sua repercussão e a necessidade de orientação jurídica clara da Unidade Central de Recursos Humanos do Estado”.

3.3 – Já no âmbito da PGE, o Núcleo de Empresas e Fundações lança a Manifestação de fls. 46 a 54, datada de 26 de setembro de 2008, na qual destaca o seguinte, a propósito da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho:

“O TST editou nova Orientação Jurisprudencial 361, publicada no Diário da Justiça de 20, 21 e 23.05.08:

‘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 o direito à multa de 40% do FGTS sobre a totalidade dos depósitos efetuados no curso do pacto laboral.’

Hoje, a questão está totalmente superada no Tribunal Superior do Trabalho. A jurisprudência é pacífica quanto à inexistência de rompimento de contrato de trabalho com a aposentadoria para qualquer tipo de trabalhador. (...)”

3.4 – Tal manifestação não chegou a ser apreciada pelas Instâncias superiores da PGE.

4 – O expediente referido no cabeçalho como Apenso nº 3 é inaugurado pelo ofício de fls. 01-B, endereçado pelo Presidente da Companhia do Metropolitan de São Paulo ao Secretário de Estado dos Transportes Metropolitanos em 08/03/2007 e assim redigido:

“Conforme Orientação Jurisprudencial – OJ nº 177, do Tribunal Superior do Trabalho, havia entendimento no sentido de que a aposentadoria de empregado não obrigava o empregador a efetuar o pagamento da multa de 40% (...) sobre o saldo existente no Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS, até a data da jubilação.

Todavia, em virtude das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede das (...) ADIn nºs 1770 e 1721 (...), aquela OJ, em recente pronunciamento do TST, restou revogada.

Assim, considerando que a Companhia do METRÔ, até setembro/2006, não vinha efetuando o pagamento do montante equivalente à multa do FGTS, referente ao período entre a admissão e a aposentadoria, aos empregados jubilados, à vista da nova decisão do TST resta em aberto a questão quanto ao posicionamento a ser adotado por esta Companhia.

Destarte, (...) *[solicitamos]* o encaminhamento deste à Procuradoria Geral do Estado, com o fim de ser analisada a questão colocada e emitido Parecer (...).”

4.1 – Em resposta à consulta formulada, a então Subprocuradora-Geral da Área Consultiva se reporta ao Parecer PA nº 064/2007, aprovado pela Chefia da Instituição (cf. fls. 80).

4.2 – O Presidente da Companhia do Metropolitan de São Paulo, no entanto, encaminha novo ofício ao Secretário de Estado dos Transportes Metropolitanos (fls. 136), com o seguinte teor:

“Em razão da divergência de entendimentos entre os pareceres PA-064/2007 e GPG-11/2008, ambos aprovados pelo Excelentíssimo Senhor Procurador-Geral do Estado (...), solicitamos de Vossa Excelência ofício à Procuradoria Geral do Estado para que se manifeste sobre qual dos pareceres se aplica a esta Companhia.”

4.3 – Já na esfera da Procuradoria Geral do Estado, foi produzida em 17/07/2008 pelo Núcleo de Empresas e Fundações a peça opinativa de fls. 140/149, na qual se conclui que “como a aposentadoria não é causa de extinção do vínculo de emprego para empregado da Companhia do Metropolitan – Metrô, o percentual de 40% do FGTS deve incidir sobre todo o período (antes e após a aposentadoria)”.

4.4 – Também esta Manifestação não foi apreciada pelas autoridades superiores da PGE.

5 – O expediente referido no cabeçalho como Apenso nº 4 inicia-se com ofício endereçado em 17/06/2008 pela Presidente da Fundação CASA ao Procurador-Geral do Estado, cujo teor é o seguinte:

“A Fundação CASA, em atendimento à orientação da PGE/SP, iniciou procedimento para o desligamento dos funcionários aposentados. Vários processos já foram concluídos e outros estão em andamento.

Alguns funcionários entraram com Mandado de Segurança e obtiveram a segurança para o fim de ‘determinar a sua reintegração imediata no emprego’.

Adveio, agora, a Orientação Jurisprudencial OJ 361 do TST [*reproduzida no item 3.3*] (...)

Embora aludida orientação apenas consolide entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal e já analisado pela PGE/SP, submeto a questão à apreciação de Vossa Senhoria.”

5.1 – Já na esfera da Procuradoria Geral do Estado, foi proferido o Parecer GPG nº 22/2008², assim ementado:

“EMPREGADO PÚBLICO DA ADMINISTRAÇÃO INDIRETA – APOSENTADORIA ESPONTÂNEA – INEXISTÊNCIA DE EXTINÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO – DESNECESSIDADE DE PRESTAR NOVO CONCURSO PARA PERMANECER NO CARGO, EMPREGO OU FUNÇÃO. A jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho é pacífica no sentido de que a aposentadoria não rompe o vínculo de emprego. Orientação Jurisprudencial 361 do TST. O Supremo Tribunal Federal entende que a aposentadoria não é motivo de extinção do contrato de trabalho. Inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º do artigo 453 da CLT, declarada nas ADINS 1770-4 e 1721-3 – proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa (artigo 7º, I, da Constituição Federal). Inaplicável a súmula 363 do TST. A LC 180/78 não pode restringir direitos trabalhistas de empregados públicos da Administração Indireta. O empregado público aposentado poderá perceber simultaneamente salário e proventos do INSS.”

5.1– O Parecer em causa não chegou, porém, a ser apreciado pela Chefia da Instituição.

6 – Nas páginas finais **do presente expediente e de todos os que estão a ele apensados**, o Sr. Subprocurador-Geral da Área de Consultoria, já no ano de 2012, solicita desta Especializada análise e parecer sobre as questões neles debatidas, tendo em vista, inclusive, que “tanto o Parecer GPG nº 11/2008 quanto as (...) manifestações do Núcleo de Empresas e Fundações da PGE [*não apreciadas pela autoridade superior*] agregam elementos que ensejam nova reflexão acerca das questões jurídicas relacionadas à aposentação do empregado público”.

Relatados, passamos a opinar.

7 – As conclusões do Parecer PA nº 64/2007 (subscrito pelo Dr. LUIZ FRANCISCO TORQUATO AVOLIO e aprovado pelo Procurador-Geral do Estado em

2 Subscrito pelo DR. JOSÉ ROBERTO DE MORAES

02/05/2007) foram assim sintetizadas na manifestação da então Subprocuradora-Geral da Área de Consultoria:

“Diante das decisões proferidas nas ADIns nº 1.721-3 e nº 1.770-4, questiona-se, neste expediente, se permanece em vigor a orientação administrativa de que a aposentadoria do servidor público celetista implica a automática extinção do contrato de trabalho.

Os Pareceres PA nºs 212/2006 e 273/2006, cujas conclusões foram endossadas pela Chefia da Procuradoria Administrativa opinaram pela manutenção da orientação vigente nesta Instituição, considerando que os fundamentos da decisão da ADIn nº 1.770-4, constantes dos votos proferidos pelo Ministro Joaquim Barbosa (relator) e Ministro Marco Aurélio (Voto vencido) ainda não estavam disponíveis.

Com a juntada aos autos de cópia do inteiro teor do acórdão prolatado pela Suprema Corte na ADIn nº 1.770-4, foi exarado o Parecer PA nº 64/2007, cujas razões acolho e ora as sintetizo.

Preliminarmente, é mister salientar que a Procuradoria Geral do Estado, ao defender que a aposentadoria voluntária rompe o vínculo laboral, sendo inviável a sua continuidade para o empregado público sem a realização de concurso, jamais embasou sua tese nos §§ 1º e 2º do artigo 453 da CLT, e as ADIns nºs 1721-3 e 1770-4 cuidaram especificamente da inconstitucionalidade destes parágrafos.

Ao contrário, o *caput* do artigo 453 da CLT c.c. o artigo 37, inciso II da Constituição Federal que fundamentaram a diretriz fixada pela Procuradoria Geral do Estado restaram inabalados. Nesse sentido, na Reclamação nº 3401, o Ministro César Peluso cassou a liminar concedida, valendo-se do julgamento do Agr-Recl nº 3.940 (rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 23/02/2006) ao decidir que ‘a interpretação do *caput* do art. 453 da CLT ou o teor da OJ 177-SDI-I-TST não ofende a autoridade dos acórdãos das ADIns nºs 1770 e 1721. E não ofende porque não tem a decisão reclamada arrimo expresso nos §§ 1º e 2º do art. 453 da CLT, recentemente declarados inconstitucionais. Sendo assim, qualquer discussão sobre o *caput* do art. 453 da CLT e da OJ nº 177-SDI-I-TST transpõe os limites da via processual eleita. É reiterada a jurisprudência – nesse sentido: RCL 4350, rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ de 22/06/2006, RCL 4129, rel. Min. Gilmar Mendes, DJ de 30/05/2006, RCL 2789, rel. Min. Celso de Mello, DJ de 07/04/2006’.

