

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO
FACULDADE DE DIREITO**

NÁDIA VALESCA PAIVA BRAGA

**APOSENTADORIA VOLUNTÁRIA COMO CAUSA DE EXTINÇÃO DO CONTRATO
DE TRABALHO**

**FORTALEZA
2007**

NÁDIA VALESCA PAIVA BRAGA

**APOSENTADORIA VOLUNTÁRIA COMO CAUSA DE EXTINÇÃO DO CONTRATO
DE TRABALHO**

Monografia apresentada como requisito parcial
para obtenção do grau de Bacharel em Direito,
sob a orientação do Professor Marcos José
Nogueira de Sousa Filho.

**Fortaleza - Ceará
2007**

NÁDIA VALESCA PAIVA BRAGA

**APOSENTADORIA VOLUNTÁRIA COMO CAUSA DE EXTINÇÃO DO CONTRATO
DE TRABALHO**

Monografia Jurídica submetida à Coordenação
do Curso de Graduação em Direito, da
Universidade Federal do Ceará, como requisito
parcial para a conclusão do curso.

Defendida em 19 / 01 / 2007

BANCA EXAMINADORA

Prof. Marcos José Nogueira de Sousa Filho (Orientador)
Universidade Federal do Ceará – UFC

Adva. Ana Lúcia Cartaxo
Federação das Indústrias do Estado do Ceará - FIEC

Prof. Danilo Santos Ferraz
Universidade Federal do Ceará – UFC

DEDICATÓRIA

Dedico ao meu pai, pelo exemplo de vida que é para mim e por todo a base familiar que me proporcionou.

A minha eterna e saudosa mãe, pelo amor incondicional, pelo incentivo aos estudos, mas que, por vontade divina, não pôde ver todos os frutos de sua dedicação em vida.

Aos meus queridos filhos, Pedro Neto e Paulo Victor, pela compreensão das minhas ausências, que por muitas vezes privou-os do convívio familiar.

As minhas irmãs e, em especial, ao meu irmão Aécio, que muito me estimulou a dar continuidade ao Curso de Direito, que em certo momento de minha vida não foi por mim considerado prioridade.

AGRADECIMENTOS

Ao Prof. Marcos Filho, que prontamente se disponibilizou a orientar o presente estudo e pelas sugestões acrescidas na monografia.

Aos ilustres membros da banca examinadora, Danilo Santos Ferraz e Ana Lúcia Cartaxo, pela gentileza em aceitar o convite.

Aos meus melhores amigos de faculdade, Ernando e Sibéria, que nos momentos cruciais estiveram presentes na minha vida acadêmica.

À colega de trabalho Maria do Carmo Aguiar, que prontamente me auxiliou nas orientações iniciais e na elaboração deste trabalho.

À Albaniza, que cuidou dos meus filhos com carinho e dedicação, propiciando-me a oportunidade de dedicar-me aos estudos para conclusão do curso.

A todos que contribuíram para a realização desta monografia.

*“Sofremos com o pouco que nos falta para
conquistarmos, mas pouco nos alegamos
com o muito que já se conquistou”.*
(William Shakespeare)

RESUMO

Abordaremos nesta monografia jurídica um tema que tem sido bastante discutido nos Tribunais, principalmente pelas consequências geradas para o trabalhador. O objetivo geral deste estudo é investigar se a aposentadoria espontânea é, realmente, causa para a extinção do contrato individual de trabalho no regime celetista. Faremos um estudo no âmbito legal, doutrinário e jurisprudencial para obtermos um conhecimento geral sobre todos os aspectos que envolvem a temática escolhida. No primeiro capítulo, estudaremos as características principais do Direito do Trabalho e suas relações com o Direito Previdenciário, seus princípios basilares, a relação de emprego, as partes envolvidas nesta dinâmica e a principal figura jurídica que envolve as relações interindividuais e sociais da modernidade, que é o contrato de trabalho. Em seguida, analisaremos tópicos relativos ao Direito Previdenciário, realizando inicialmente um histórico de sua evolução no Brasil, até chegarmos ao conceito de seguridade social conhecido por nós atualmente. Ainda no Capítulo II, abordaremos os conceitos gerais do Regime Geral de Previdência Social. No Capítulo III, passaremos a focar o estudo no tema propriamente dito, analisando sua evolução histórica, estudando os principais posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais acerca da matéria. Depois da análise de toda a legislação em vigor, concluiremos o estudo, através do posicionamento que melhor retrate os anseios de justiça e interesses da sociedade, dentro do atual contexto político do Brasil.

Palavras-Chave: Aposentadoria, Contrato de Trabalho, Extinção.

ABSTRACT

We will approach in this legal monograph a subject that has been sufficiently argued in the Courts, mainly for the consequences generated for the worker. The general objective of this study is to investigate if the spontaneous retirement is, really, cause for the extinguishing of the individual contract of work in the celetista regimen. We will make a study in the legal, doctrinal and jurisprudencial scope to get a common knowledge on all the aspects that involve the thematic one chosen. In the first chapter, we will study the main characteristics of the Right of the Work and its relations with the fundamental Previdenciário Right, its principles, studying still, the involved employment relationship, parts in this dynamics and the main legal figure that involves the interindividuals and social relations of the modernity, that is the employment contract. After that, we will analyze relative topics to the Previdenciário Right, carrying through initially a description of its evolution in Brazil, until arriving currently at the concept of social security known by us. Still in chapter II, we will approach the concepts general of the General Regimen of social welfare. In chapter III, we will direct the study in the subject properly said, analyzing its historical evolution, studying the main doctrinal and jurisprudenciais positionings concerning the substance. After the analysis of all the effective legislation, we will conclude the study, through the positioning that better portrays the yearnings of justice and interests of the society, inside of the current context politician of Brazil.

Key-Words: Retirement, Employment contract, Extinguishing.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
------------------------	-----------

CAPÍTULO I DIREITO DO TRABALHO

1 CARACTERIZAÇÃO.....	15
2 NATUREZA JURÍDICA.....	23
3 RELAÇÕES DO DIREITO DO TRABALHO COM O DIREITO PREVIDENCIÁRIO.....	25
4 PRINCÍPIOS DO DIREITO DO TRABALHO.....	27
5 RELAÇÕES DE EMPREGO.....	31
6 EMPREGADO.....	40
7 EMPREGADOR.....	42
8 CONTRATO DE TRABALHO.....	44
8.1 Definição.....	44
8.2 Modalidades.....	47
8.3 Efeitos.....	47
8.4 Término.....	49

CAPÍTULO II DIREITO PREVIDENCIÁRIO

9 ANTECEDENTES HISTÓRICOS.....	52
10 SEGURIDADE SOCIAL.....	55
10.1 Conceito.....	55
10.2 Princípios Constitucionais de Seguridade Social.....	57
11 PREVIDÊNCIA SOCIAL.....	59
11.1 Regime Geral da Previdência Social.....	59
11.2 Beneficiários.....	60
11.3 Prestações.....	60

CAPÍTULO III

12 APOSENTADORIA E A EXTINÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO.....	66
12.1Evolução Histórica no Brasil.....	66
 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	 74
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	78

INTRODUÇÃO

Um tema bastante discutido nos Tribunais e abordado pelos doutrinadores atuais é aposentadoria voluntária como causa da extinção do contrato individual de trabalho no regime celetista.

Para falar da aposentadoria no Brasil, faz-se necessário entender seu histórico no Brasil. Ela é uma das prestações do Regime Geral da Previdência Social – RGPS, que se divide em serviços e benefícios.

Analisada de forma isolada, não teríamos muitos questionamentos a fazer, pois se trata de um benefício previdenciário, substitutivo do salário-de-contribuição ou do rendimento do trabalhador.

Inexiste, atualmente, dispositivo de natureza previdenciária dispondo que a aposentadoria voluntária implica automaticamente na extinção do contrato de trabalho. Basta verificarmos o teor da Lei 8.213/91, da Previdência Social, que em seu artigo 49, inciso I, estatui que:

“A aposentadoria por idade será devida:
I- ao segurado empregado, inclusive doméstico, a partir:
a) da data do desligamento do emprego, quando requerida até essa data ou até 90(nove) dias depois dela; ou
b) da data do requerimento, quando não houver desligamento do emprego ou quando for requerida após o prazo previsto na alínea a;”

Como pudemos observar, a atual legislação previdenciária não determina que a aposentadoria implica a extinção do contrato de trabalho, já que o benefício previdenciário em questão pode ser requerido pelo trabalhador, mesmo quando não se afasta do emprego.

O artigo 453 da Consolidação das Leis do Trabalho/CLT não alberga previsão explícita de extinção do contrato de trabalho em face do evento aposentadoria voluntária, sendo que

referido dispositivo consolidado, ao vedar a soma de períodos descontínuos de emprego, rege situação totalmente díspare, ou seja, aquela conectada à singularidade do trabalhador que, tendo requerido aposentadoria, se afasta do emprego e posteriormente é readmitido.

A Medida Provisória 1.523/96 deu nova redação ao artigo 148 da Lei 8.213/91, deixando taxativo que: "o ato de concessão do benefício de aposentadoria importa em extinção do vínculo empregatício".

Referida Medida Provisória foi reeditada sem o texto anteriormente ressaltado, em demonstração eloquente de que inexistia texto legal no sentido de que a aposentadoria implique rescisão de pleno direito do contrato de trabalho.

Mais recentemente, a Lei 9.528/97, acrescentou os §§1º e 2º ao artigo 453 da CLT, suspensos posteriormente, pelo Supremo Tribunal Federal em Ações Diretas de Inconstitucionalidade.

No decorrer do desenvolvimento do presente trabalho, houve considerável divulgação por parte dos meios de comunicação da decisão proferida em Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN 1.721), em que o plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria, entendeu pela inconstitucionalidade do § 2º do artigo 453 da CLT, o qual foi instituído pela Medida Provisória 1.596/97 e convertida posteriormente na Lei 9.528/97.

Para que possamos bem situar e compreender o tema, iniciaremos nosso trabalho com um estudo sobre o Direito do Trabalho, buscando uma breve análise dos conceitos principais deste ramo jurídico, até adentrarmos nos aspectos mais importantes do contrato de trabalho.

