

A APOSENTADORIA COMO EXTINÇÃO DO VÍNCULO DE EMPREGO DO EMPREGADO PÚBLICO

Renato Kenji Higa¹

Sumário: 1 Introdução. 2 Pareceres da Procuradoria Administrativa. 3. ADIns ns. 1770-4 e 1721-3. 4 Posição do Supremo Tribunal Federal. 5 Conclusão. 6 Referências.

1 Introdução

Em primeiro lugar, é preciso ressaltar que empregado público contratado pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), que presta serviços às autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas, não se equipara ao empregado particular.

Na esfera privada, não há óbice legal em o empregado particular aposentar-se voluntariamente perante o INSS e continuar prestando serviços ao mesmo empregador mediante salário. Em suma, não existe incompatibilidade de cumular aposentadoria e salário.

O empregado público, por sua vez, é uma espécie de agente público, com responsabilidades inerentes às relevantes funções, devendo atuar com o escopo último de servir à população. Nesse sentido, existe um conjunto de normas administrativas que procuram nortear a sua conduta. Apenas para servir de exemplo, o empregado público que for responsável pela administração de dinheiro público deverá prestar contas ao Tribunal de Contas, e eventualmente pode responder por improbidade administrativa.

No âmbito da Constituição Federal, há vários artigos que se aplicam ao empregado público, como a necessidade de prestar concurso público (art. 37, II, da CF) e a vedação de acumulação remunerada de cargos e empregos públicos (art. 37, XVII, da CF).

¹ Procurador do Estado de São Paulo, atuando na Coordenação das Empresas e Fundações Públicas. Mestre em Direito Processual Civil pela PUC-SP e professor de Direito Processual Civil da UNIP.

Portanto, ao empregado público são aplicáveis a CLT, bem como normas administrativas e constitucionais.

As pessoas jurídicas da Administração Pública indireta estadual, muito embora tenham personalidade jurídica distinta da do Estado de São Paulo, estão vinculadas aos pareceres jurídicos da Procuradoria Geral do Estado. Cabe à Procuradoria Geral do Estado estabelecer a orientação jurídica para a Administração Pública indireta, conforme estabelecem os artigos 99, II e 101 da Constituição Estadual. Vigora o entendimento jurídico pacificado da Procuradoria Geral do Estado, no sentido de que a aposentadoria do servidor celetista acarreta a cessação do vínculo empregatício, razão pela qual a sua permanência após a aposentadoria constitui ilegalidade.

2 Pareceres da Procuradoria Administrativa

O Parecer PA n. 64/2007, de autoria do Procurador do Estado Luiz Francisco Torquato Avolio, aprovado pelo Procurador Geral do Estado em 02.05.2007, em resposta a indagação formulada pelo Hospital das Clínicas, acerca da ocorrência ou não da ruptura do vínculo empregatício em face da aposentadoria voluntária, tem a seguinte ementa:

“Servidor Trabalhista – Aposentadoria voluntária e ruptura do vínculo laboral do empregado com a Administração. Análise da orientação vigente em face das decisões definitivas proferidas nas ADIns ns. 1.770-4 e 1.721-3, tendo por objeto os parágrafos 1º e 2º do artigo 453 da CLT. Votos disponíveis dos relatores que não abalaram os fundamentos da exegese administrativa, que repousa sobre o *caput* dos artigos 453 da CLT e 37, II, da Constituição Federal. Alusão ao julgamento do RE n. 449.420, que reputou o *caput* do referido artigo 453 violador da garantia constitucional contra despedida arbitrária. Demais precedentes nesse sentido. Controvérsia deflagrada pelo deferimento de liminar na Reclamação n. 3.401, ademais, que se desfez com a cassação da referida medida, por decisão do relator publicada no *DJU*, de 07.12.2006, ‘porque não tem a decisão reclamada arrimo expresso nos parágrafos 1º e 2º do artigo 453 da CLT’. Precedentes administrativos sobre a matéria e sua aplicabilidade aos empregados públicos.”

O referido parecer, após longa análise doutrinária e jurisprudencial, 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 exonerado do serviço público.