(...) [Ademais] os empregados públicos, regidos pela CLT, são também servidores públicos, sendo a eles aplicáveis as disposições da Lei Complementar nº 180/78 (...) Os artigos 58 (inciso V) e 59 (inciso IV) da LC nº 180/78 determinam que a vacância do cargo ou da função-atividade decorrerá da aposentadoria.”

7.1 – Outrossim, no Parecer PA nº 202/2007 (firmado pela signatária do presente e aprovado pelo Procurador-Geral do Estado em 05/09/2007), respondeu-se à consulta do INSTITUTO DE ASSISTÊNCIA MÉDICA AO SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL – IAMSPE na forma resumida na ementa a seguir transcrita:

“Entendimento pacífico no âmbito da PGE (e.g. Pareceres PA-3 nºs 39/94, 270/94, 235/95, 28/98, 97/99, 248/99, 121/2001) no sentido de que a aposentadoria implica

a ruptura do vínculo jurídico entre o servidor/empregado e a Administração Pública, de modo que a readmissão ou recontração do inativo somente pode ocorrer se for ele aprovado em concurso público – Solicitação de reexame da matéria ante as decisões do STF que julgaram procedentes as ações diretas de inconstitucionalidade nºs 1.721-3 e 1.770-4 – Orientação aprovada (Parecer PA nº 64/2007) no sentido de que o teor de tais decisões judiciais não constitui fundamento suficiente para determinar a alteração do entendimento jurídico perfilhado pela PGE.”

8 – Ao aprovar parcialmente o Parecer PA nº 025/2010³, em 01/11/2010, o então Procurador-Geral do Estado assim se manifestou:

“Há mais de quinze anos foi expedido o Comunicado CRHE-6, de 20.6.1995, orientando as entidades da Administração Pública Estadual a desligarem de seus quadros os empregados públicos que se aposentaram voluntariamente.

.....
(...) Não existindo, até o momento, decisão do Supremo Tribunal Federal que abarque a situação específica dos servidores celetistas da administração direta, das autarquias e das fundações, entendo que não é prudente alterar a orientação vigente em relação a essas entidades, corroborando, nessa parte, o entendimento defendido no Parecer em análise. **Observe, porém, que no âmbito das empresas estatais paulistas prevalece a orientação contida no Parecer GPG 11/2008.**

Neste sentido, **aprovo parcialmente o Parecer PA nº 25/2010**, dando-se ciência deste Parecer à Subprocuradoria Geral do Estado – Área do Contencioso Geral, com proposta de divulgação às unidades.”

9 – Portanto, **no tocante às empresas públicas e sociedades de economia mista**, a questão se encontra pacificada no âmbito da Procuradoria Geral do Estado: a Chefia da Instituição, de forma expressa, **afastou o entendimento até então preconizado por esta Procuradoria Administrativa e aprovou o Parecer GPG nº 11/2008**, no qual se concluiu que **“a aposentadoria de empregado de sociedade de economia mista e empresa pública não é causa de extinção do contrato de trabalho”**.

10 – Todavia, no tocante aos empregados públicos da **Administração Direta, autarquias e fundações públicas**, foram emitidos pelo Núcleo de Empresas e Fundações da PGE os pareceres acima mencionados, não apreciados pela autoridade superior, e que preconizam a alteração do entendimento até aqui adotado pela Instituição.

10.1 – A mais abrangente dessas peças opinativas é o Parecer GPG nº 22/2008, cujos argumentos serão objeto de análise a seguir.

³ Subscrito pela Dra. CÉLIA ALMENDRA RODRIGUES

11 – O Parecer em causa assim introduz a matéria que pretende deslindar:

“A orientação administrativa que vigora na Procuradoria Geral do Estado é no sentido de que a aposentadoria do empregado público de autarquia e fundação pública é causa de extinção automática do contrato de trabalho. A permanência desse empregado dependeria de novo concurso e o contrato seria nulo, nos termos da Súmula 363 do TST. Os pareceres PA 64/2007 e PA 202/07, ambos aprovados pelo Procurador-Geral do Estado, consolidaram esse entendimento.

Contudo, recentemente sobreveio a Orientação Jurisprudencial 361 do Tribunal Superior do Trabalho, publicada no Diário da Justiça de 20, 21 e 23.05.08:

‘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 o direito à multa de 40% do FGTS sobre a totalidade dos depósitos efetuados no curso do pacto laboral.’

.....

Entendemos que os pareceres PA 64/2007 e PA 202/2007 devem ser reavaliados, face à jurisprudência em sentido oposto.

Hoje, a questão está totalmente superada no Tribunal Superior do Trabalho. A jurisprudência é pacífica quanto à inexistência de rompimento de contrato de trabalho com a aposentadoria para qualquer tipo de trabalhador, independente da natureza jurídica (pública ou privada) do empregador (...)”

11.1 – Hodiernamente, a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho é **absolutamente assente** no sentido apontado no Parecer reproduzido. A título **meramente exemplificativo**, colacionamos os seguintes acórdãos – todos recentes – que perfilham tal exegese:

- Recurso de Revista nº TST-RR-53240-12.2007.5.02.0022, em que é Recorrente MAURO ALVES DOS SANTOS e Recorrida **UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO – USP** – Recurso provido, v.u., Quarta Turma, Rel. Min. FERNANDO EIZO ONO, j. 23/05/2012;

- Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n.º TST-AIRR-229700-94.2008.5.02.0060, em que é Agravante **INSTITUTO DE ASSISTÊNCIA MÉDICA AO SERVIDOR PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO – IAMSPE** e Agravado JOSÉ BENEDITO DE MORAES – Agravo improvido, v.u., Quarta Turma, Rel. Min. MARIA DE ASSIS CALSING, j. 20/06/2012;

- Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n.º TST-AIRR-172900-96.2007.5.02.0087, em que é Agravante **FUNDAÇÃO CENTRO DE ATENDIMENTO SOCIOEDUCATIVO AO ADOLESCENTE – FUNDAÇÃO CASA-SP** e Agravada LUZIA DE JESUS FRANCO – Agravo improvido, v.u., Quarta Turma, Rel. Min. MARIA DE ASSIS CALSING, j. 06/06/2012;

- Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº TST-AIRR-52800-09.2009.5.02.0034, em que é Agravante **HOSPITAL DAS CLÍNICAS DA FACULDADE DE MEDICINA DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO** e Agravada AUDEILZA FERNANDES DE SÁ AMORIM – Agravo improvido, v.u., Segunda Turma, Rel. Min. RENATO DE LACERDA PAIVA, j. 30/05/2012;

- Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº TST-AIRR-140000-67.2009.5.15.0042, em que é Agravante **HOSPITAL DAS CLÍNICAS DA FACULDADE DE MEDICINA DE RIBEIRÃO PRETO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO** e Agravada MARIA MAGDA ZACCARO –Agravo improvido, v.u., Quarta Turma, Rel. Min. VIEIRA DE MELLO FILHO, j. 16/05/2012. A seguir será transcrita parte da fundamentação deste último aresto, por abordar a questão discutida sob distintos aspectos jurídicos e por reportar-se a diversos precedentes do TST:

“A partir da decisão do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento das ADI's nºs 1.721-3 e 1.770-4, que declarou a inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º do art. 453 da CLT, a aposentadoria espontânea não é mais causa extintiva da relação de emprego.

Nesse contexto, esta Corte Superior editou a Orientação Jurisprudencial nº 361 da SBDI-1, que dispõe:

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.

Logo, o acórdão recorrido, ao manter a condenação do agravante ao pagamento da indenização de 40% sobre o FGTS, ao fundamento de que a aposentadoria espontânea não é causa de extinção do contrato de trabalho, registrando, ainda, que a reclamante permaneceu prestando serviços após a jubilação, está em consonância com a jurisprudência da Corte (...)

Registre-se, ainda, que não há ofensa ao art. 37, § 2º, da Constituição Federal, ou contrariedade à Súmula nº 363 desta Corte, na medida em que a prestação dos serviços após a jubilação, seja por empregado da Administração Pública Indireta, seja por servidor público celetista, não está condicionada à prévia aprovação em concurso público.