Como parte integrante do estudo está a aposentadoria, cuja matéria é de natureza previdenciária, sendo necessário, portanto, entendermos a evolução histórica da aposentadoria no Brasil, as principais considerações sobre a seguridade social e previdência social.

Enfim, mister uma interpretação sistemática do conjunto normativo que envolve o assunto, conhecendo os principais posicionamentos doutrinário e jurisprudencial pertinentes à

matéria para finalmente tecermos nossas considerações finais na busca pelo entendimento que mais se aproxime do conceito de justiça e anseios da sociedade, os quais deverão sempre estar presentes no dia a dia do aplicador do direito.

CAPÍTULO I

DIREITO DO TRABALHO

Para iniciarmos nosso estudo sobre a caracterização do Direito Trabalho, recorreremos, inicialmente, à origem do trabalho humano para entendimento do sentido etmológico deste.

Alguns historiadores entendem que inicialmente o trabalho foi concebido como um castigo e como uma dor. Lembra o Professor Evaristo que o termo grego “trabalho”, possui a mesma raiz que a palavra latina ”poena”.¹

Também citado pelo professor Evaristo, Lucien Febvre expõe: “a palavra veio do sentido tortura – *Tripaliare*, tortura com *Tripalium*, máquina de três pontas”.²

Na lição de Evaristo de Moraes Filho sobre o posicionamento da origem da palavra “trabalho”, “mais credenciado é E. Littrê, que aponta ‘trabs’ como a raiz originária, lembrando igualmente que trabalhar teve o sentido de viajar, sentido que se liga ao de pena, de fadiga. É dessa acepção que deriva o inglês *to travel*. A origem certa, porém, e neste sentido se inclina a maioria dos filólogos e lingüistas, é das palavras *tripalium e tripaliare*”.³

De tudo o que foi exposto, observamos que o significado do trabalho, sempre esteve relacionado ao conceito de atividade humana, representando um esforço, um cansaço, uma pena e, até, um castigo.

O trabalho na sua evolução sociológica, desde a escravidão até o contrato de trabalho, confunde-se com a antropologia, como estudo do homem, envolvendo sua personalidade, seus sentimentos e vontade.

¹ Introdução ao Direito do Trabalho, Evaristo de Moraes Filho, 1º Vol. Revista Forense, Págs. 59/62

² Ob. Cit.

³ Ob. Cit.

Independente do valor atribuído ao trabalho, este sempre ocupou o centro do qual as pessoas organizaram suas vidas, daí a importância da sociologia neste estudo.

O trabalho preservou o homem de sua própria destruição, forçando-o a interagir com os outros em busca de conquistas e interesses comuns.

O trabalho originou-se pela cooperação de marido e mulher, passando pela formação das primeiras classes, chegando à formação de corporações que deu maior força aos trabalhadores para a defesa de seus interesses comuns.

Referido corporativismo passou a declínio, pois apresentava sério obstáculo ao progresso econômico e social, dando origem ao liberalismo.

Em suma, do trabalho em família surgiu o trabalho ambulante, em seguida o artesanato, depois a indústria em domicílio, o trabalho na manufatura, o trabalho na fábrica, chegando ao regime livre da produção, assumindo a empresa o destaque no processo produtivo, definindo assim o regime capitalista.

CARACTERIZAÇÃO

Adentraremos na origem do Direito do Trabalho através do estudo sistemático e objetivo dos fenômenos que o cerca. A base desse ramo do Direito é a relação empregatícia de trabalho, construindo-se, assim, os institutos, princípios e regras que caracterizam este ramo jurídico.

O trabalho subordinado, que é pressuposto deste tipo de relação de trabalho, surgiu somente na Idade Moderna, com o fim das formas servis de utilização da força de trabalho.

Com a Revolução Industrial o trabalhador foi inserido no sistema produtivo, de uma forma inovadora, num misto de liberdade e subordinação.

Foi a partir do instante em que a relação de emprego se torna categoria dominante

como modelo de vinculação do trabalhador ao sistema produtivo, que se pode falar do ramo jurídico que se desenvolveu a situação.

Evaristo de Moraes Filho, destaca que “O direito do trabalho é um produto típico do século XIX. Somente nesse século surgiram as condições sociais que tornaram possível o aparecimento do direito do trabalho, como um ramo novo da comum ciência jurídica, com características próprias e autonomia doutrinária”.⁴

Da combinação de fatores sociais, econômicos e políticos é que surge o Direito do Trabalho. A utilização da força de trabalho livre, mas subordinada nas relações de produção e o surgimento da grande indústria, ou melhor, do processo produtivo, baseado na utilização da máquina e mecanização de tarefas, também se destacam como fontes ensejadoras da origem do Direito do Trabalho..

A concentração industrial também foi um marco econômico característico para adoção da maciça utilização da força de trabalho e formação de grandes aglomerados urbanos operários.

Enfim, historicamente, o Direito do Trabalho surgiu devido às diferentes formas de exploração, muitas vezes iníquas e abusivas, advindas da liberdade de contratação entre pessoas com poder e capacidade econômica desiguais.

CONCEITO

Existem distintos posicionamentos juristas na tarefa de explicitar a estrutura essencial do ramo especializado do Direito, denominado Direito do Trabalho. Podemos enquadrá-lo de acordo com o critério subjetivista, objetivista e misto ou complexo.

CRITÉRIO SUBJETIVISTA

⁴ In “Tratado Elementar de Direito do Trabalho”, Vol. I, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960, p.69.

O critério subjetivista enfatiza os sujeitos das relações jurídicas reguladas pelo Direito do Trabalho, ora frisando o aspecto da debilidade econômica dos trabalhadores como objetivo principal das normas deste ramo do Direito, ora posicionando a classe trabalhadora como objeto de suas conceituações.

As definições formuladas com fulcro neste critério buscam explicitar a que tipos de trabalhadores são aplicadas as normas do Direito do Trabalho.

Para alguns, todos os trabalhadores são destinatários das regras do ordenamento jurídico trabalhista, posição demasiadamente ampla, pois há labor humano regulado por outros ramos do Direito (Civil e Administrativo). Para outros, somente uma espécie de trabalhadores, denominados "empregados", são destinatários das normas trabalhistas, posição que é demasiadamente restrita, pois determinadas espécies de trabalhadores não empregados (avulsos, por exemplo) têm suas relações reguladas pela legislação do trabalho.

Este critério, embora largamente utilizado por doutrinadores estrangeiros, possui pouco prestígio na doutrina brasileira.

De acordo com a doutrina subjetivista, o Direito do trabalho poderia ser definido como um conjunto de normas jurídicas destinadas a proteger os economicamente mais fracos (trabalhadores ou empregados) diante dos mais fortes (tomadores de serviço ou empregadores).

Conforme o ensino de Maurício Godinho Delgado,

"dos três enfoques utilizados para a construção de definições, o menos consistente, do ponto de vista científico, é, sem dúvida, o subjetivista. É que, considerada a relação de emprego como a categoria fundamental sobre que se constrói o Direito do Trabalho, obviamente que o ramo jurídico especializado não irá definir-se, sob o ponto de vista técnico, a partir de qualquer de seus sujeitos, mas a partir de sua categoria fundamental. Por outro lado, o caráter expansionista desse ramo jurídico tem-no feito regular, mesmo que excepcionalmente, relações jurídicas de trabalho que não envolvem exatamente o empregado – o que torna o enfoque subjetivista inábil a apreender todas as relações regidas pelo ramo jurídico em análise".⁵

⁵ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 2ª ed. São Paulo: LTR, 2003. Págs 52-53.

CRITÉRIO OBJETIVISTA

O critério objetivista enfatiza o objeto das relações reguladas pelo Direito do Trabalho. As definições baseadas neste critério buscam determinar, não as pessoas a que se aplicam as normas trabalhistas, mas as matérias por elas reguladas.

As definições objetivistas, assim como as subjetivistas, não são uniformes. Para alguns, o Direito do Trabalho regula todas as relações de trabalho. Para outros, somente a relação de trabalho subordinado.

É objetivista a definição de IVES Gandra Da Silva Martins Filho, para quem "o Direito do Trabalho é o ramo do Direito que disciplina as relações de emprego, tanto individuais como coletivas".⁶

Do mesmo modo, segue o critério objetivista, a definição de Messias Pereira Donato, segundo a qual o Direito do Trabalho é o "corpo de princípios e de normas jurídicas que ordenam a prestação do trabalho subordinado ou a este equivalente, bem como as relações e os riscos que dela se originam".⁷

Convém observar que as mesmas observações formuladas acerca do critério subjetivista são válidas para a análise das definições fundamentadas no presente critério. Nas palavras de Amauri Mascaro Nascimento, "há correlação entre os dois ângulos e ambos se confundem, o pessoal e o material".⁸

Assim, as definições que restringem o objeto do Direito do Trabalho à relação de emprego falham por desconsiderarem outros tipos de relações trabalhistas reguladas por este ramo do Direito e as definições que enquadram qualquer relação de trabalho no âmbito objetivo deste ramo jurídico especializado e ampliam demasiadamente o seu objeto, fazendo-o invadir a esfera de aplicação do Direito Civil e do Direito Administrativo.

⁶ MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *Manual esquemático de direito e processo do trabalho*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 7.

⁷ DONATO, Messias Pereira. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 1979. p. 6.

⁸ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 140.

CRITÉRIO MISTO OU COMPLEXO

As definições elaboradas com alicerce no critério misto caracterizam-se pela combinação dos dois elementos anteriores: o sujeito e a matéria disciplinados pelo Direito do Trabalho. Assim, abrangem tanto as pessoas, como o objeto deste ramo do Direito, buscando uma unidade que melhor explique o seu conteúdo.

Este critério tem sido utilizado pela maior parte da doutrina brasileira.