O Parecer PA n. 202/2007, de autoria da Procuradora do Estado Patrícia Ester Frysman, também aprovado recentemente pelo Procurador Geral do Estado, em 05.09.2007, tem o mesmo entendimento, decorrente da provocação do Instituto de Assistência Médica ao Servidor Público Estadual (IAMSPE), conforme se verifica da ementa:

“Servidor Celetista – Contrato de trabalho. Extinção. Aposentadoria. Entendimento pacífico no âmbito da PGE (e.g. Pareceres PA-3 ns. 39/94, 270/94, 235/95, 28/98, 97/99, 248/99, 121/2001) no sentido de que a aposentadoria implica ruptura do vínculo jurídico entre servidor/empregado e a Administração Pública, de modo que a readmissão ou recontração do inativo somente pode ocorrer se ele for aprovado em concurso público. Solicitação de reexame da matéria, ante as decisões que julgaram procedentes as Ações Diretas de Inconstitucionalidade ns. 1.721-3 e 1770-4. Orientação aprovada (Parecer PA n. 64/2007) no sentido de que o teor de tais decisões judiciais não constitui fundamento suficiente para determinar a alteração do entendimento jurídico perflhado pela Procuradoria Geral do Estado.”

Evidentemente que a situação do empregado público não pode ser equiparada ao do empregado particular. A readmissão do empregado público deve ser precedida de concurso público, nos termos do artigo 37, II, da Constituição Federal.

De fato, o rompimento do vínculo funcional dá-se, portanto, com o advento da aposentadoria, voluntária ou compulsória, seja em decorrência da vacância do cargo, para o funcionário público, seja, igualmente, pela vacância da função-atividade, no caso do empregado público. É o que dispõem, respectivamente, os artigos 58 e 59 da Lei Complementar n. 180, de 12 de maio de 1978:

“Artigo 58 - A vacância do cargo decorrerá de:

- I - exoneração;
- II - demissão;

III - transposição;

IV - acesso;

V - *aposentadoria*;

VI - falecimento;

Artigo 59 - A vacância da função-atividade decorrerá de:

I - dispensa;

II - transposição;

III - acesso;

IV - *aposentadoria*;

V - falecimento.”

A Lei Complementar n. 180/78 é um diploma legal que se aplica aos empregados públicos, conforme se infere do artigo 205:

“Artigo 205 - Para fins desta lei complementar, passam a ser considerados servidores:

I - os admitidos em caráter temporário nos termos do artigo 1º da Lei n. 500, de 13 de novembro de 1974;

II - os atuais extranumerários;

III - os atuais funcionários interinos;

IV - *os servidores admitidos nos termos da legislação trabalhista.*”

3 ADIns ns. 1.770-4 e 1.721-3

As Ações Diretas de Inconstitucionalidade ns. 1.770-4 e 1.721-3 não alteraram a situação.

O artigo 7º, I, da Constituição Federal estabelece “relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos da lei complementar, que proverá indenização compensatória, dentre outros direitos”.

A Constituição Federal outorgou à lei complementar duas funções específicas: a) a de instituir hipóteses em que não pode ocorrer despedida arbitrária ou sem justa causa; b) a de fixar os parâmetros de indenização aos trabalhadores que vierem a ser despedidos.

Ocorre que até a presente data não foi publicada a referida lei complementar.

Por meio de Medida Provisória n. 1.596-14/97, foram introduzidos os parágrafos 1º e 2º ao artigo 453 da CLT. Essa medida provisória foi convertida na Lei n. 9528, de 10.12.1997.

A Constituição Federal teve o intuito de proteger o empregado contra a despedida arbitrária ou sem justa causa. O artigo 8º, VIII, da Constituição Federal (empregados sindicalizados) e o artigo 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (empregados da CIPA e gestantes) estabelecem as hipóteses de estabilidade constitucional relativa, que poderão ser ampliadas, quando do advento de lei complementar.

A extinção do contrato de trabalho em razão de aposentadoria voluntária foi introduzida na CLT sem lei complementar, em descompasso com o artigo 7º, I, da Constituição Federal.

Sendo assim, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar ADIn n. 1.721-3, declarou inconstitucional o parágrafo 2º do artigo 453 da CLT. Na fundamentação do seu voto, que enfocava a situação do *empregado particular*, o relator Ministro Carlos Brito entendeu que a aposentadoria voluntária acabaria sendo maléfica ao empregado, pois determinaria o fim instantâneo do contrato, desconsiderando a própria e eventual vontade do empregador de permanecer com seu empregado. Lembrou até da hipótese de falta grave do empregado, fato que pode ser perdoado pelo empregador. Com a aposentadoria voluntária, não haveria autonomia de vontade das partes, característica do contrato de trabalho.