Nesse sentido, os precedentes:

APOSENTADORIA ESPONTÂNEA. CONTINUIDADE NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - CONCURSO PÚBLICO - DESNECESSIDADE. A partir da decisão do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento das ADIN's nºs 1.721-3 e 1.770-4, que declarou a inconstitucionalidade dos §§ 2º e 3º do art. 453 da CLT, a aposen-

tadoria espontânea não é mais causa extintiva da relação de emprego (Orientação Jurisprudencial nº 361 da SBDI-1 desta Corte). A continuidade na prestação dos serviços após a jubilação não está condicionada à prévia aprovação em concurso público, não tendo, por esse motivo, pertinência a alegação de nulidade do período posterior à aposentadoria. Agravo de instrumento e recurso de revista providos. (RR - 3141-02.2010.5.02.0000, Relator: Ministro Milton de Moura França. Data de Julgamento: 11/05/2011, 4ª Turma. Data de Publicação: 20/05/2011)

RECURSO DE EMBARGOS.

APOSENTADORIA ESPONTÂNEA. AUSÊNCIA DE EXTINÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. CONTINUIDADE DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ADIN NºS 1721-3 E 1770-4. O Excelso Supremo Tribunal Federal, julgando a Adin nº 1721-3 e a Adin nº 1770-4, firmou posicionamento no sentido de que o contrato de trabalho permanece íntegro mesmo com a aposentadoria espontânea do trabalhador. Assim, não havendo a ruptura contratual pela jubilação do empregado, tem-se, na verdade, um único contrato de trabalho, não se configurando a nulidade do período posterior à aposentadoria espontânea, por ausência do concurso público de que trata o inciso II do artigo 37 da Carta Magna e a Súmula nº 363 do c. TST, que somente é exigido quando do ingresso do servidor nos quadros da Administração Pública Direta ou Indireta. Embargos conhecidos e providos. (Ac. SDI-1, E-ED-RR-636564/2000, Rel. Ministro Aloysio Corrêa da Veiga, DEJT - 26/06/2009)

EMBARGOS - CONTRATO NULO - AUSÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO APÓS A APOSENTADORIA ESPONTÂNEA - EFEITOS. 1. Em face do cancelamento da Orientação Jurisprudencial nº 177 da SBDI-1 pelo C. Tribunal Pleno, na sessão do dia 25 de outubro de 2006, esta C. Subseção, harmonizando-se com a jurisprudência do Excelso Supremo Tribunal Federal, passou a consagrar a tese de que a aposentadoria espontânea não extingue o contrato de trabalho (Orientação Jurisprudencial nº 361 da SBDI-1). 2. Nesse contexto, não há falar em nulidade do segundo vínculo laboral, por ausência de concurso público, visto que fundada na equivocada premissa de que a aposentadoria espontânea do Autor extinguiu a relação de emprego. Embargos conhecidos e providos. (Ac. SDI-1, E-ED-RR- 120428/2004-900-04-00, Rel. Maria Cristina Peduzzi, DEJT - 22/05/2009)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. APOSENTADORIA ESPONTÂNEA. CONTINUIDADE NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. CONTRATO NULO. DESNECESSIDADE DE PRÉVIA APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO. ACUMULAÇÃO DE EMPREGOS PÚBLICOS. O STF, por ocasião do julgamento das ADINs 1.721/DF e 1.770/DF, declarou a inconstitucionalidade dos §§ 1.º e 2.º do art. 453 da CLT, concluindo que a aposentadoria espontânea não extingue o contrato de trabalho. Não havendo a extinção do contrato de trabalho pelo advento da aposentadoria espontânea, não há de se cogitar a nulidade do contrato de trabalho firmado após a jubilação sem a prévia aprovação em concurso público. Assim sendo, não há de se falar em afronta aos arts. 37, *caput*, II, XVI e XVII, da

Constituição Federal, e 453, *caput* e § 1.º, CLT ou divergência jurisprudencial. Agravo de Instrumento não provido. (Ac. 4ª Turma, AIRR - 102840-2008.5.06, Rel. Ministra Maria de Assis Calsing, DEJT - 16/04/2010)

RECURSO DE REVISTA. APOSENTADORIA ESPONTÂNEA. EMPREGADA DE AUTARQUIA PÚBLICA MUNICIPAL. INTERPRETAÇÃO ADOTADA PELO EXCELSO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CONTINUIDADE DA PRESTAÇÃO LABORATIVA APÓS O JUBILAMENTO. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DO CONTRATO. APLICAÇÃO DA OJ-361-SBDI-1-TST. REINTEGRAÇÃO . A aposentadoria espontânea não é causa de extinção do contrato de trabalho se o empregado permanece prestando serviços ao empregador após a jubilação. (...). Assim, partindo do pressuposto de que a contratação é una, e não houve solução de continuidade na prestação laboral, não há como se exigir aprovação em concurso público para que o reclamante continue a trabalhar para o mesmo empregador (art. 37, II, da Constituição Federal). Tampouco se cogita da nulidade dessa contratação (Súmula 363/TST). Precedente da SBDI-1 . Recurso de revista não conhecido. (Ac. 6ª Turma, RR -1544/2001-065-02-00, Min. HORÁCIO SENNA PIRES, DEJT -14/08/2009).

Já o artigo 37, § 10 da Constituição Federal, apenas veda a percepção simultânea de aposentadoria decorrente dos artigos 40 (servidores titulares de cargo efetivo) ou 42 (membros das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares) e 142 (membros das Forças Armadas), que são submetidos ao regime próprio de previdência, não alcançando os empregados públicos celetistas aposentados pelo Regime Geral da Previdência.

Finalmente, a matéria de que trata o art. 37, XVI e XVII, da CF/88, não tem pertinência com a lide, na medida em que trata da vedação de acumulação remunerada de cargos, empregos e funções públicas, e não de cumulação de proventos de aposentadoria com remuneração.

Nesse sentido precedentes desta Corte:

APOSENTADORIA ESPONTÂNEA. EFEITOS. CUMULAÇÃO DE PROVENTOS DO REGIME GERAL COM REMUNERAÇÃO DE EMPREGO PÚBLICO.

POSSIBILIDADE. Nos termos da Orientação Jurisprudencial nº 361 da SBDI-1 da Corte, a aposentadoria espontânea não é causa da 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. Por outro lado, é entendimento absolutamente pacífico neste Tribunal Superior do Trabalho que o artigo 37, em seus incisos XVI e XVII, da Constituição Federal, não veda a acumulação de salários com proventos de aposentadoria, mas apenas a acumulação remunerada de cargos, empregos e funções públicas, referindo-se aos vencimentos e salários dos servidores públicos em atividade. Acrescenta-se que os arts. 37, § 10, 40, 42 e 142 da Constituição Federal, ao vedarem a acumulação de proventos de aposentadoria com a remuneração de cargo, emprego ou função pública, têm como premissa que a remuneração respectiva se origina da mesma

fonte pagadora, não alcançando, assim, as situações em que o custeio dos proventos de aposentadoria é feito pelo regime geral da Previdência Social. Recurso de revista conhecido e provido. (RR - 131400-62.2008.5.02.0492, Relator: Ministro José Roberto Freire Pimenta. Data de Julgamento: 26/10/2011, 2ª Turma. Data de Publicação: 04/11/2011)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. APOSENTADORIA ESPONTÂNEA. EFEITOS. CUMULAÇÃO DE PROVENTOS COM REMUNERAÇÃO DE EMPREGO PÚBLICO. De acordo com jurisprudência reiterada desta Corte, a aposentadoria espontânea não é causa de extinção do contrato de trabalho (Orientação Jurisprudencial nº 361 da SBDI-1/TST). Incidência do artigo 896, § 4º, da CLT e da Súmula nº 333/TST. Por sua vez, incólume o art. 37, XVI e XVII, da CF/88, que veda a acumulação remunerada de cargos, empregos e funções públicas. Não tratam de acumulação de proventos de aposentadoria e remuneração. Agravo de instrumento conhecido e não provido. (AIRR- 148900-96.2009.5.09.0659, Relator: Ministra Dora Maria da Costa, 8ª Turma, DEJT 11/03/2011).