Para Evaristo de Moraes Filho e Antonio Carlos Flores de Moraes,

"o direito do trabalho é o conjunto de princípios e normas que regulam as relações jurídicas oriundas da prestação de serviço subordinado, e excepcionalmente do autônomo, além de outros aspectos destes últimos como consequência da situação econômico-social das pessoas que o exercem".⁹

Segundo Amauri Mascaro Nascimento,

"Direito do trabalho é o ramo da ciência do direito que tem por objeto normas jurídicas que disciplinam as relações de trabalho subordinado, determinam os seus sujeitos e as organizações destinadas à proteção desse trabalho, em sua estrutura e atividade".¹⁰

Maurício Godinho Delgado define o Direito Material do Trabalho como

"complexo de princípios, regras e institutos jurídicos que regulam a relação empregatícia de trabalho e outras relações normativamente especificadas, englobando, também, os institutos, regras e princípios concernentes às relações coletivas entre trabalhadores e tomadores de serviços, em especial através de suas associações coletivas".¹¹

Para Sergio Pinto Martins,

"Direito do Trabalho é o conjunto de princípios, regras e instituições atinentes

⁹ MORAES FILHO, Evaristo de. e MORAES, Antonio Carlos Flores de. *Introdução ao direito do trabalho*. 7ª ed. São Paulo: LTR, 1995. p. 46.

¹⁰ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 143.

¹¹ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 2ª ed. São Paulo: LTR, 2003. p. 54.

à relação de trabalho subordinado e situações análogas, visando assegurar melhores condições de trabalho e sociais ao trabalhador, de acordo com as medidas de proteção que lhe são destinadas".¹²

Francisco Meton Marques de Lima propõe duas definições para o ramo jurídico em estudo: uma definição sintética, de índole objetivista; e uma definição analítica, que utiliza o critério misto. Sinteticamente, define o Direito do Trabalho como "o ramo do Direito que trata das relações individuais e coletivas oriundas do vínculo empregatício e de outras relações especiais de trabalho subordinado, impondo normas de conduta e oferecendo soluções aos conflitos daí advindos".¹³

Em sua definição analítica, revela que o "Direito do Trabalho é o ramo do Direito constituído do conjunto de princípios e regras que regula o contrato de trabalho, seus sujeitos e objeto, os entes coletivos representantes dos patrões e dos trabalhadores, e, ao mesmo tempo, disciplina as relações individuais e coletivas oriundas do trabalho subordinado e similar entre os sujeitos e entre estes e o Estado".¹⁴

AUTONOMIA

Para alcançar autonomia, é preciso que um ramo jurídico tenha princípios, objeto, instituições, normas próprias e maturidade doutrinária, desprendendo-se do ramo em que foi originado.

Hodiernamente, não existem dúvidas sobre a autonomia do Direito do Trabalho, tendo sido abordada pelos doutrinadores sob cinco perspectivas: autonomia legislativa ou legal, autonomia doutrinária, autonomia didática, autonomia jurisdicional e autonomia científica.

AUTONOMIA LEGISLATIVA

¹² MARTINS, Sergio Pinto. *Curso de direito do trabalho*. 4ª ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 17.

¹³ LIMA, Francisco Meton Marques de. *Elementos de direito do trabalho*. 10ª ed. São Paulo: LTR, 2004. p. 27.

¹⁴ Ob.Cit. P.27.

O Brasil não possui um Código de Trabalho como possui a França. No entanto, sua autonomia legislativa advém da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, que representa um estatuto próprio e independente, além da publicação de um grande número de leis esparsas tratando de matéria trabalhista.

AUTONOMIA DOUTRINÁRIA

A existência de uma bibliografia própria traduz a autonomia doutrinária desde ramo do direito. No Brasil existe um grande número de obras doutrinárias sobre Direito do Trabalho.

AUTONOMIA DIDÁTICA

A autonomia didática do Direito do Trabalho revela-se principalmente na inclusão de sua matéria no currículo acadêmico das faculdades de Direito, assim como sua exigência nos Exames de Ordem, obrigatórios para a habilitação do bacharel em Direito como advogado.

AUTONOMIA JURISDICIONAL

A autonomia jurisdicional evidencia-se pela existência de órgãos especializados do Poder Judiciário que aplicam o ramo jurídico em estudo: os Tribunais e Juízes do Trabalho.

AUTONOMIA CIENTÍFICA

Demonstra-se a autonomia científica do Direito do Trabalho pela formulação de institutos e princípios próprios, distintos dos institutos e princípios do Direito Civil e dos demais ramos jurídicos, como o princípio da proteção ao trabalhador, da continuidade dos contratos de trabalho, da irrenunciabilidade de direitos, etc.

Tratando-se de um ramo jurídico autônomo, o Direito do Trabalho possui características próprias que o diferencia dos demais ramos do Direito.

Para Alice Monteiro de Barros,

"entre as características do Direito do Trabalho, a doutrina nacional aponta: a) a tendência *in fieri*, isto é, à ampliação crescente; b) o fato de ser um direito 'tuitivo', de reivindicação de classe; c) de cunho intervencionista; d) o caráter cosmopolita, isto é, influenciado pelas normas internacionais; e) o fato de os seus institutos jurídicos mais típicos serem de ordem coletiva ou socializante; f) o fato de ser um direito em transição".¹⁵

Para Francisco Meton Marques de Lima, caracterizam este ramo jurídico: "sociabilidade, imperatividade, protecionismo, coletivismo, justiça social, distribuição de riqueza".¹⁶

Vejamos o que significa cada uma das características deste ramo do Direito:

- a) Tendência Ampliativa: Este ramo é um Direito em formação, que ainda não alcançou a plenitude de seus institutos, possuindo propensão à ampliação de seus conteúdo;
- b) Protecionismo: Através de suas regras e princípios, cumpre uma função tutelar do trabalhador, protegendo-o diante do detentor do poder econômico que com ele se relaciona;
- c) Intervencionismo: Seu conjunto de princípios e normas restringem a autonomia da vontade. O Estado assume uma postura positiva diante dos detentores dos meios de produção, mitigando a liberdade de contratar das classes trabalhadoras, impondo direitos subjetivos irrenunciáveis aos trabalhadores e deveres jurídicos inegociáveis;
- d) Relações de Subordinação: Os sujeitos da relação de trabalho não são tratados de forma igualitária, reconhecendo-se a hipossuficiência do trabalhador diante do empregador;
- e) Enfoque Coletivo: Este ramo consagra a coletividade e não o trabalhador individualmente;
- f) Cosmopolita: Esta característica traduz-se na verificação de grande número de aspectos comuns nos ramos jurídicos trabalhistas de diversos Estados soberanos e na existência de um Direito Internacional do Trabalho em formação. Trata-se de uma consequência da

¹⁵ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: Ltr, 2005. p. 87.

¹⁶ LIMA, Francisco Meton Marques de. *Elementos de direito do trabalho*. 10ª ed. São Paulo: LTR, 2004. p. 27.

tendência de ampliação do seu conteúdo em extensão territorial;

- g) Promoção de Reformas Sociais: Possui caráter tutelar, visando à redução da discrepância econômica entre o empresário e trabalhador;
- h) Sociabilidade: Propõe a prevalência dos interesses sociais sobre os individuais.

NATUREZA JURÍDICA

Diante da conjuntura de que não existe consenso doutrinário quanto à divisão do Direito em Público e Privado, existindo, inclusive, doutrinadores que defende a divisão tripartite do mesmo, em Público, Privado e Social, fica difícil estabelecer uma posição sobre Direito do Trabalho, pois cada doutrinador o situa de acordo com a teoria que adota sobre a validade e os critérios de divisão da Enciclopédia Jurídica.

A seguir, sintetizaremos as principais teorias sobre a natureza do ramo jurídico em estudo que são: Teoria do Direito Público, Teoria do Direito Privado, Teoria do Direito Misto, Teoria do Direito Social e Teoria do Direito Unitário.

TEORIA DO DIREITO PÚBLICO

Os juristas que defendem esta posição em relação ao Direito do Trabalho se fundamentam nos seguintes argumentos:

- Este Direito apresenta normas de natureza administrativa, como por exemplo as relativas à fiscalização trabalhista e normas de saúde e segurança do trabalho;
- Ele é composto por normas de natureza estatutária, constituindo relações definidas pela lei e suprimindo a autonomia da vontade das partes envolvidas;
- Irrenunciabilidade da maior parte de suas normas;
- Referido Direito possui fundamento jurídico-filosófico, baseado no intervencionismo estatal

restritivo da autonomia da vontade, que se opõe ao fundamento jurídico-filosófico do Direito Privado: individualismo e liberdade volitiva.

TEORIA DO DIREITO PRIVADO

Hodiernamente, esta Teoria é a mais aceita pela doutrina brasileira, utilizando os seguintes argumentos:

- Os sujeitos do vínculo trabalhista são trabalhadores e empregadores e, quando o Estado participa da relação, o faz na condição de empregador;
- A maioria das regras de Direito do Trabalho são de ordem privada;
- A relação trabalhista é um desenvolvimento da prestação de serviços, tendo, portanto, sua origem no Direito Civil, clássico ramo do Direito Privado.

TEORIA DO DIREITO MISTO

Os adeptos desta Teoria explicam que a bipartição romana do Direito em Público e Privado se tornou inadequada para a realidade complexa da sociedade moderna, devido à existência de normas tanto de ordem pública quanto privada para a proteção de ambos os interesses.

Criticando referida Teoria, Sergio Pinto Martins, assevera: "tal fato iria negar, inclusive, a autonomia do Direito do Trabalho, que não poderia ser e deixar de ser alguma coisa ao mesmo tempo".¹⁷

TEORIA DO DIREITO SOCIAL

Segundo esta Teoria, o Direito Social abrange todas as normas de proteção às pessoas economicamente fracas. Assim, seriam ramos do Direito Social, o Direito do Trabalho e

¹⁷ MARTINS, Sergio Pinto. *Curso de direito do trabalho*. 4ª ed. São Paulo: Dialética, 2005.

o Direito da Seguridade Social.

A principal crítica que recebe a presente teoria é que todos os ramos jurídicos são feitos para a sociedade, com intuito de promover o bem-estar dos indivíduos, ou seja, todo Direito é social.

TEORIA DO DIREITO UNITÁRIO OU DO DIREITO MISTO COM UNICIDADE CONCEITUAL

Segundo esta orientação doutrinária, o Direito do Trabalho é resultado da fusão de ramos do Direito Público e de Direito Privado que origina um todo orgânico, totalmente distinto dos dois ramos que lhe deram origem.