Outrossim, na ADIn n. 1.770-4, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do parágrafo 1º do artigo 453 da CLT. O relator Ministro Joaquim Barbosa, acompanhado da maioria dos ministros, entendeu que a acumulação de proventos e vencimentos se estende à Administração indireta, nos termos do artigo 37, XVI e XVII, da Constituição Federal. A aposentadoria espontânea rompe o vínculo empregatício, daí porque o empregado público aposentado iria receber cumulativamente proventos da aposentadoria e vencimentos, o que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vem negando sistematicamente (cf., *vg.*, RE n. 463.028, rel. Min. Ellen Gracie, 2ª Turma; AgR AG n. 484.756, rel. Min. Carlos Velloso, 2ª Turma; ADI n. 1.328, rel. Min. Ellen Gracie; RE n. 141.376, rel. Min. Néri da Silveira, 2ª Turma, rel. Min. Marco Aurélio).

Portanto, os parágrafos 1º e 2º do artigo 453 da CLT foram declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, nas ADIns ns. 1770-4 e 1721-3 (j. 11.10.2006), respectivamente.

“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 ou se aposentado espontaneamente.

§ 1º - Na aposentadoria espontânea de empregados das empresas públicas e sociedades de economia mista é permitida a sua readmissão desde que atendidos requisitos constantes do artigo 37, inciso XVI, da Constituição, e condicionada à prestação de concurso público. (O STF, na ADIn n. 1.770-4, DOU, de 20.10.2006, declarou a inconstitucionalidade).

§ 2º - O ato de concessão de benefício de aposentadoria a empregado que não tiver completado 35 (trinta e cinco) anos de serviço, se homem, ou 30 (trinta), se mulher, importa em extinção do vínculo empregatício. (O STF, na ADIn n. 1.721-3, DOU, de 20.10.2006, declarou a inconstitucionalidade).”

Após esses julgamentos, apresentou-se novamente a questão acerca da legalidade da permanência do empregado público aposentado no serviço público.

Em uma interpretação apressada, cogitou-se que como os parágrafos 1º e 2º foram declarados inconstitucionais, a ausência de norma legal implicaria afirmar que a *aposentadoria* não colocaria termo à relação empregatícia e, portanto, não haveria óbice para continuar prestando serviços à Administração indireta. Não haveria, portanto, ofensa ao princípio do concurso público.

O argumento não convence.

É relevante repetir que a ADIn n. 1.721-3 teve como parâmetro o *empregado particular*. Em nenhum momento faz alusão ao empregado público. A aposentadoria não extinguiria automaticamente o contrato de empregado para o particular, que poderia auferir a aposentadoria do INSS e o salário da ativa. E se o empregador, caso entendesse demitir o seu empregado aposentado, deveria pagar as verbas rescisórias (v.g. multa de 40% do FGTS). Nesse sentido,

a Orientação Jurisprudencial n. 177 do TST teria sido cancelada com relação ao empregado particular, e não ao empregado público.

A Desembargadora Maria Inês M.S.A. Cunha, do TRT da 2ª Região, relatora do Recurso n. 00752.2004.005.02.00-3, faz interessante observação:

“No contrato de trabalho, além de pretender o empregado sua manutenção e de sua família, objetiva ainda a implementação de tempo de serviço, para se aposentar e assim auferir justo descanso após anos de trabalho e de contribuição para o processo produtivo. Foge ao senso comum que alguém se aposente para continuar trabalhando, como modo de aumentar a sua renda, visto que a finalidade da aposentadoria é que o trabalhador passe para a inatividade. Somente se pode atribuir a uma distorção do sistema o entendimento de que a aposentadoria não leva à extinção do contrato de trabalho.

(...)