COMPANHIA DE SANEAMENTO DO PARANÁ (SANEPAR) - IMPOSSIBILIDADE DE ACUMULAÇÃO DE PROVENTOS DE APOSENTADORIA COM SALÁRIOS - AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DIRETA DO ART. 37, XVI E XVII, DA CF 1. O art. 37, XVI e XVII, da CF, trata de acumulação remunerada de cargos, empregos e funções públicas, fazendo clara referência aos funcionários em atividade. O § 10 do aludido dispositivo constitucional veda a percepção simultânea de remuneração de cargo, emprego e função pública com proventos de aposentadoria decorrentes, exclusivamente, dos arts. 40, 42 e 142 da CF 2. A Reclamada sustenta que, não obstante o atual entendimento de que a aposentadoria espontânea não extingue o contrato de trabalho, permanece a impossibilidade constitucional de acúmulo de proventos de aposentadoria e vencimentos, pois o Reclamante continuou a perceber salários juntamente com os proventos de aposentadoria. 3. A decisão regional não afrontou o art. 37, XVI e XVII, da CF, na medida em que não se trata da mesma hipótese dos autos, tendo em vista que o Reclamante passou a receber proventos decorrentes de aposentadoria, e o dispositivo constitucional em questão trata de vedação ao acúmulo de cargo, função e emprego público, e não da percepção simultânea de proventos de aposentadoria com remuneração de emprego público. Agravo de instrumento desprovido. (TST-AIRR-2146540-72.2006.5.09.0009, 7ª. Turma. Relator: Ministro Ives Gandra Martins Filho, DEJT 26.6.2009)

- (...). ACUMULAÇÃO DE CARGOS PÚBLICOS - Não se trata, no caso, de acumulação de cargos públicos, empregos e funções, mas da possibilidade de acumular proventos decorrentes de benefício da aposentadoria com o vencimento de cargo ou emprego público. Ausência de violação dos incisos XVI e XVII do art. 37 da Constituição Federal. Recurso não conhecido. (TST-RR-565/2001-001-16-00.5, 3ª Turma. Relator: Ministro Carlos Alberto Reis de Paula, DJ 4.5.2007)”

12 – Destaca o subscritor do Parecer GPG 22/2008 que, até a data da emissão daquele parecer (19/06/2008), o Supremo Tribunal Federal ainda não havia proferido

“julgamento de mérito acerca do tema quando a empregadora assume a condição de pessoa jurídica de direito público da Administração Indireta”.

12.1 – Em pesquisas, encontramos apenas dois acórdãos⁴ que se enquadram nos parâmetros estabelecidos no parágrafo precedente, **ambos da Primeira Turma**, a saber:

a) EMB. DECL. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO nº 756.861 - Rel. Min. CARMEN LÚCIA – Embargante: **DEPARTAMENTO DE ÁGUAS E ENERGIA ELÉTRICA - DAEE-j**. 01/02/2011 - A Turma decidiu, por maioria de votos, em converter os embargos de declaração em agravo regimental e, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental no agravo de instrumento.

Do relatório e voto proferido pela I. Ministra no aresto em pauta, constou:

“Alega o Embargante que ‘a v. decisão recorrida se furtou em examinar questão fundamental ao deslinde da controvérsia, pois existe decisão do Supremo Tribunal Federal indicando que o decidido na ADI 1.721 e 1.770 não se aplica a empregado público de autarquias, como é o caso da recorrente (Reclamação 5.215, Rel. Ministro Carlos Britto, DJ 01/08/2007)’

Requer que, ‘em virtude dos aspectos supraexplicitados, (...) seja sanada a omissão da v. decisão embargada de modo a ser apreciada a natureza jurídica da autarquia empregadora, assim como os reflexos decorrentes da vedação constante do artigo 37, incisos XVI, XVII e parágrafo 10 da CF/88’

.....
Razão jurídica não assiste ao Agravante.”

Como ressaltado na decisão agravada, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal pacificou-se no sentido de que a aposentadoria espontânea somente dá causa à extinção do contrato de trabalho se ocorrer o encerramento da relação empregatícia. Ao contrário, a dizer, havendo continuidade de trabalho, não há que se falar em extinção do contrato.

Nesse sentido, os seguintes julgados:

‘EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRABALHISTA. APOSENTADORIA ESPONTÂNEA. NÃO EXTINÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO (AI 533.610-AgrR, de minha relatoria, Primeira Turma, DJ 24.8.2007).

‘EMENTA: RECURSO. Extraordinário. Admissibilidade. Aposentadoria espontânea. Contrato de trabalho. Não extinção. Jurisprudência assentada. Ausência de razões novas. Decisão mantida. Agravo Regimental improvido. Nega-se provimento a agravo regimental tendente a impugnar, sem razões novas, decisão fundada em

⁴ Não consideramos decisões monocráticas.

jurisprudência assente na Corte” (AI 590.009-AgR, Rel. Min. C ezar Peluso, Segunda (Turma, DJ 2.3.2007).’

Ficou decidido no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n  1.721, Relator o Ministro Ayres Britto, Plenário, DJe 29.6.2007, que o exercício regular de um direito (na espécie vertente, a aposentadoria espontânea) não pode ocasionar efeitos mais drásticos do que aqueles que resultariam do cometimento de uma falta grave pelo empregado. No seu voto, o Relator asseverou que ‘não há fundamentação jurídica para deduzir que a concessão da aposentadoria voluntária ao trabalhador deva extinguir, instantânea e automaticamente, a relação empregatícia’.

Os argumentos do Agravante, insuficientes para modificar a decisão agravada, demonstram apenas inconformismo e resistência em pôr termo a processos que se arrastam em detrimento da eficiente prestação jurisdicional.”

b) AG. REG. no RECURSO EXTRAORDINÁRIO n  487.734 – Rel. Min. C R-MEN LÚCIA – Agravante **INSTITUTO DE ASSISTÊNCIA MÉDICA AO SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL – IAMSPE** – j. 13/10/2009 – Negado provimento ao agravo regimental, v.u.. Do julgado em tela, destacamos:

“Alega o Agravante que (...) ‘não   possível inferir da decisão exarada desta E. Corte na ADI 1.770 que a manuten a, nos quadros da administração, de funcionário aposentado voluntariamente, percebendo proventos e vencimentos, sem prestar concurso, seja regular, seja   vista do disposto no *caput* do artigo 37 da CF, seja   vista do disposto em seu inciso II’

.....
Razão jurídica não assiste ao Agravante.
.....

Como assentado na decisão agravada, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal pacificou-se no sentido de que a aposentadoria espontânea somente d  causa   extinção do contrato de trabalho se ocorrer o encerramento da relação empregatícia. Ao contrário, a dizer, havendo continuidade de trabalho, não há que se falar em extinção do contrato.
.....

Ademais, não há que se falar em nulidade do contrato de trabalho posterior à aposentadoria por ausência de concurso público, pois não ocorreu ruptura da relação de trabalho inicial. Nesse sentido: RE 449.420, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, DJ 14.10.2005.”

13 – No Parecer GPG 22/2008 consignou-se, ainda:

“Pelas pesquisas realizadas, encontramos a Reclamação 5215, rel. Ministro CARLOS BRITTO, decisão publicada no DJ de 01.08.2007, que faz a distinção de empregados públicos de autarquias e empresas estatais:

“(...) o pedido da reclamante também deve ser tido por manifestamente incabível. E isto pode ser constatado pelo esclarecimento do conteúdo das decisões deste Supremo Tribunal Federal nas ADI's 1.721 e 1.770. Nesta, a Corte declarou a inconstitucionalidade do § 1º do art. 453 da CLT, o qual trata tão somente da readmissão do empregado público que se aposentar. Já na ADI 1.721, este Supremo Tribunal deferiu medida cautelar para suspender a eficácia do § 2º do artigo 453 da CLT, que impõe a extinção do vínculo empregatício de quem se aposenta proporcionalmente. Ora bem, a situação jurídica dos representados pela reclamante é bem diversa da tratada pelos dispositivos legais objeto das ADI's 1.721 e 1.770. Primeiro porque a reclamante não se desincumbiu do ônus de comprovar que os representados foram aposentados por tempo de contribuição proporcional e, segundo, porque eles - os representados - ocupavam empregos públicos em pessoas administrativas (autarquia) e não em empresas estatais, como referido pelo § 1º do artigo 453 da Consolidação das Leis do Trabalho. Nessa ampla moldura, nego seguimento à reclamação, restando prejudicado o pedido de medida liminar.’

Na Reclamação 3648, rel. Ministra CÁRMEN LÚCIA, ao apreciar o pedido formulado por Elaine Skorzenski Gonçalves dos Santos, contra ato administrativo do Centro Estadual de Educação Tecnológica Paula Souza, autarquia estadual. A decisão parece também fazer distinção de empregados públicos de autarquias e sociedades de economia mista (e empresas públicas):

‘No caso dos autos, a decisão reclamada não aplicou o § 1º do artigo 453 da Consolidação das Leis do Trabalho, pois a reclamante não é empregada de sociedade de economia mista ou empresa pública. Não haveria, assim, descumprimento do que decidido na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.770.’

Contudo, nas duas decisões monocráticas não está declarada expressamente a ocorrência de rompimento do vínculo laboral com a aposentadoria espontânea no caso de autarquias ou fundações públicas. É importante ressaltar que as decisões não enfrentam o *meritum causae*, mas apenas analisam a suposta violação ao acórdão proferido na ADIN 1.770.”