A teoria do Direito Unitário difere da Teoria do Direito Misto por entender o Direito do Trabalho como um amálgama e não uma mera mistura de substâncias dos dois gêneros clássicos. Do ponto de vista científico, é, indubitavelmente, mais coerente.

A principal crítica formulada a esta teoria aponta a inexistência de um todo orgânico, auto-suficiente e absolutamente diferenciado do Direito Público ou do Direito Privado.

RELAÇÕES DO DIREITO DO TRABALHO COM O DIREITO PREVIDENCIÁRIO

Conforme ressaltado anteriormente, já está pacificado o entendimento da autonomia do Direito do trabalho, como ciência jurídica. Apesar desta realidade, direciona-se agora para os limites dessa autonomia, pois não se pode deixar de lado que ele está diretamente ligado a outros ramos do Direito, bem como a outras áreas da ciência.

São históricas as ligações do Direito do Trabalho ao Direito Previdenciário. Godinho demonstra que, os dois segmentos jurídicos praticamente nasceram do mesmo

processo de intervenção do Estado no mercado de trabalho, a partir da segunda metade do século XIX, na Europa Ocidental.

Apesar destes significativos fatos, a própria História, aliada à dinâmica da sociedade moderna, do mercado de trabalho e da previdência social, deixaram bem definidas as searas de atuação dos ramos jurídicos.

Existe ainda quem defenda a dependência do Direito Previdenciário ao do Trabalho, contestando, assim, a corrente majoritária que sustenta a autonomia daquele ramo. Entretanto, o também chamado Direito da Seguridade Social "é resultado da existência de princípios e instituto próprios, de normas específicas que tratam das políticas de seguridade social, bem como de farta doutrina que estuda esse ramo do Direito".¹⁸ Conforme exposto anteriormente, para a doutrina brasileira, o Direito do Trabalho está situado no campo do Direito Privado por cuidar, eminentemente, das relações entre particulares (relação empregatícia). Já o Direito Previdenciário é por natureza Público, pois a relação entre as partes se estabelece por força da lei e não por suas vontades.

Não podemos de forma alguma afirmar que a autonomia dos ramos do Direito implica seu isolamento. Ao contrário, como ensinava Kelsen: "o ordenamento jurídico é um feixe de normas que se relacionam".¹⁹

Nesta mesma linha de raciocínio, ensina o tributarista Hugo de Brito Machado: "Do ponto de vista científico, não se deve falar de autonomia de ramo do Direito, que é uno. (...) Isto não significa dizer que todos os conceitos de um dos departamentos tenham de prevalecer inteiramente em qualquer dos outros".²⁰ No entanto, alguns doutrinadores de renome, como Arnaldo Süssekind e Wagner Giglio, este com maior nitidez, deixam claro que afora a

¹⁸ Direito Previdenciário – Roteiro de Estudos/Roberto de Carvalho Santos - apostila de Pós-Graduação em Direito Público do IEC/PUC MINAS, jun. 2005.

¹⁹ MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito do Trabalho, 27ª ed, Editora Malheiros, p.72/73.

²⁰ Ob. Cit. p.72/73

autonomia científica, a realidade é clara ao definir a autonomia jurisdicional do Direito do Trabalho, que conta com um setor judiciário especializado em questões trabalhistas.

PRINCÍPIOS DO DIREITO DO TRABALHO

Constatada sua autonomia e permanente evolução, o Direito do Trabalho necessita apoiar-se em princípios que facilitem o entendimento, compreensão e a correta interpretação das normas que regulamentam as relações de emprego.

Falando sobre os princípios, Sérgio Pinto Martins leciona que:

“O princípio é o primeiro passo na consecução de uma regulação, passo ao qual devem seguir-se outros. O princípio alberga uma diretriz ou norte magnético, muito mais abrangente que uma simples regra; além de estabelecer certas limitações, fornece diretrizes que embasa uma ciência e visam à sua correta compreensão e interpretação. Violar um princípio é muito mais grave do que violar uma regra. A não observância de um princípio implica ofensa não apenas a específico mandamento obrigatório, mas a todo sistema de comandos”.²¹

Francisco Meton Marques de Lima, ao estabelecer traços distintivos que separam os princípios das normas, ensina que

“a) os princípios possuem grau de abstração mais elevado que as regras, por apresentarem maior fator de generalidade; b) os princípios encontram-se na base das regras, fundamentando-as, com função normogênica fundamentante; c) os princípios orientam todo o ordenamento, ou todo um setor dele, enquanto a regra é mero preceito do sistema, fruto dele e influenciado pelos primeiros; d) os princípios são ‘standarts’ vinculantes radicados na idéia de justiça ou de direito, ao passo que as regras podem apresentar como normas vinculantes, dotadas de conteúdo meramente funcional”.²²

Assim sendo, é inquestionável a importância dos princípios para todos os ramos do saber, eis que os separam e delimitam, bem como os identificam. Sem princípios próprios, não

²¹ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 70.

²² LIMA, Francisco Meton Marques de. Os princípios de direito do trabalho diante da reforma neoliberal. *Revista LTr: legislação do trabalho*, São Paulo, ano 61, p. 621, maio 1997.

se pode falar na existência de determinada ciência.

Na sistemática de uma ciência jurídica, os princípios são guias norteadoras e fundamentam toda a elaboração de normas positivadas, estabelecendo um ponto de partida de onde todas estas normas deverão surgir.

Abordaremos a seguir os Princípios do Direito do Trabalho, não os considerando como verdades absolutas, já que estes estão inseridos na dinâmica social e deverão estar sempre em conformidade com o interesse social.

PRINCÍPIO DA BOA-FÉ

Muitos autores não trazem o princípio da boa-fé como sendo integrante dos princípios gerais do Direito do Trabalho, vez que atestam a existência do princípio do rendimento que, ao trazer a luta de patrão e empregado por maior rendimento, de acordo com seu interesse, corresponderia ao mesmo princípio ora tratado.

Segundo explica Francisco Meton Marques de Lima, este princípio traz à baila, também, o sentido de expressar a intenção pura, sem vício, isenta de dolo ou engano das partes contratantes. O princípio da boa-fé guarda estreita relação com o da primazia da realidade, que se tratará adiante, e encampa o sentido de orientar o intérprete quando não atendidos requisitos de forma, emprestando seu conteúdo moral à situação fática. É definido como o respeito mútuo das partes para o fiel cumprimento das obrigações pactuadas.²³

No entanto, na prática, percebe-se que aludido princípio não tem a correta aplicação no Direito do Trabalho, cedendo espaço para outros que, em tese, possuem mais importância para resolução dos litígios. O princípio da boa-fé merece maior valoração dos intérpretes, bem como uma real preocupação em sua efetivação nos casos colocados a julgamento.

PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO

²³ LIMA, Francisco Meton Marques de. *Princípios de direito do trabalho na lei e na jurisprudência*. São Paulo: LTr, 1994. p. 166.

O princípio protetor manifesta o caráter maior do Direito do Trabalho e sua própria razão de ser, vez que, buscando restabelecer o princípio constitucional da igualdade, apregoa o entendimento de que o trabalhador deve ser beneficiado através de uma proteção ou um amparo preferencial, surgindo, assim, uma igualdade substancial e não somente formal.

Decorre desse princípio, consoante lições de Américo Plá Rodrigues, outros três posicionamentos, quais sejam: a) a regra do *in dubio pro operario*; b) a norma mais benéfica; e c) condição mais favorável. São três regras distintas derivantes do mesmo princípio.²⁴

A regra do *in dubio pro operario* assegura ao trabalhador que, em caso de dúvida quanto à aplicação de uma norma pelo intérprete, deve o mesmo selecionar a aplicação mais favorável ao trabalhador.

Já a condição da norma mais benéfica explicita que, em caso de haver mais de uma norma aplicável, vez que no Direito do Trabalho, quando em benefício do empregado, não vigora a hierarquia das leis, persiste a mais favorável aos direitos do trabalhador.

Por último, a regra da condição mais benéfica apregoa que as condições mais benéficas auferidas pelos trabalhadores não podem ser afastadas por qualquer outra norma ou dispositivo legal, que com esta esteja em dissonância.

PRINCÍPIO DA IRRENUNCIABILIDADE DOS DIREITOS

São indisponíveis todos os direitos ligados à pessoa. Dessa forma, os direitos trabalhistas, por possuírem natureza salarial, têm caráter indisponível, considerando a irrenunciabilidade e a imperatividade das normas, que são de ordem pública. Neste ponto vislumbra-se, de forma hialina, a intervenção do Estado.

Refere-se também, a impossibilidade do trabalhador abrir mão de seus direitos, ou pelo menos de parte mínima deles, salvo quando esta possibilidade esteja prevista legalmente ou

²⁴ RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1997. p. 42-43.

por sentença normativa, em casos como: redução salarial, compensação de horários, turnos ininterruptos de revezamento, entre outros.²⁵

PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE DA RELAÇÃO DE EMPREGO

É o princípio que, baseado no fator segurança, visa a proteger o emprego do trabalhador, em defesa, ainda, de seus haveres rescisórios, através da presunção relativa de que o empregado não pediu demissão e nem abandonou o emprego.

Deste modo, o princípio em análise visa em primeiro plano a defender os interesses e os direitos do trabalhador, em proveito de seu sustento próprio e de sua família, baseando-se na assertiva de que este é a parte mais frágil no contrato de trabalho.

De outro vértice, o contrato de trabalho por prazo determinado constitui exceção à este princípio, vez que possui prazo pré-estipulado, perdendo o sentido a aplicação do mesmo. Por conseguinte, somente os contratos por tempo indeterminado sofrem incidência do presente princípio.

PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA REALIDADE

A realidade prevalece sobre qualquer pacto ou documento produzido na vigência da relação empregatícia, partindo-se do pressuposto da desigualdade entre empregador e empregado, onde todas as condições estabelecidas contratualmente admitem prova em contrário.

Ensina Américo Plá Rodriguez que: “o princípio da primazia da realidade significa que, em caso de discordância entre o que ocorre na prática e o que emerge de documentos ou acordos, deve-se dar preferência ao primeiro, isto é, ao que sucede no terreno dos fatos.”²⁶

A diretriz deste princípio é evitar a dissimulação de direitos, decorrentes da relação

²⁵ LIMA, Francisco Meton Marques de. Os princípios do direito do trabalho diante da reforma neoliberal. *Revista LTr: legislação do trabalho*, São Paulo, ano 61, p. 628, maio 1997.