Todavia, existe óbice intransponível para que assim se entenda, eis que se tratando de órgão da Administração, o mesmo está adstrito aos princípios que informam a Administração Pública, notadamente para a admissão de seus servidores, que somente poderão ingressar através de concurso de provas e títulos. A permanência em emprego ou cargo público, sem a prévia aprovação em concurso público, inquina de nulidade absoluta a contratação, não podendo surtir os efeitos pretendidos. Mesmo a argumentação no sentido de que deve prevalecer o interesse do hipossuficiente, não pode ser acolhida, já que o interesse individual não se sobrepõe ao interesse coletivo e muito menos ao interesse público.

A Administração Pública está adstrita aos princípios da moralidade, publicidade, e da legalidade em face dos interesses envolvidos e deste modo, não será possível admitir quaisquer derrogações.

Prestigiam-se as orientações consubstanciadas na Súmula 363 e OJ n. 177 da SDI do C. TST, assim redigidas:

‘Contrato nulo. Efeitos. A contratação de servidor público, após a Constituição Federal de 1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo artigo 37, II e parágrafo 2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS.’

‘Aposentadoria espontânea. Efeitos. A aposentadoria espontânea extingue o contrato de trabalho, mesmo quando o empregado continua a trabalhar na empresa após a concessão do benefício previdenciário. Assim sendo, indevida a multa de 40% do FGTS em relação ao período anterior à aposentadoria’.”

Ademais, cumpre ressaltar que o *caput* do artigo 453 da CLT continua em vigor. O referido artigo menciona o termo “readmitido”.

O Parecer PA n. 64/2007 elucidou a controvérsia, nos seguintes termos:

“Mas o argumento decisivo que emerge da redação do *caput* do artigo 453 da CLT não se circunscreve à interpretação que se deva emprestar, sob a ótica de direito público, ao termo ‘readmitido’. Na verdade, importa considerar-se a oração, entre vírgulas ‘quando readmitido’, cujo sentido não é temporal, mas nitidamente condicional, equivalendo a conjunção ‘quando’ a ‘se’, vale dizer: *se readmitido*, ou seja, *se assim for possível*. Pois, sob a ótica de direito público, o princípio da legalidade aufere leitura totalmente distinta da que teria no âmbito do direito privado. Basta evocar a conhecida lição de Hely Lopes Meirelles: enquanto ao particular é possível fazer tudo o que a lei não proíbe, o administrador público – jungido que está ao dogma da legalidade – somente pode fazer o que a lei permite.

Daí que a oração ‘quando readmitido’ vem pressupor, tão-somente, uma *possibilidade* de readmissão, que, sabidamente, a Constituição é expressa ao vedar no caso, pela regra do artigo 37, II – a exigência do prévio concurso público para ingresso em cargo ou emprego público. E, nessa senda, além dos empregados públicos, da Administração direta e indireta, regidos pela Lei Complementar n. 180/78, também os empregados das empresas estatais, posto que servidores em sentido amplo, ficariam impedidos de continuar em atividade após a aposentação, sem novo concurso público que, s.m.j, se poderia extrair do *caput* do artigo 453, no cotejo com a Lei Maior, harmonizando-se a observância dos princípios do concurso público e da garantia contra a despedida arbitrária – já que esta jamais teria essa conotação, se decorrente da irrestrita e singela aplicação da própria norma constitucional, a que está rigorosamente vinculado o administrador público, por força do princípio da legalidade, *ex vi*, ademais, do disposto no parágrafo 2º do artigo 37, II.

As demissões dos empregados públicos da Administração indireta que ocorreram no âmbito estadual não foram embasadas nos parágrafos 1º e 2º do artigo 453 da CLT. As decisões das ADIns ns. 1.721-3 e 1.770-4 não foram afrontadas. Ao contrário, o *caput* do artigo 453 c.c. o artigo 37, II, da Constituição Federal, que estão em vigor, serviram de diretriz para as demissões.

4 Posição do Supremo Tribunal Federal

Na Reclamação n. 3.401, o Ministro Cezar Peluso, tendo em vista o julgamento do AgR RCL n. 3.940 (rel. Ministro Sepúlveda Pertence, j. 23.02.2006), decidiu que:

“A interpretação do *caput* do artigo 453 da CLT ou o teor da OJ n. 177-SDI-I-TST não ofende a autoridade dos acórdãos das ADIns ns. 1.770 e 1.721. E não ofende porque não tem a decisão reclamada arrimo expresso nos parágrafos 1º e 2º do artigo 453 da CLT, recentemente declarados inconstitucionais. Sendo assim, qualquer discussão sobre o *caput* do artigo 453 da CLT e da OJ n. 177-SDI-I-TST transpõe os limites da via processual eleita. É reiterada a jurisprudência nesse sentido: RCL n. 4.350, rel. Min. Joaquim Barbosa, *DJU*, de 22.06.2006; RCL n. 4.129, rel. Min. Gilmar Mendes, *DJU*, de 30.05.2006; RCL n. 2.789, rel. Min. Celso de Mello, *DJU*, de 07.04.2006.”