13.1 - Embora inicialmente tivéssemos divisado nas decisões mencionadas⁵ um indício de que a jurisprudência da Suprema Corte poderia vir a ser modificada, tal suposição não se mostrou exata.

13.2 - Com efeito, tais decisões efetivamente “não enfrentam o *meritum causae*”. Diversamente, fundam-se no entendimento, hoje pacificado no âmbito do Pretório Excelso no sentido de que a **eficácia vinculante** das decisões proferidas em ações de controle abstrato de constitucionalidade abrange **apenas a parte dispositiva** do julgado, **não abrangendo os seus motivos determinantes**.

⁵ Hoje há inúmeras decisões no mesmo sentido, no âmbito do STF.

A propósito do tema, no acórdão em que o Plenário do STF, por votação unânime, negou provimento ao AG. REG. na RECLAMAÇÃO 2.990-5 (rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, j. 16/08/2007), a exegese prevalente foi assim explicitada:

“EMENTA: I. Reclamação. Ausência de pertinência temática entre o caso e o objeto da decisão paradigma. Seguimento negado.

II. Agravo regimental. Desprovimento. Em recente julgamento, o Plenário do Supremo Tribunal Federal rejeitou a tese da eficácia vinculante dos motivos determinantes das decisões de ações de controle abstrato de constitucionalidade (RCL 2475-AgRJ. 2.8.07).

.....

Neguei seguimento à reclamação ante a ausência de pertinência entre o caso e o objeto da ação direta paradigma.

Insiste-se, no agravo regimental, no cabimento da via eleita.

.....

No mérito, mantêm-se válidos os fundamentos da decisão agravada, que transcrevo:

A ADIn 1.797-PE impugnou a Decisão Administrativa do Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região (Recife-PE), proferida em Sessão de 15 de janeiro de 1998.

A sentença reclamada é do Juízo de Direito do Poder Judiciário do Estado do Rio Grande do Norte que, apesar da semelhança da matéria, conversão do valor dos vencimentos dos servidores públicos de cruzeiro real para URV, não guarda identidade com o ato normativo impugnado na ADIn 1.797. O que, é certo, não inviabiliza o reexame da sentença reclamada pela via do controle difuso de constitucionalidade, mas, por outro lado, impede o conhecimento do caso concreto pela via estreita da Reclamação: a reclamação não substitui recursos previstos no Código Processo Civil, nem se pode presumir que, se interposto o recurso cabível, o juízo de primeiro grau insistirá na orientação adotada (v.g., Recl. 2741, Pertence, DJ 18.08.2004).’

Em recente julgamento (2.8.07), na Rcl. 2475, o Plenário rejeitou a tese da eficácia vinculante dos motivos determinantes das decisões de ações de controle abstrato de constitucionalidade.”

14 - Consignou-se ainda no Parecer GPG 22/2008 que “as Ações Diretas de Inconstitucionalidade 1.770-4 e 1.721-3 reforçam o entendimento de que a aposentadoria não rompe o vínculo de emprego”.

14.1 - No julgamento da ADIn nº 1.770-4 (rel. Min. JOAQUIM BARBOSA), o Plenário do STF, em 11/10/2006, por maioria de votos, julgou inconstitucional o § 1º do artigo 453 da CLT, na redação dada pelo artigo 3º da Lei nº 9.528, de 10/12/1997. É o seguinte o teor do dispositivo cuja inconstitucionalidade foi declarada:

“Art. 453 -

§ 1º - Na aposentadoria espontânea de empregados das empresas públicas e sociedades de economia mista é permitida a sua readmissão desde que atendidos os requisitos cons-

tantes do art. 37, inciso XVI, da Constituição, e condicionada à prestação de concurso público.”

14.1.1 - O acórdão em questão foi assim ementado:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. READMISSÃO DE EMPREGADOS DE EMPRESAS PÚBLICAS E SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA. ACUMULAÇÃO DE PROVENTOS E VENCIMENTOS. EXTINÇÃO DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO POR APOSENTADORIA ESPONTÂNEA. (...) INCONSTITUCIONALIDADE.

.....
É inconstitucional o § 1º do art. 453 da CLT, com a redação dada pela Lei 9.528/1997, quer porque permite, como regra, a acumulação de proventos e vencimentos vedada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, quer porque se funda na ideia de que a aposentadoria espontânea rompe o vínculo empregatício. Ação conhecida quanto ao § 1º do art. 453 da Consolidação das Leis do Trabalho, na redação dada pelo 3º da mesma Lei 9.528/1997, para declarar sua inconstitucionalidade.”

14.2 - De sua parte, a ADIn 1.721 foi julgada procedente pelo Plenário do STF, por maioria de votos, em 11/10/2006 (rel. Min. CARLOS BRITTO).

O dispositivo objeto da ação, desta feita, foi o § 2º do artigo 453 da CLT, introduzido pelo artigo 3º da Lei nº 9.528, de 10/12/1997 e assim redigido:

“Art. 453 -.....

§ 2º - O ato de concessão de benefício de aposentadoria a empregado que não tiver completado 35 anos de serviço, se homem, ou trinta, se mulher, importa em extinção do vínculo empregatício.”

14.2.1 - O acórdão respectivo está assim ementado:

“**EMENTA:** AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 3º DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.596-14/97, CONVERTIDA NA LEI Nº 9.528/97, QUE ADICIONOU AO ARTIGO 453 DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO UM SEGUNDO PARÁGRAFO PARA EXTINGUIR O VÍNCULO EMPREGATÍCIO QUANDO DA CONCESSÃO DA APOSENTADORIA ESPONTÂNEA. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO.

1. A conversão da medida provisória em lei prejudica o debate jurisdicional acerca da “relevância e urgência” dessa espécie de ato normativo.

2. Os valores sociais do trabalho constituem: a) fundamento da República Federativa do Brasil (inciso IV do artigo 1º da CF); b) alicerce da Ordem Econômica, que tem por finalidade assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, e, por um dos seus princípios, a busca do pleno emprego (artigo 170, *caput* e inciso VIII); c) base de toda a Ordem Social (artigo 193). Esse arcabouço principiológico, densificado em regras como a do inciso I do artigo 7º da Magna Carta e a do artigo 10 do ADCT, desvela um mandamento constitucional que perpassa toda relação de emprego, no sentido de sua desejada continuidade.

3. A Constituição Federal versa a aposentadoria como um benefício que se dá mediante o exercício regular de um direito. E o certo é que o regular exercício de um direito não é de colocar o seu titular numa situação jurídico-passiva de efeitos ainda mais drásticos do que aqueles que resultariam do cometimento de uma falta grave (sabido que, nesse caso, a ruptura do vínculo empregatício não opera automaticamente) .

4. O direito à aposentadoria previdenciária, uma vez objetivamente constituído, se dá no âmago de uma relação jurídica entre o segurado do Sistema Geral de previdência e o Instituto Nacional de Seguro Social. Às expensas, portanto, de um sistema atuarial-financeiro que é gerido por esse Instituto mesmo, e não às custas desse ou daquele empregador.

5. O Ordenamento Constitucional não autoriza o legislador ordinário a criar modalidade de rompimento automático do vínculo de emprego, em desfavor do trabalhador, na situação em que este apenas exercita o seu direito de aposentadoria espontânea, sem cometer deslize algum.

6. A mera concessão da aposentadoria voluntária ao trabalhador não tem por efeito extinguir, instantânea e automaticamente, o seu vínculo de emprego.

7. Inconstitucionalidade do § 2º do artigo 453 da Consolidação das Leis do Trabalho, introduzido pela Lei nº 9.528/97.”

15 - Após o julgamento das duas referidas ações diretas declaratórias de inconstitucionalidade, a jurisprudência do STF se tornou **pacífica e reiterada** no sentido de que a aposentadoria espontânea do empregado não tem por efeito a rescisão do contrato de trabalho.

Como **mero exemplo** de tal diretriz jurisprudencial, trazemos à colação os seguintes arestos:

- RECURSO EXTRAORDINÁRIO 463.629-8 - Rel. Min. ELLEN GRACIE - Segunda Turma - provido o recurso, v.u. - j. 14/11/2006:

“**EMENTA:** RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MATÉRIA TRABALHISTA. ART. 453 DA CLT. EXTINÇÃO DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO PELA APOSENTADORIA VOLUNTÁRIA. IMPOSSIBILIDADE.