²⁶ RODRIGUEZ, Américo Plá, op. cit., p. 217.

de emprego, e obstados pelo confronto dos fatos com documentação produzida com o intuito específico de fraudar a lei. Visa, com isto, restabelecer a igualdade das partes contratantes, bem como a dignidade da pessoa humana.

PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE

O princípio da razoabilidade apregoa que as partes agem sempre de acordo com a razão e enquadradas em certos padrões de conduta. Este princípio atua como um critério adicional, complementar, confirmatório, em análise com outros elementos e princípios do Direito do Trabalho.²⁷

RELAÇÕES DE EMPREGO

Segundo Mozart Victor Russomano, historicamente as relações de trabalho se sucederam, basicamente, em cinco fases: "regime da escravidão, regime da servidão, regime das corporações, regime das manufaturas e, finalmente, o regime do salariedade".²⁸

A relação de trabalho sob o regime da escravidão se estabelece entre o senhor e o escravo. O senhor é sujeito de direitos, mais especificamente titular de um *dominium*, um direito de propriedade sobre o escravo que é *res*, coisa. Portanto, tratava-se de uma relação de direito real. Não se trata de uma locação de serviços, que é o contrato de trabalho moderno em forma embrionária, na medida em que não é sobre os serviços do escravo que o senhor exerce seus direitos, mas sobre a pessoa, corpo e vontade do escravo. A escravidão não se configura como relação de trabalho intersubjetiva, pois o escravo não é sujeito. Trata-se de uma relação sujeito-objeto, vez que, para o senhor, apropriar-se da força de trabalho do escravo é o mesmo que

²⁷ RODRIGUEZ, Américo Plá, op. cit., p. 258.

²⁸ RUSSOMANO, Mozart Victor. (1984). *O empregador e o empregado no direito brasileiro*. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 105.

consumir um recurso natural bruto, como a água por exemplo.

No regime da servidão, por sua vez, as personagens são o senhor e o servo. O direito de propriedade do senhor feudal se exerce sobre a terra, o que lhe dava direito sobre o produto do trabalho do servo em sua terra instalado. Porém, como a reprodução da vida social, na Idade Média, dependia em quase tudo da terra a qual o servo estava ligado por um vínculo indissolúvel: a submissão ao senhor era uma exigência. O servo pode ser dito escravo da terra, ainda que seja nominalmente livre.

No final da Idade Média, surge um novo modo de relação de trabalho, o regime das corporações. Constituem-se unidades de produção, como oficinas, onde grupos profissionais – especialmente artesãos, mas não exclusivamente – desenvolvem suas atividades de acordo com um rígido método e hierarquias. A relação de trabalho é travada entre o mestre e o aprendiz, interpondo-se entre eles, todavia, uma outra figura, o companheiro. O trabalho se torna assalariado, e o aprendiz é, juridicamente, livre, ainda que impossibilitado de desenvolver sua atividade profissional em outro lugar ou de modo diverso daquele que é imposto pelo mestre da corporação da localidade onde vive. No âmbito das corporações, vige uma autonomia de regulamentação das relações de trabalho, que se normalizam através dos estatutos de cada corporação, sem interferência externa.

É essa autonomia das corporações que vai engendrar um novo regime, o das manufaturas. Fortalecido o poder real, na transição da Idade Média à Moderna, através da centralização do poder político no Estado, surgem conflitos de interesses entre o rei e os mestres das corporações. O regime de trabalho passa a se basear em normas ditadas pelo rei, os estatutos reais. Nesta fase, o trabalho é assalariado.

Com o advento da Revolução Industrial na modernidade, as relações de trabalho começam a adquirir a estrutura atual. Ao novo modo de produção vai corresponder uma ideologia político-jurídica, uma superestrutura, propriamente capitalista, o liberalismo. As

relações de produção passam a se firmar entre as mesmas forças econômicas atuais, quais sejam a classe capitalista e a classe proletária. No âmbito do Estado liberal burguês dos séculos XVIII e XIX, as relações de trabalho se firmam com base em um contrato de locação de serviços (*locatio operarum*), onde os pactuantes são o capitalista e o proletário. A liberdade econômica se erige sobre o princípio da autonomia da vontade (*pacta sunt servanda*). O capital é livre para comprar não só o produto do trabalho, mas o próprio trabalho, ou a força de trabalho daqueles que são livres para vendê-la. Não há escravidão: o trabalho é assalariado.

O regime do salariato, em sua configuração liberal, porém, não vai ser a forma definitiva de relação de trabalho. Isto porque as desvantagens oriundas dessa forma de relação social seguem extremamente exacerbadas para uma das partes, o proletariado. A exploração do trabalho passaria, ainda, por uma nova atualização até atingir sua conformação atual. Em nome da produtividade e da razão do capital, as relações de trabalho se tornariam mais amenas no que diz respeito ao trabalhador e não menos lucrativas para o capitalista.

Todavia, esse conjunto de normas reguladoras das relações de trabalho, bem como o Estado que as institui e impõe coercitivamente, não é produto da beneficência da classe dirigente, nem realização de uma racionalidade necessária. O estabelecimento das relações de trabalho com base em normas que impedem que o operário seja espoliado até a última gota de seu sangue, como ocorria durante as primeiras décadas da revolução industrial, vincula-se a uma série de fatores que não a beatitude.

Primeiramente, trata-se de uma exigência da produção e do capital: é evidente que o trabalhador satisfeito, bem remunerado, saudável, despreocupado com a família e o futuro, produz mais e melhor. Trata-se aqui da exigência da superação de uma crise de produção do capitalismo. O modelo espoliante tinha atingido seu limite de produtividade e, portanto, se tornava obsoleto.

Por outro lado, surge, nos princípios do século XX, uma crise análoga a essa de

produção, uma crise de superprodução. Por concentrar demais as riquezas, na celebre lição de Lord Keynes, o mercado estava estagnado, não tinha condições de consumir. Mais uma vez, o trabalhador bem remunerado podia se tornar mercado consumidor. Ademais há, desde meados do século XIX, uma disseminação, uma difusão do poder político nos mais diversos segmentos sociais. Os operários, unidos à força a partir de um mecanismo de árdua competição no pátio das fábricas, acabam se associando e criando os movimentos trabalhistas e os sindicatos. Novos atores políticos vêm à cena e passam a ameaçar o *status quo* com comoções sociais nunca vistas, como a Revolução Russa de 1917.

Pressionado desse modo, o capitalismo assimila os golpes e se regenera. A invenção dos Direitos Sociais se insere claramente nessa lógica. Já se disse que o capitalismo continua a ser o mais eficiente dos modos de organização da produção de riqueza. Ele é, de fato, o que tem dado maiores provas de capacidade de auto-manutenção e reconstituição.

Nesse cenário, as relações de trabalho se definem como relações de emprego, travadas entre os sujeitos de direitos, empregador e empregado e baseadas em uma legislação protetora do trabalho e do capital. O contrato individual de trabalho passa a ser o meio jurídico de estabelecimento das relações trabalhistas.

A análise empreendida das relações de trabalho, até aqui, seguiu uma diretriz histórica. Cada época apresenta uma polimorfia de relações de trabalho. Alguns formas, porém, manifestam se mais, por serem mais salientes.

Assim se dá hoje. A relação de trabalho característica da contemporaneidade é a relação de emprego assalariada, o que não quer dizer que não existam outros modos. O trabalho autônomo, por exemplo, não é emprego, nem é assalariado. Também não se diz relação de emprego o trabalho avulso e o eventual. A relação de emprego é, portanto, uma espécie, obviamente não exclusiva, porém predominante por sua importância social, de relação de trabalho.

A relação de emprego é o liame obrigacional que subordina o empregado ao empregador, resultante do contrato individual do trabalho.

No entanto, existem contratos que estabelecem relações de trabalho que não são relações de emprego, como ocorre por demais com o trabalho autônomo. Outra característica tem de ser levantada para o estabelecimento daquilo que de fato especifica a relação de emprego, que é a subordinação. Com efeito, o trabalho empregado é trabalho subordinado, em que o empregado se sujeita aos poderes diretivos e disciplinares (*jus variandi*) do empregador.

Com a noção de vínculo contratual e de subordinação, estabelece-se o problema fundamental dos estudos sobre a relação de emprego. Para solução desse problema foram apresentadas várias teorias que sintetizaremos.

A teoria anticontratualista (acontratualista) nega a natureza contratual do vínculo entre empregado e empregador. Nascida na Alemanha, com a teoria da relação de trabalho, prega que a empresa é uma comunidade de trabalho na qual o trabalhador incorpora-se para cumprir os fins objetivados pela produção nacional e, nessa comunidade, não existe uma soma de particulares relações contratuais entre os interessados. Há só uma relação de trabalho, sem margem para a autonomia da vontade e constituída pela simples ocupação do trabalho humano pelo empregador.

A teoria da instituição (institucionalismo) tem origem francesa e italiana e seus defensores sustentam que a relação de trabalho resulta da simples inserção ou da ocupação de fato do trabalhador na empresa. O empregado não "contrata" com o empregador: torna-se membro da empresa, uma instituição. Por esta teoria não se admite a possibilidade de conflitos, uma vez que empregado e empresa trabalham ambos com vistas ao bem comum.

A teoria da relação de trabalho surgiu na Alemanha nazista e sustenta que empresa e empregados formam uma comunidade em que há estreita ligação entre o chefe e o grupo de trabalhadores, podendo aquele exigir com liberdade a produção, propiciando maior proximidade

entre produção e administração.

A teoria do ato condição, cujos defensores pretendem que, na admissão do empregado, configure-se um "ato-condição" porque já existe, antes dela, um estatuto que lhe será aplicado tão logo se concretize a formalização da admissão. Assim, a única vontade manifestada é a admissão e o conteúdo do contrato já é previamente definido em leis e convenções.