Na Reclamação n. 5.215 (rel. Min. Carlos Britto, *DJU*, de 01.08.2007), ficou decidido que:

“(…) 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 ns. 1.721 e 1.770. Nesta, a Corte declarou a inconstitucionalidade do parágrafo 1º do artigo 453 da CLT, o qual trata tão-somente da readmissão do empregado público que se aposentar. Já na ADI n. 1.721, este Supremo Tribunal deferiu medida cautelar para suspender a eficácia do parágrafo 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 ns. 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 parágrafo 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 n. 5.200/SP (rel. Min. Ricardo Lewandowski, *DJU*, de 01.08.2007), constou que:

“Bem examinados os autos, vê-se que a pretensão não merece acolhida, pois o pedido formulado pelo reclamante não se enquadra em nenhuma das hipóteses permissivas inscritas no artigo 102, I, “I”, da Constituição Federal, seja para preservar a competência dessa Suprema Corte, seja para garantir a autoridade de suas decisões.

As ações diretas apontadas como violadas tiveram como objeto os parágrafos 1º e 2º da CLT. Por sua vez, o entendimento de que a aposentadoria espontânea extingue o contrato de trabalho, conforme destacado nas informações, decorreu do *caput* do referido dispositivo legal, o qual permanece em vigor. Incabível, portanto, a reclamação.

Nesse sentido, cito diversas decisões em casos semelhantes ao presente: RCL ns. 2.670 e 3.862, rel. Min. Ricardo Lewandowski; RCL n. 4.129, rel. Min. Gilmar Mendes; RCL n. 2.789, rel. Ministro Celso de Mello. Isto posto, nego seguimento à presente reclamação (RISTF, art. 21, § 1º), prejudicado, o pedido de medida liminar.”

5 Conclusão

A Administração Pública está submetida a princípios constitucionais. A admissão de seus servidores está condicionada à realização de concurso público. A permanência em cargo e emprego público, sem prévia aprovação em concurso público, configura nulidade absoluta. O ato nulo não pode produzir efeitos e não pode jamais ser convalidado pela Administração Pública.

Aplicável *in casu* a Súmula n. 363 do TST:

“Contrato nulo. Efeitos. A contratação de servidor público, após a Constituição Federal de 1988, sem prévia aprovação em concurso

público, encontra óbice no respectivo artigo 37, II e parágrafo 2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS.”

Sendo assim, a contratação é nula e não pode gerar efeitos para pagamento de verbas rescisórias. *Ad cautelam*, seria razoável admitir o pagamento de salário como indenização pelos serviços prestados.

Ademais, a Orientação Jurisprudencial n. 177 da SDI do TST continua em vigor. O próprio Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Reclamação n. 5.215 afirma que a inconstitucionalidade dos parágrafos 1º e 2º do artigo 453 da CLT não atingiu a OJ n. 177 do TST.

“Aposentadoria espontânea. Efeitos. A aposentadoria espontânea extingue o contrato de trabalho, mesmo quando o empregado continua a trabalhar na empresa após a concessão do benefício previdenciário. Assim sendo, indevida a multa de 40% do FGTS em relação ao período anterior à aposentadoria.”

A aposentadoria voluntária do empregado público da Administração Pública indireta implica a extinção automática do contrato de trabalho. A readmissão, quando possível, deve ser precedida de concurso público. A ausência de concurso pública torna a contratação um ato jurídico nulo, não podendo produzir efeitos.

6 Referências

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato Avolio. Parecer PA n. 64/2007.

FRYSMAN, Patrícia Ester. Parecer PA n. 202/2007.

MEIRELLES, Helly Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2004.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Revista LTr: Legislação do Trabalho*, São Paulo, v. 71, n. 8, p. 986-987, ago. de 2007.