1. A interpretação conferida pelo Tribunal Superior do Trabalho ao art. 453 da CLT, segundo a qual a aposentadoria espontânea do empregado importa na ruptura do contrato de trabalho (Orientação Jurisprudencial nº 177 da SDI-1), viola o postulado constitucional que veda a despedida arbitrária, consagrado no art. 7º, I, da Constituição Federal.

2. Precedentes: ADI 1.721-MC, ADI 1.770-MC e RE 449.420.

3. Recurso extraordinário conhecido e provido.”

- AG. REG. no RECURSO EXTRAORDINÁRIO 605.501 - Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI - Primeira Turma - negado provimento ao agravo, v.u. - j. 02/12/2010:

“EMENTA:.....

IV - Esta Corte firmou o entendimento no sentido de que a aposentadoria espontânea não extingue o contrato de trabalho quando o empregado continua trabalhando na empresa após a concessão do benefício previdenciário. Interpretação diversa viola a garantia constitucional contra a despedida arbitrária. Precedentes.

(...)"

- AG. REG. no AGRAVO DE INSTRUMENTO 590.009 - Rel. Min. CÉZAR PELUSO - Segunda Turma - negado provimento ao agravo, v.u.-j. 06/02/2007:

"EMENTA: RECURSO Extraordinário. Admissibilidade. Aposentadoria espontânea. Contrato de trabalho. Não extinção. Jurisprudência assentada. ausência de razões novas. Decisão mantida. Agravo Regimental improvido. Nega-se provimento a agravo regimental tendente a impugnar, sem razões novas, decisão fundada em jurisprudência assente na Corte."

- RECURSO EXTRAORDINÁRIO 449.420 - Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE - Primeira Turma - provido o recurso, maioria - j. 16/08/2005:

"EMENTA: Previdência social: aposentadoria espontânea não implica, por si só, extinção do contrato de trabalho.

1. Despedida arbitrária ou sem justa causa (CF, art. 7º, I): viola a garantia constitucional o acórdão que, partindo de premissa derivada de interpretação conferida ao art. 453, *caput*, da CLT (redação alterada pela L. 6.204/75), decide que a aposentadoria espontânea extingue o contrato de trabalho, mesmo quando o empregado continua a trabalhar na empresa após a concessão do benefício previdenciário.

2. A aposentadoria espontânea pode ou não ser acompanhada do afastamento do empregado de seu trabalho: só há readmissão quando o trabalhador aposentado tiver encerrado a relação de trabalho e posteriormente iniciado outra; caso haja continuidade do trabalho, mesmo após a aposentadoria espontânea, não se pode falar em extinção do contrato de trabalho e, portanto, em readmissão.

3. Precedentes (ADIn 1.721-MC, Ilmar Galvão, RTJ 186/3; ADIn 1.770, Moreira Alves, RTJ 168/128)."

- Emb. Decl. no RECURSO EXTRAORDINÁRIO 497.370 - Rel. Min. CELSO DE MELLO - Segunda Turma - emb. decl. conhecidos como agravo e improvido este - v.u. - j. 13/11/2007:

"EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO RECURSO DE AGRAVO - APOSENTADORIA ESPONTÂNEA - EXTINÇÃO DO CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABALHO - CONSEQUÊNCIA QUE NÃO RESULTA, NECESSARIAMENTE, DA OUTORGA DO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO EM QUESTÃO - MAGISTÉRIO JURISPRUDENCIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - REMESSA DOS AUTOS AO E. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, PARA EFEITO DE CONCLUSÃO DO JULGAMENTO - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.

A aposentadoria espontânea, por si só, não causa, necessariamente, a extinção do contrato individual de trabalho, pois, havendo continuidade em sua execução, inexistente ruptura do vínculo laboral, tornando-se impróprio, desse modo, falar-se em readmissão, apenas suscetível de reconhecimento, se o trabalhador aposentado houver encerrado, em caráter definitivo, a precedente relação de trabalho e iniciado outra, na empresa, em momento posterior ao da concessão do benefício previdenciário em referência. Precedentes.

Afastada a premissa de ocorrência, no caso, de extinção do contrato individual de trabalho, cabe, à Justiça do Trabalho (TST), concluir o julgamento da causa, sob pena de indevida supressão de instância. Precedentes.”

16 - A propósito do artigo 59 da Lei Complementar nº 180, de 12 de maio de 1978, que, em seu inciso IV, elenca a **aposentadoria** dentre as causas de **vacância** das funções-atividades, sustenta o Parecer GPG 22/2008 que:

“(…) a LC 180/78 não pode restringir direitos trabalhistas dos empregados públicos da Administração Pública Indireta. O próprio Supremo Tribunal Federal tem o entendimento de que a extinção do contrato de trabalho pela aposentadoria espontânea constitui restrição ao direito do trabalhador, previsão que somente poderia ser inserida no ordenamento jurídico por lei complementar federal (artigo 7º, I, da CF). (...) Os direitos trabalhistas previstos na Constituição Federal e na Consolidação das Leis de Trabalho não podem ser restringidos por legislação estadual.

Maria Sylvia Zanella di Pietro entende que os empregados públicos dos Estados e Municípios não podem sofrer restrições em matéria de Direito do Trabalho por lei estadual:

“Os da segunda categoria (empregados públicos, contratados sob o regime da legislação trabalhista e ocupantes de emprego público) são contratados sob regime da legislação trabalhista, que é aplicável com as alterações decorrentes da Constituição Federal, não podem Estados e Municípios derrogar outras normas da legislação trabalhista, já que não têm competência para legislar sobre Direito do Trabalho, reservada privativamente à União (art. 22, I, da Constituição). Embora sujeitos à CLT, submetem-se a todas as normas constitucionais referentes a requisitos para investidura, acumulação de cargos, vencimentos, entre outras previstas no Capítulo VII, do Título III, da Constituição’. (“Direito Administrativo”, Editora Atlas, 2006, 19º, Edição, pg. 502).”

16.1 - Endossamos inteiramente tais conclusões, inclusive por estarem em conformidade com entendimento há muito perfilhado no âmbito da PGE (Parecer PA-3 nº 348/94).

17 - Por fim, consigna-se no Parecer GPG nº 22/2008:

“(…) resta enfrentar a questão acerca da cumulação de salário do empregado público da ativa com proventos de aposentadoria.

É preciso distinguir se os proventos de aposentadoria são decorrentes de vínculo estatutário ou de vínculo celetista.

O artigo 37, XVI, XVII e parágrafo 10 da Constituição Federal estabelecem:

.....
Parágrafo 10 - É vedada a percepção simultânea de proventos de aposentadoria decorrentes do artigo 40 ou dos artigos 42 e 142 com a remuneração de cargo, emprego ou função pública, ressalvados os cargos acumuláveis na forma desta Constituição, os cargos eletivos e os cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração.

O artigo 37, parágrafo 10, da Constituição Federal proíbe a cumulação de proventos de aposentadoria decorrentes do artigo 40 (servidores públicos), 42 (militares dos Estados) e 142 (militares das Forças Armadas) com cargo, emprego ou função pública.

Portanto, o empregado público em atividade, de autarquia, fundação, empresa pública e sociedade de economia mista, não poderá acumular seu salário da ativa com proventos de aposentadoria decorrentes de vínculo estatutário (...), exceto quando os cargos forem acumuláveis na forma da Constituição (inciso XVI), os cargos eletivos e os cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração.

.....
Quando os proventos de aposentadoria forem decorrentes de vínculo celetista, o empregado público poderá acumular com o salário da ativa. O artigo 37, parágrafo 10 faz apenas alusão aos artigos 40, 42 e 142. Não menciona os artigos 201 e 202 da Constituição Federal. Se não incluiu, excluiu. Nada obsta que, ao se aposentar espontaneamente, receba cumulativamente o salário da ativa e os proventos de aposentadoria do INSS. (...)”

17.1 - Embora concordemos com tal exegese, que, de resto, vem sendo há anos sufragada no âmbito da PGE, o fato é que **não localizamos qualquer acórdão em que o Supremo Tribunal Federal haja proferido decisão a propósito do assunto.**

17.2 - Existem, é certo, decisões monocráticas em ambos os sentidos. A **título meramente exemplificativo**, mencionamos, no sentido da **proibição da percepção cumulativa** de aposentadoria paga pelo INSS e salário decorrente de emprego público, o AI 700.804, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, j. 27/11/2009, publ. 16/12/2009.

17.3 - Em sentido coincidente com o entendimento da PGE,- ou seja, da **inexistência de tal vedação**- destacamos o RE 387269, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, j. 04/11/2004, publ. 17/12/2004, no qual se consignou:

“.....