A teoria contratualista, por sua vez, considera a relação entre empregado e empregador um contrato e seu fundamento reside na tese de que a vontade das partes é a causa insubstituível e única que pode constituir o vínculo jurídico. A fase clássica do contratualismo é caracterizada pela explicação do contrato de trabalho com base nos mesmos tipos contratuais previstos pelo Direito civil, a saber, o arrendamento, a compra e venda, a sociedade e o mandato. Entretanto, a doutrina moderna rejeita tais teorias porque esta prefere ver na relação de emprego um contrato de características próprias e regido por um ramo particular do Direito, o Direito do Trabalho. A teoria moderna sustenta a natureza contratual reconhecendo a forte interferência estatal, de modo que as leis trabalhistas inserem-se automaticamente no contrato, restringindo a autonomia da vontade das partes. Alguns doutrinadores argumentam que o contrato de trabalho é de adesão, pois a autonomia da vontade está limitada às leis, convenções e acordos coletivos. Outros combatem esta tese defendendo que o contrato não pode ser de adesão, pois as partes podem alterá-lo, não se limitando apenas à aceitação das cláusulas.

Pelo teor do artigo 442 da CLT, observa-se o ânimo contratualista que orientou o legislador brasileiro. Todavia, esta filiação não é incondicional, vez que o Direito trabalhista brasileiro, sistematicamente interpretado, tem forte conotação protecionista.

CARACTERIZAÇÃO DA RELAÇÃO DE EMPREGO

A caracterização da relação empregatícia é essencial ao Direito do Trabalho, na

medida em que propiciará o encontro da relação jurídica básica que deu origem e assegura desenvolvimento aos princípios, normas e institutos justralhistas e que é regulada por esse ramo jurídico especial. É procedimento com reflexos no próprio Direito Processual do Trabalho na medida em que definirá a relação jurídica material básica que a ordem jurídica brasileira coloca sob a égide competencial própria do ramo especializado do Judiciário denominado Justiça do Trabalho.

A relação empregatícia, enquanto fenômeno sócio-jurídico, resulta da síntese de um diversificado conjunto de fatores ou elementos reunidos em um dado contexto social ou interpessoal. Desse modo, o fenômeno sócio-jurídico da relação de emprego deriva da conjugação de certos elementos inarredáveis – “elementos fático-jurídicos” - , sem os quais não se configura a mencionada relação.

A Consolidação das Leis do Trabalho aponta esses elementos em dois preceitos combinados: *caput* de seu artigo 3º e *caput* de seu artigo 2º. São, portanto: trabalho não eventual, prestado *intuitu personae* (pessoalidade) por pessoa física, em situação de subordinação, com onerosidade.

Cabe, então, examinar cada um dos elementos:

TRABALHO POR PESSOA FÍSICA

A prestação de serviços que o Direito do Trabalho toma em consideração é aquela pactuada por uma pessoa física ou natural. Os bens jurídicos tutelados pelo Direito do Trabalho (vida, saúde, integridade moral, bem- estar, lazer etc.) importam à pessoa física, não podendo ser usufruídos por pessoas jurídicas. Assim, a figura do trabalhador há de ser, sempre, uma pessoa natural.

PESSOALIDADE

É essencial à configuração da relação de emprego que a prestação do trabalho, pela pessoa natural, tenha efetivo caráter de infungibilidade, no que concerne ao trabalhador. A relação jurídica pactuada ou efetivamente cumprida deve ser, desse modo, *intuitu personae* com respeito ao prestador de serviços, que não poderá, assim, fazer-se substituir intermitentemente por outro trabalhador ao longo da concretização dos serviços pactuados. Verificando-se a prática de substituição intermitente, circunstância que torna impessoal e fungível a figura específica do trabalhador enfocado, descaracteriza-se a relação de emprego, por ausência de seu segundo elemento fático-jurídico.

Há, contudo, situações ensejadoras de substituição do trabalhador sem que se veja suprimida a pessoalidade inerente à relação empregatícia.

O elemento fático-jurídico da pessoalidade produz efeitos não somente no instante da configuração do vínculo empregatício, como também no momento de sua própria extinção. É que, sendo personalíssima a obrigação de prestar os serviços, ela não se transmite a herdeiros e sucessores. A morte do empregado, portanto, dissolve, automaticamente, o contrato entre as partes. Enfatize-se, por fim, que a pessoalidade é elemento que incide apenas sobre a figura do empregado.

NÃO-EVENTUALIDADE

A idéia de permanência atua no Direito do Trabalho em duas dimensões principais. De um lado, na duração do contrato empregatício pactuado, que tende a ser incentivada ao máximo pelas normas justralhistas. Rege esse ramo jurídico, nesse aspecto, o princípio da continuidade da relação de emprego, pelo qual se incentiva, normativamente, a permanência indefinida do vínculo de emprego, emergindo como exceções expressas as hipóteses de pactuações temporalmente delimitadas de contratos de trabalho.

Tem-se a noção de não-eventualidade pela melhor teoria que tenta explicar o

trabalho eventual. A teoria dos fins do empreendimento ou fins da empresa informa que eventual será o trabalhador chamado a realizar tarefa não inserida nos fins normais da empresa – tarefa que, por essa razão, serão esporádicas e de estreita duração.

Caracteriza-se, portanto, a não eventualidade, pelo tempo e pela finalidade.

ONEROSIDADE

A relação empregatícia é uma relação de essencial fundo econômico. Através dessa relação sociojurídica é que o moderno sistema econômico consegue garantir a modalidade principal de conexão do trabalhador ao processo produtivo, dando origem ao largo universo de bens econômicos característicos do mercado atual. Desse modo, ao valor econômico da força de trabalho colocada à disposição do empregador, deve corresponder uma contrapartida econômica em benefício obreiro, consubstanciada no conjunto salarial, isto é, no complexo de verbas contraprestativas pagas pelo empregador ao empregado em virtude da relação empregatícia pactuada.

O contrato de trabalho é, desse modo, um contrato bilateral e oneroso, por envolver um conjunto diferenciado de prestações e contraprestações recíprocas entre as partes, economicamente mensuráveis.

SUBORDINAÇÃO

Traduz a noção etimológica de estado de dependência ou obediência em relação a uma hierarquia de posição ou valores.

Para a teoria justralhista, subordinação corresponde ao pólo antitético e combinado do poder de direção existente no contexto da relação de emprego. Consistiria, assim, na situação jurídica derivada do contrato de trabalho, pela qual o empregado comprometer-se-ia a acolher o poder de direção empresarial no modo de realização de sua prestação de serviços. É

a situação em que se encontra o trabalhador, decorrente da limitação contratual da autonomia de sua vontade, para o fim de transferir ao empregador o poder de direção sobre a atividade que desempenhará.

VALIDADE JURÍDICA DA RELAÇÃO DE EMPREGO

Para que a relação de emprego tenha validade, é necessário a configuração de elementos clássicos constitutivos da figura contratual padrão conhecida:

- a) Capacidade das partes contratantes;
- b) Lícitude do objeto contratado;
- c) Forma contratual prescrita em lei ou por esta não proibida;
- d) Hígidez na manifestação da vontade das partes.

Trata-se dos clássicos elementos essenciais do contrato indicados na tradicional legislação civil (artigo 82, Código Civil), adaptados, evidentemente, às especificidades justrabalhistas.

Portanto, a relação de emprego só provocará efeitos no mundo jurídico quando reunidos os elementos fático-jurídicos e os elementos jurídico-formais necessários à sua validade.

EMPREGADO

Conforme reza o artigo 3º da CLT, “Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.”

O empregado é o destinatário das normas protetoras que constituem o Direito do Trabalho. Daí a importância de sua definição.

Empregado é a pessoa física que, com ânimo de emprego, trabalha subordinadamente e de modo não-eventual para outrem, de quem recebe salário. O elemento subordinação e o exercício do poder disciplinar são as maiores evidências da relação de emprego. Mesmo nos casos em que a subordinação não está aparentemente visível, mas existente, ainda que tênue, caracterizada se encontra a relação de emprego (trabalho em domicílio, comissionista externo, teletrabalho etc.).

A “dependência” a que se refere o artigo 3º da CLT é a “subordinação jurídica”, definidora do contrato de trabalho.

Fica excluída do conceito de empregado toda espécie de delegação. Assim, não é empregado quem se faz substituir no emprego, salvo as exceções permitidas pelo empregador, como nos casos de falta do empregado por motivo de saúde, ou para tratar de assuntos particulares, ocasião em que o empregador encarrega outra pessoa capaz de exercer a mesma função para substituir o empregado ausente, por exemplo. Nesse caso, a pessoa substitui o empregado no exercício da função, mas não na contratação.

Empregado será todo aquele que prestar serviços em situação de subordinação jurídica ao empregador, seja qual for a natureza da obrigação de fazer (o contrato de trabalho não tem conteúdo específico, que vai sendo determinado com o transcorrer do tempo e de acordo com as necessidades do empregador), mas sempre balizado pelos limites do próprio ajuste contratual e atribuições do cargo.

Repise-se: são requisitos da prestação de trabalho a pessoalidade, a onerosidade, a continuidade e a subordinação jurídica.

O empregado não detém poder de direção, subordinando-se a terceiros, indicados pelo empregador como seus representantes; perde o poder de controle, posto que seu trabalho pode ser fiscalizado e dirigido por outrem; não tem poder disciplinar, posto que se sujeita às sanções disciplinares, que segundo as normas jurídicas são previstas ou toleradas.

Outro critério a se observar é que o empregado, geralmente, trabalha no local do estabelecimento, cumprindo horário, marcando cartão de ponto, permanecendo à disposição do empregador mesmo quando não está prestando serviço, diferentemente do autônomo.

O trabalho subordinado é o que volitivamente transfere a terceiros o poder de direção sobre sua força de trabalho, sujeitando-se como consequência ao poder de organização, ao poder de controle e ao poder disciplinar.

O salário pode ser convencionado em unidade de tempo (hora, dia, semana, quinzena, mês e até parcelas anuais), de obra (quantidade de serviço, produção) e misto (por tarefa, combinando os dois tipos anteriores). Pagamento de comissões ou participação nos lucros não descaracteriza a relação de emprego.

EMPREGADOR

Conforme o artigo 2º, *caput* da CLT, “Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços”

Importante é a conceituação de empregador, posto que se constitui no devedor da contraprestação salarial e demais acessórios do contrato de trabalho, bem como credor da prestação dos serviços efetuados pelo empregado e de sua utilidade.