(...) Como consta em bom vernáculo no texto constitucional, ‘é vedada a percepção simultânea de proventos de aposentadoria decorrentes do art. 40 ou dos arts. 42 e 142 com a remuneração de cargo, emprego ou função pública, ressalvados os cargos acumuláveis na forma desta Constituição, os cargos eletivos e os cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração’. Vale dizer que (...) a glosa diz respeito à acumulação de proventos decorrentes da aposentadoria como servidor público, considerado o regime

específico e remuneração do novo cargo. A recorrida aposentou-se pelo regime geral de previdência social, não havendo, assim, a impossibilidade de assumir novo cargo. Pouco importa que haja sido servidora do Município. À luz do texto constitucional, cumpre perquirir a fonte dos proventos, que iniludivelmente, não está nos cofres públicos.”

17.4 - De qualquer sorte, parece-nos difícil sustentar a tese da inacumulabilidade de aposentadoria paga pelo INSS e salário decorrente de emprego público, tendo em vista especialmente que tal exegese não se coaduna com a letra do dispositivo constitucional sob comento, conforme bem demonstrado na decisão monocrática reproduzida.

18 - Diante de todo o exposto, consideramos que: (i) a jurisprudência dos tribunais superiores encontra-se pacificada em sentido contrário à tese que vem sendo sustentada pelo Estado; (ii) não vislumbramos fundamentos para tentar reverter a tendência jurisprudencial consolidada.

19 - Assim sendo, temos a propor a modificação da exegese agasalhada até o momento pela Procuradoria Geral do Estado, passando-se a entender que a aposentadoria espontânea do empregado não implica extinção automática do contrato de trabalho, ainda que se trate de empregado público da Administração centralizada, de autarquia ou fundação pública.

19.1 - Se acolhida tal proposta, deverá ser alterado o Comunicado CRHE nº 6, de 20, publicado em 21/06/95, reproduzido no item 3.1.

20 - De qualquer sorte, tendo em vista a natureza da matéria aqui tratada, consideramos indispensável a manifestação da Área do Contencioso Geral previamente à submissão do assunto ao Procurador-Geral do Estado.

É o parecer, à elevada consideração superior.

São Paulo, 29 de junho de 2012.

PATRÍCIA ESTER FRYSZMAN
Procuradora do Estado - Nível IV
OAB/SP nº 71.361

PROCESSO: IAMSPE nº 15403/2008 (GDOC nº 18488-61327/2009)
Ofício SPPREV nº 48/2008 (GDOC nº 18487- 765826/2008)
GDOC nº 18488-422747/2008
Of. P-120/2007 (GDOC nº 18488-249702/2007)
Of. Fundação Casa GP 550/2008 (GDOC 18487-447280/2008)
INTERESSADO: VÍVIAN HOSSNE DE GODOY
PARECER: PA nº 42/2012

De acordo *em parte* com o Parecer PA nº 42/2012. Discute-se nos processos referenciados se deve ser alterada a orientação da Procuradoria Geral do Estado acerca do rompimento do vínculo de trabalho entre a Administração Direta e Autarquias e os servidores regidos pela CLT quando de suas aposentadorias. Essa orientação está fixada desde a edição do Parecer PA nº 140/93¹ e foi mantida nos Pareceres PA nº 64/2007² e 202/2007³, mesmo após a publicação dos acórdãos das Adis 1.770-4 e 1.721-3.

Com relação aos servidores celetistas das empresas públicas e sociedades de economia mista, o Parecer GPG nº 11/2008⁴ e o Despacho do Procurador- Geral do Estado que aprovou apenas parcialmente o Parecer PA 25/2010⁵, fixaram a orientação de que nesses casos não há rompimento do vínculo quando da aposentadoria.

Em consequência, tendo em vista que não vislumbra a ilustre parecerista argumentos com força suficiente para alterar a jurisprudência dos tribunais superiores, propõe que a PGE reconheça que a aposentadoria não é causa de extinção do contrato de trabalho, razão pela qual não há ofensa ao artigo 37, II, da CF (regra do concurso público) em caso de continuidade da prestação laboral após a aposentação, sem solução de continuidade.

Como afirmado no despacho da Subprocuradoria da Consultoria que aprovou o Parecer PA nº 64/2007, a orientação fixada de que a aposentadoria espontânea é causa de rompimento do vínculo celetista firmado com pessoas jurídicas de direito público não se assentava nos §§ 1º e 2º do artigo 453 da CLT, declarados inconstitucionais pelo STF nas Adis 1.770-4 e 1.721-3, mas, sim, no *caput* do mesmo artigo 453 da CLT e no artigo 37, II, da CF. Ocorre que a tese do Estado,

1 *Parecerista Carlos Ari Sundfeld.*

2 *Parecerista Luiz Francisco T. Avolio.*

3 *Parecerista Patrícia Ester Fryszman.*

4 *Parecerista José Roberto de Moraes.*

5 *Parecerista Célia Almendra Rodrigues.*

que sempre foi polêmica, não tem sido sufragada pelos Tribunais, embora ainda continue a ser defendida em Juízo.

A bem da verdade, a norma do artigo 453, *caput*, não é inequívoca no sentido de dispor acerca do desfazimento do vínculo laboral como consequência da aposentadoria voluntária. A exegese preconizada pelo Estado é possível, mas não é a única que decorre do texto da lei e não tem sido respaldada pelos Tribunais Superiores, notadamente pelo TST. Ademais, essa exegese ganhava força com a redação dos §§ 1º e 2º do dispositivo da CLT que tiveram, no entanto, sua inconstitucionalidade reconhecida pelo Pretório Excelso.

O mais recente parecer desta Procuradoria Administrativa, PA nº 25/2010, parcialmente aprovado, entende ser o caso de aguardar acórdão que diretamente enfrente os argumentos preconizados pelo Estado. Embora ainda sejam escassas decisões do STF que tenham claramente decidido a questão em face da Administração Direta e Autárquica, o fato é que as decisões até aqui proferidas não são indicativas de que a tese do Estado tenha seguidores no Pretório Excelso. Ao contrário, a jurisprudência sinaliza para a proteção contra a despedida arbitrária.

Ademais, ainda que em acórdão relativo a entidade com personalidade jurídica de direito privado, a Segunda Turma do STF, em decisão relatada pela Ministra Ellen Gracie e citada no parecer em exame, enfrenta diretamente o argumento relativo ao *caput* do art. 453 da CLT, deixando expresso que: “Cumprir referir, de outra parte, que o *caput* do aludido art. 453 da CLT segue a mesma sorte dos parágrafos. Com efeito, ao vedar o cômputo do tempo de serviço ao empregado que se aposentou espontaneamente, mas depois readmitido, pressupõe esse dispositivo legal que a inativação voluntária constitui causa de ruptura do pacto laboral, o que entra em choque com o postulado constitucional da proibição da despedida arbitrária (art. 7º, I, da CF/88), nos termos da orientação firmada por este Supremo Tribunal nas citadas ações diretas.” Em seu voto, também o Ministro Sepúlveda Pertence faz referência ao artigo 453, *caput*, da CLT para afastar a interpretação preconizada pelo Estado (RE 463.629).

O Parecer PA nº 42/2012 igualmente colaciona acórdãos da Primeira Turma que sinalizam no mesmo sentido, ao repisarem o argumento de que a aposentadoria espontânea não implica a ruptura do contrato de trabalho.

Ademais, em acórdão publicado após a edição do Parecer PA nº 25/2010, a Primeira Turma do STF, em sede de Embargos de Declaração em Agravo de Instrumento nº 756.861, tendo como embargante o DAEE, autarquia do Estado de São Paulo, voto da Ministra Cármen Lúcia, ao confrontar-se diretamente com os argumentos que têm sido repetidos pelo Estado de São Paulo, reiterou seu convencimento no sentido de que “a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal pacificou-se no sentido de que a aposentadoria espontânea somente dá causa à

extinção do contrato de trabalho se ocorrer o encerramento da relação empregatícia. Ao contrário, a dizer, havendo continuidade de trabalho, não há que se falar em extinção do contrato.” (j. 1/2/2011, DJ 4/3/2011).

Em reforço, anote-se que o argumento de que a continuidade da relação de emprego não pode subsistir após a aposentadoria, pois afrontaria a regra do art. 37, § 10, da CF, contraria orientação já firmada pelo Procurador-Geral do Estado. Com efeito, a Procuradoria Administrativa tem sustentado que a vedação de acumulação de vencimentos e aposentadoria não atinge os aposentados pelo Regime Geral da Previdência Social, à luz do que expressamente dispõe o artigo 37, § 10, da CF. Nesse sentido, o Parecer PA nº 190/1999⁶. Sobre esse aspecto, aponta o parecer a existência de decisões monocráticas do STF nos dois sentidos. Endossa-se, no entanto, a conclusão do subitem 17.4 da peça opinativa em exame, no sentido de que é “difícil sustentar a tese da inacumulabilidade de aposentadoria paga pelo INSS e salário decorrente de emprego público, tendo em vista (...) que tal exegese não se coaduna com a letra do dispositivo constitucional sob comento”.