É ele a figura central da empresa, no seu dinamismo econômico, social e disciplinar.

Ao Direito do Trabalho interessa estudar a figura do empregador apenas como devedor de prestações sociais e assistenciais e como figura central do poder hierárquico (de controle, diretivo e disciplinar) inerente às empresas.

Qualquer anomalia no funcionamento da unidade econômica (recessão, má

organização, concorrência, falta de crédito) pode levá-lo à ruína. Os efeitos destas anomalias são refletidos nas relações de trabalho (despedida, desemprego, redutibilidade de salários, supressão de benefícios concedidos como liberalidades etc., crescimento da incidência de descumprimento das obrigações trabalhistas, como pagamento de salários em dia, concessão de férias, pagamento de horas extras etc.).

A CLT comete o imperdoável erro de definir empregador como sendo a empresa, em função da absorvente idéia de “institucionalizar” o Direito de Trabalho. Tal entendimento esbarra em dispositivos legais, como o que prevê entre as justas causas de encerramento do contrato o ato lesivo da honra e da boa fama ou “ofensas físicas” contra o empregador. Ora, se o empregador fosse mesmo a empresa, seriam inadmissíveis, por impossibilidade, “ofensas físicas” contra a empresa, que não é uma pessoa. Deixe-se claro, portanto, que o empregador não é a empresa propriamente dita.

Pode o empregador ser pessoa individual (pessoa física ou natural) ou coletiva (de direito público ou privado). As pessoas jurídicas de direito privado são a sociedade anônima, limitada, em comandita etc. As de direito público interno são a União, o Estado, o Município, as autarquias, as fundações e demais entidades de caráter público criadas por lei (artigo 40 do novo Código Civil). Todas podem ser empregadoras, inclusive a empresa pública e a sociedade de economia mista, que submetem seu pessoal necessariamente ao regime celetista.

Promovendo o exame do risco da atividade econômica, constata-se que é o empresário que determina os fins da atividade e, portanto, deve assumir seus riscos, que não podem ser transferidos para o empregado, condicionando pagamento de seus salários, por exemplo, ao respectivo pagamento de fatura por terceiro que adquiriu produtos ou serviços do seu empregador (artigo 2º da CLT).

Os que sustentam a sinonímia empregador-empresa vêm, nesta última, uma instituição, inspirados, principalmente, na chamada teoria institucional. Empresa é a atividade

do empresário. O que na verdade se pretende dizer é que o empregador é o estabelecimento, chegando-se mesmo a ignorar sua pessoa, cuja mudança, inclusive, pouco altera a relação de trabalho.

O importante é que a CLT quis salientar a integração do trabalhador na empresa, independente da pessoa que seja o seu proprietário ou venha a responder pelas obrigações em determinado momento (CLT, artigos 10 e 448).

A participação nos lucros não altera os termos dessa questão, continuando excluído do conceito, ainda assim, o empregado, porque esta participação, sem a co-propriedade ou co-gestão, significa simples acréscimo salarial (sujeito de direito nascente: razão de ordem política).

Nas pequenas empresas, ainda há o contato pessoal entre empregado e empregador, cuja morte deste acarreta a possibilidade de rescisão contratual por parte do trabalhador (artigo 485 da CLT). Isso ajuda a compreender porque na alienação das grandes empresas, pelo seu proprietário, não pode haver afetação de seus contratos de trabalho, tendo em vista a impessoalidade entre as partes contratantes.

A legislação trabalhista não se limita a regular relações entre empregados e empregadores, mas de forma indireta também disciplina a economia. Objetiva proteger o hipossuficiente. Daí suas normas serem um mínimo, para que não se conceda ao trabalhador menos do que estabelece a lei. O que as partes pactuarem a mais, terá eficácia entre as mesmas e será exigível. Nessa ordem protecionista é que devem ser entendidos os dispositivos que constituem as fontes formais do Direito, na ordem hierárquica (Constituição, leis, normas coletivas em sentenças ou contratos coletivos, contratos individuais), destacando-se que as normas inferiores não devem conceder menos que as superiores.

Quanto às normas de ordem técnica é que se poderá falar em “poder regulamentar” do empregador inerente ao seu “poder diretivo”, como faculdade atribuída ao titular de uma

organização, indispensável ao exercício de uma atividade econômica cujos riscos assume.

CONTRATO DE TRABALHO

DEFINIÇÃO

Em sentido lato, a expressão “contrato de trabalho” designa um gênero muito amplo e compreende a todo contrato pelo qual uma pessoa se obriga a uma prestação de trabalho em favor de outra. Em sentido estrito, temos o contrato de trabalho subordinado, que é o regulamentado pela legislação trabalhista.

Não obstante suas características próprias, o contrato de trabalho classifica-se como “contrato” propriamente dito, em função da necessidade do consentimento das partes para sua formalização e realização de seu desiderato. Mesmo que se trate de contrato com cláusulas pré-constituídas (contrato de adesão), onde o empregado somente pode aderir, ou não, sem que lhe seja facultada negociar seu conteúdo, ainda assim subsiste a liberdade de escolha (entre contratar ou não contratar), como elemento fundamental que lhe identifica como contrato.

O direito positivo considera, igualmente, contrato de trabalho a forma tácita de ajuste, eis que a simples tolerância de alguém permitindo e usufruindo o trabalho alheio já terá o mesmo efeito jurídico do pacto expresso, se esse esforço humano estiver cercado das mesmas características do contrato de trabalho (pessoalidade, subordinação, onerosidade e continuidade).

Mesmo quando nulos, até mesmo quando contrariem dispositivos de ordem pública, geram efeitos, em face da proteção do trabalho.

Sua disciplina decorre de fontes estranhas à vontade das partes, o que ocorre em maior ou menor intensidade ao longo da história.

Em nosso momento atual, a flexibilização do Direito do Trabalho, prevista em vários momentos, inclusive na Constituição Federal, nos leva a concluir que, no momento, esta proteção vem se vergando, ante a crises econômicas e o desemprego, mal aparentemente muito

maior que a redução da proteção do trabalhador.

O contrato de trabalho é o acordo tácito ou expresso correspondente à relação de emprego (artigo 442 da CLT). O consentimento a que se refere o artigo pode ser expresso ou tácito.

Esta definição mescla a teoria contratualista (que define o contrato de trabalho como um “contrato” propriamente dito, em razão da autonomia da vontade das partes) e a institucionalista (que define o contrato de trabalho como um instituto e não um contrato e, bastante criticada pelos doutrinadores).

Contrato de trabalho *strictu sensu* é o negócio jurídico pelo qual uma pessoa física (empregado), se obriga, mediante o pagamento de uma remuneração/contraprestação (salário), a prestar trabalho não-eventual (continuidade), em proveito de outra pessoa, física ou jurídica (empregador), a quem fica juridicamente subordinado. É acordo tácito ou expresso correspondente à relação de emprego.

Para reconhecermos a relação jurídica de natureza contratual, temos que observar se ela tem como sujeitos o empregado e o empregador, e como objeto o trabalho subordinado, continuado, assalariado e pessoal.

O contrato de trabalho não tem conteúdo específico. Nele se compreende qualquer obrigação de fazer, desde que realizada em estado de subordinação. Esse modo de ser da prestação (subordinada) é que o distingue de outros contratos afins (empreitada, mandato etc.).

Qualquer contrato que importe uma obrigação pessoal de fazer, pode se transformar, pois, em contrato de trabalho, desde que adote seus requisitos quando da formalização.

O consentimento pode ser expresso (verbal ou escrito) e tácito, quando sua existência é induzida da prática de atos e fatos, de ações ou omissões, que não teriam lugar se não houvesse da parte do agente o ânimo de aceitar a proposta que lhe foi feita.

O objeto do contrato de trabalho, como nos contratos em geral, é constituir uma obrigação. Os objetos das obrigações por eles criadas, por sua vez, é que consistem em uma prestação (de dar, fazer ou prestar). No caso do empregado, a prestação consiste em obrigação de fazer (prestar o trabalho). No caso do empregador, em obrigação de dar (pagar os salários). Nesse sentido é que se diz que o objeto do contrato tem que ser lícito.

MODALIDADES

Os contratos de trabalho podem ser ajustados por prazo determinado ou indeterminado. No contrato por prazo determinado, as partes ajustam antecipadamente seu termo, já no contrato por prazo indeterminado não existe um prazo para sua terminação.

A regra geral, no Direito do Trabalho, é a contratação por prazo indeterminado, considerando que o contrato de trabalho é um contrato de prestações sucessivas, de duração. Tendo em vista o princípio da continuidade do contrato de trabalho, presume-se sua perduração no tempo.

Conforme § 1º do artigo 443 da Consolidação das Leis do Trabalho, o contrato por prazo determinado é “o contrato de trabalho cuja vigência dependa de termo prefixado ou da execução de serviços especificados ou ainda da realização de certo acontecimento suscetível de previsão aproximada”. Estão estabelecidas na Consolidação das Leis do Trabalho as hipóteses em que é possível a sua celebração, transformando-se em prazo indeterminado, caso o prazo não seja cumprido.

Só será válida a celebração do referido contrato, nos seguintes casos:

- e) Serviços cuja natureza ou transitoriedade justifique a predeterminação do prazo;
- f) Atividades empresariais de caráter transitório;
- g) Contrato de experiência.

Os contratos de safra, de atleta profissional, de artistas, de técnico estrangeiro, de

obra certa, de aprendizagem e o da Lei 9.601/98 são considerados por prazo determinado.

EFEITOS

Como explicamos anteriormente, a bilateralidade e a pessoalidade como características do contrato de trabalho, transmitem ao empregado e ao empregador deveres recíprocos. Através de sua validação, o contrato de trabalho gera efeitos próprios, principais, acessórios e conexos.

São principais as obrigações em torno do qual é feito o ajuste do contrato de trabalho, como por exemplo a obrigação que tem o empregado de executar os serviços, objeto do mesmo, e a do empregador, de remunerar a referida prestação.