Assim, salvo se a douta Procuradoria Geral do Estado da Área do Contencioso Geral apontar a existência de eventuais recursos pendentes de apreciação, o que evidenciaria a pertinência de se aguardar o desfecho deles, endossa-se o entendimento de que deve ser alterada a orientação jurídica trilhada pelo Estado desde a aprovação dos Pareceres PA nº 140/93 e nº 39/1994 e dos que os seguiram, observadas, no entanto, as disposições da LCE nº 180/1978.

Com efeito, no que se refere ao argumento que embasou o Parecer PA nº 64/2007 no sentido de que o artigo 59, IV, da LCE nº 180/1978 arrola a aposentadoria como causa de vacância da função, invoca o Parecer PA nº 42/2012 os fundamentos do Parecer GPG nº 22/2008 para, adotando-os, sustentar que não pode o Estado-membro da Federação, por meio de legislação própria, negar direitos garantidos na CLT a todos os trabalhadores que têm sua relação laboral por ela regida.

Ocorre que, neste tópico, com a devida vênia da ilustre parecerista, entendo que a conclusão a que chegou o parecer em exame merece reparo.

E que se o Estado-membro da Federação não pode reduzir direitos assegurados pela CLT aos servidores por ela regidos, como é entendimento sedimentado nesta Procuradoria Administrativa, não menos certo que pode o Estado reger as questões atinentes à forma de vacância de seus cargos, empregos e funções.

Ao tratar desse tema, a LCE 180, de 12 de maio de 1978, aplicável aos servidores da Administração Direta e das Autarquias do Estado (art. 1º), dispôs no

6 Parecerista Antônio Joaquim Ferreira Custódio.

artigo 59, inc. IV, que a aposentadoria é causa de “vacância da função-atividade”. Se assim é, a aposentadoria do servidor junto ao INSS produz efeitos jurídicos na relação por ele mantida com o Poder Público. Nessa hipótese, não está o Estado reduzindo direitos dos celetistas, mas apenas impondo a ele mesmo uma restrição. Oportuna a lição de José dos Santos Carvalho Filho, que bem assenta a sutileza da distinção:

“Desejando admitir servidores pelo regime de contratação, deverão, como regra, obedecer à disciplina da CLT. O que nos parece legítimo, porém, é que tais pessoas editem lei na qual se imponham à própria Administração autolimitações quanto aos poderes atribuídos pela CLT ao empregador em geral, como, por exemplo, fixando os casos em que a Administração rescindir o contrato. Aqui não haverá criação de norma de direito do trabalho, mas mera diretriz funcional, em que as regras mais se assemelham àquelas pactuadas diretamente no instrumento contratual, em plena conformidade com os preceitos da legislação trabalhista⁷.” (sem destaque no original).

A consequência de não poder o Estado-membro negar direitos trabalhistas a seus servidores contratados pela CLT é que, na hipótese em exame, a rescisão do contrato de trabalho dos empregados da Administração Direta e das Autarquias não alcançados pela garantia constitucional da estabilidade⁸, levará o Estado a pagar todas as verbas rescisórias devidas.

Assim sendo, tendo em vista o teor da LCE 180/1978, não é faculdade do servidor que se aposenta perante o RGPS optar se deseja ou não dar continuidade ao vínculo de trabalho. Deve ser desligado da relação de emprego mantida com a Administração Direta ou Autárquica, sendo-lhe garantido o pagamento das verbas rescisórias. Apenas aquelas situações em que o servidor tiver direito à estabilidade, repita-se, ensejariam o direito de opção.

Se aprovado o entendimento proposto no Parecer PA nº 42/2012 com o aditamento ora apontado, alterada estará a orientação anteriormente fixada nos Pareceres PA 140/93, 39/94, 270/94, 235/95, 28/98, 97/99, 248/99, 121/2001, 64/2007, 202/2007 e 25/2010.

⁷ *Manual de Direito Administrativo. 25a Ed. São Paulo: Atlas, 2012.*

⁸ *Sobre a estabilidade do servidor celetista, oportuna a consulta ao Parecer PA nº 106/2010. O entendimento consolidado na Procuradoria Geral do Estado é que, excetuada a estabilidade anômala prevista no artigo 19 do ADCT, o servidor celetista não tem direito à estabilidade, especialmente os admitidos após a EC nº 19/98, que deu nova redação ao artigo 41 da CF. Assim, a menos que o servidor celetista da Administração Direta ou autárquica tenha adquirido a estabilidade anômala, nos termos do ADCT da CF vigente, ou tenha decisão judicial que lhe assegure essa condição, deverá, ao se aposentar voluntariamente, ser desligado do serviço público. É bem verdade que a situação dos admitidos antes da EC nº 19/98 mediante concurso público, considerando a jurisprudência do STF, enseja atenção especial do Estado, no sentido de reverter a tendência jurisprudencial.*

Reitere-se que os servidores celetistas das empresas públicas e sociedades de economia mista continuam com sua situação regradada pelo Parecer GPG nº 11/2008.

Encaminhe-se o processo à análise da Subprocuradoria Geral do Estado – Consultoria, com proposta de aprovação parcial do Parecer PA nº 42/2012 e prévia oitiva da Subprocuradoria Geral da Área do Contencioso Geral, nos termos antes apontados.

São Paulo, 20 de julho de 2012.

DORA MARIA DE OLIVEIRA RAMOS
Procuradora do Estado Chefe
Procuradoria Administrativa
OAB/SP 78.260

Processo: GDOC 18488-61327/2009 (acompanham 18487-447280-2008; 18487765826-2008; 18488-249702-2007; 18488-422747-2008)

Interessado: VÍVIAN HOSSNE DE GODOY

Assunto: APOSENTADORIA E DESLIGAMENTO. ORIENTAÇÃO DO CRH QUANTO À OPÇÃO DO SERVIDOR PELA CONTINUIDADE OU TÉRMINO DO CONTRATO DE TRABALHO

FDCD

1. Coloco-me de acordo com as razões do parecer PA n° 42/2012 que, partindo da jurisprudência consolidada nos tribunais superiores, concluiu que *“a aposentadoria espontânea do empregado não implica a extinção automática do contrato do trabalho, ainda que se trate de empregado público da Administração centralizada, de autarquia ou fundação pública.”*¹

2. Nesse sentido, afasto-me do entendimento abraçado no despacho aditivo à peça jurídico-opinativa em análise, a despeito do brilhantismo dos argumentos, que é próprio da i. Chefia da Especializada.

3. Com proposta de aprovação integral do Parecer PA 42/2012, submeto o presente à análise superior do Senhor Procurador-Geral do Estado.

Subg., 04 de março de 2013.

ADALBERTO ROBERT ALVES
Subprocurador-Geral do Estado
Área da Consultoria Geral

1 Trecho destacado do item 19 da peça jurídico-opinativa em análise.

Processo: GDOC 18488-61327/2009 (acompanham 18487-447280-2008; 18487765826-2008; 18488-249702-2007; 18488-422747-2008)

Interessado: VIVIAN HOSSNE DE GODOY

Assunto: APOSENTADORIA E DESLIGAMENTO. ORIENTAÇÃO DO CRH QUANTO À OPÇÃO DO SERVIDOR PELA CONTINUIDADE OU TÉRMINO DO CONTRATO DE TRABALHO.

1. Aprovo o Parecer PA n° 42/2012, pelos seus próprios fundamentos, com o que fica alterada a orientação jurídica até então adotada pela Procuradoria Geral do Estado, externada mais recentemente nos Pareceres PA n° 64/07, n° 202/07 e n° 25/2010.

2. Expeça-se cópia do parecer às Consultorias Jurídicas para ciência da orientação jurídica ora fixada.

3. Dê-se ciência deste à Subprocuradoria do Contencioso Geral para divulgação às Unidades.

4. Cumpridas as medidas preconizadas, restitua-se o presente à Secretaria da Gestão Pública, com trâmite pela Consultoria Jurídica e Unidade Central de Recursos Humanos, para alteração do Comunicado CRHE n° 6, de 20, publicado em 21/06/95¹.

GPG, em 7 de março de 2013.

ELIVAL DA SILVA RAMOS
Procurador-Geral do Estado

1 Expedido em razão da aprovação, pelas instâncias superiores da PGE, do parecer PA-3 n° 39/94, nessa oportunidade também alterado.