Como o empregado é um auxiliar no desenvolvimento da atividade do empregador, estando a este pessoalmente subordinado, inúmeras são obrigações advindas desta situação, sendo acessórias ou complementares à obrigação principal de fazer, como por exemplo: agir com responsabilidade, obediência, cooperação e eficiência.

Referidas obrigações impossibilitam que o empregado seja substituído por outrem ou que sejam transmitidas *causa mortis*.

Ainda como consequência das características do contrato de trabalho, o empregador não pode exigir do empregado desempenho superior ao esperado dos demais empregados, respeitada a especificidade de cada atribuição funcional, e nem o empregado pode apresentar, injustificadamente, desempenho menor que o costumeiramente apresentado.

Levando-se em consideração que o empregador responde pelos riscos do empreendimento, normal é que dirija os negócios de acordo com seus interesses, devendo o empregado respeitar as normas internas do empreendimento e cumprir as ordens emanadas do mesmo ou do seu preposto.

Quanto aos efeitos conexos, assim são entendidas as obrigações indiretamente decorrentes do contrato, tais como a cessação de um contrato de locação de imóveis, por ter sido

findado o contrato de emprego feito pelas partes, ou a obrigação que tem o empregador de fornecer os meios e equipamentos necessários para a execução dos serviços ajustados.

TÉRMINO

O contrato de emprego foi formado para ser executado sem prazo para sua terminação, pois sua cessação seria decorrente da morte do empregado ou de sua aposentadoria, e, ainda, quando permitida sua vinculação a prazo, com o advento do termo final ou implemento da condição. Aqui, estamos diante dos casos de extinção do contrato.

Contudo, existem fatores que podem importar na terminação antecipada ou anormal, como a força maior, caso fortuito, *factum principis*, falta grave, despedida sem justa causa ou arbitrária, descumprimento de obrigação patronal, cessação antecipada do contrato a termo etc. Neste caso, fala-se então em dissolução do contrato de trabalho, que pode ocorrer por resilição, resolução e rescisão.

Resilição é a terminação antecipada do contrato, por vontade de uma ou de ambas as partes, podendo ser, unilateral ou bilateral. Resolução é a terminação do contrato sem culpa ou então por culpa de uma ou de ambas as partes. Rescisão é a terminação do contrato por motivo de nulidade.

A cessação do contrato de trabalho é a terminação do vínculo empregatício, com a extinção das obrigações para os contratantes.

No presente estudo, deteremos-nos à cessação do contrato de trabalho por aposentadoria. Se o empregado continuar trabalhando, há a formação de um novo contrato de trabalho.

No Direito Comparado, há legislações que consagram a extinção do contrato de trabalho quando o empregado pede aposentadoria, embora alguma delas não mencionem a possibilidade de o empregado continuar a trabalhar na empresa.

No caso da Espanha, o Estatuto dos Trabalhadores dispõe que o contrato de trabalho se extinguirá com a aposentadoria do trabalhador.

Já em Portugal, existe a cessação automática do pacto laboral com a aposentadoria, tendo sido uma preocupação do legislador a liberação de postos de trabalho, num determinado momento de crise de desemprego.

Na Argentina, quando o empregado tem o poder de requerer o benefício previdenciário, pelo percentual máximo, tem um prazo máximo de um ano para manutenção de seu emprego.

De acordo com o § 1º do artigo 8º, e o § 3º do artigo 10 da Lei 3.807 (LOPS), o empregado só teria direito à aposentadoria quando se desligasse do emprego. Isto trazia prejuízos ao trabalhador, pois este ficava sem renda até que fosse concedida sua aposentadoria.

A Lei 6.887/80, deu nova redação àqueles dispositivos legais anteriormente mencionados, sendo que a aposentadoria por velhice ou por tempo de serviço seriam devidas desde a data da entrada do requerimento, não sendo mais necessário o desligamento do empregado para recebimento do benefício previdenciário.

Posteriormente, a Lei 6.950/81, passou a exigir novamente o desligamento do empregado para a concessão de aposentadoria.

Enquanto a lei anteriormente citada exigia o desligamento do emprego para a concessão da aposentadoria, a alínea *b* do inciso I do artigo 49 da Lei 8.213/91, determina que não há necessidade de desligamento do emprego para o requerimento da aposentadoria, estando o empregado autorizado a continuar trabalhando na empresa. Este fato se extrai, ainda, do entendimento do § 2º do artigo 18 da Lei 8.213/91, quando é mencionado que o aposentado

pode permanecer em atividade sujeita ao Regime Geral da Previdência Social ou a ela retornar.

Ressalte-se ainda, que a continuidade na prestação de serviços na empresa após o requerimento da aposentadoria dependerá de aceitação do empregador, porque o contrato de trabalho tem por requisito a bilateralidade.

O artigo 51 da Lei 8.213/91, dispõe que: “a aposentadoria por idade pode ser requerida pela empresa, desde que o segurado tenha cumprido o período de carência e completado 70 anos de idade, se do sexo masculino, ou 65 anos, se do sexo feminino, sendo compulsória”. A parte final deste artigo, prevê a cessação do contrato de trabalho pela aposentadoria, mas não impede, também, que seja feito novo contrato de trabalho, permanecendo o empregado na empresa.

CAPÍTULO II

DIREITO PREVIDENCIÁRIO

ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Faremos agora uma abordagem preliminar sobre o surgimento, a divisão e a evolução histórica da seguridade e da previdência social.

Pode-se dizer que a fase inicial do seguro social no mundo se deu em 1918, com a criação dos regimes securitários em diversos países europeus, expandindo-se pelo mundo, de 1919 a 1945, na América Latina, Ásia e Oceania.

A fase contemporânea foi marcada pela universalização do acesso às prestações de previdência, de 1946 até os dias atuais.

Observa-se que, historicamente, as questões referentes à aposentadoria no mundo teve como marco a Revolução Industrial, período em que vários operários permaneciam em um mesmo ambiente fabril, propiciando, então, espaços para discussão coletiva a respeito das dificuldades e necessidades das classes trabalhadoras em formação. Neste contexto, os capitalistas se anteciparam aos movimentos dos trabalhadores, viabilizando a criação de leis sociais que vieram a fazer parte das constituições de diferentes países.

A partir de meados do século XX, diversos tratados internacionais permitiram o

desenvolvimento da previdência social no mundo.

Muitas leis foram criadas no mundo todo, sempre em íntima relação com o grau de organização e pressão dos trabalhadores e suas representações, pois a origem e a evolução da previdência social, no Brasil e no mundo, estão intimamente vinculadas à luta dos trabalhadores por maior proteção social, segurança e igualdade de direitos.

Os vários problemas da classe operária emergente na República Velha foram resumidos no conceito da “questão social”. Esta cresceu em relevância não apenas devido a pressão da classe trabalhadora, mas por causa do contexto geral da época.

As primeiras armas dos trabalhadores foram as greves, que afetavam a economia, sendo seu sucesso variável e limitado, dependendo das decisões do dono de cada fábrica.

As greves mais bem sucedidas ocorreram por ocasião da Primeira Guerra Mundial, exacerbando-se com a greve geral de 1917, sobre acidente de trabalho, e a de 1919, que requeria a ratificação do Tratado de Versalhes, o qual previa a criação de uma legislação social trabalhista em todos os países que entraram na guerra para negociar a paz, inclusive o Brasil.

Até o final de 1919, a elite procurou ignorar a questão social, tratando-a pela repressão.

Foi nessa conjuntura que se verificou o marco inicial da previdência brasileira, através da regulamentação do acidente de trabalho, que pelo Decreto nº 3724/19, responsabilizava o empregador pelos acidentes ocorridos no trabalho.

Inicialmente, o sistema funcionava como uma indenização, passando a assumir o caráter de seguro, quando foi incorporado à previdência social através da Lei nº 5316/67.

A partir de 1923, com a Lei Eloy Chaves que se lançam as bases para a futura política do seguro social. Referida Lei determinava a criação de caixas de aposentadorias e pensões – CAP’S para os empregados em empresas ferroviárias, estendendo-se mais tarde para as categorias de trabalhadores mais organizadas e importantes político e economicamente.

A previdência tornou-se o grande centro de reivindicações dos trabalhadores, de forma que, em 1929, todos os candidatos a Presidência da República incluíram o tema em seus programas de governo.

Entre 1930 e 1938, o regime Vargas construiu um sistema de previdência que trouxe proteção social para todos os setores organizados da classe média urbana. Assim, a primeira etapa da era de Vargas foi marcada pela intensa produção legislativa, com muitas inovações no campo das relações de trabalho e das políticas sociais, sobretudo na previdência social.

O governo Vargas instituiu, em 1930, o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, responsável pela unificação das caixas de aposentadoria e pensão, processo que durou duas décadas, pois somente em 1950 a previdência social assegurava direitos à maioria da população urbana assalariada.

A fase de expansão do seguro social no Brasil data da primeira Lei Orgânica da Previdência Social, através do Decreto 20.465/31, alterado pelo Decreto 21.645/1932.

Já a fase de centralização, coordenação e unificação da previdência social, surgiu como uma tendência natural e racional, consubstanciada no Decreto-lei 7.526/45 (Lei Orgânica dos Serviços Sociais) e, posteriormente, em 1960, com a edição da LOPS - Lei Orgânica da Previdência Social, através da Lei 3.807/60, que unificou a legislação dos Institutos de Aposentadorias e Pensões.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 representa uma profunda transformação no padrão de proteção social brasileiro, consolidando as pressões que já se faziam sentir há mais de uma década. Inaugura-se um novo período, no qual o modelo da seguridade social passa a estruturar a organização e o formato da proteção social brasileira, em busca da universalização da cidadania.

No modelo de seguridade social, busca-se romper com as noções de cobertura

restrita a setores inseridos no mercado formal e afrouxar os vínculos entre contribuições e benefícios, gerando mecanismos mais solidários e redistributivos. Os benefícios passam a ser concedidos a partir das necessidades, com fundamento nos princípios da justiça social, o que obriga a estender universalmente a cobertura e integrar as estruturas governamentais.

A Constituição de 1988 avançou em relação às formulações legais anteriores, ao garantir um conjunto de direitos sociais, expressos no Capítulo da Ordem Social, inovando ao consagrar o modelo de seguridade social, como “um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social” (Título VIII, Capítulo II, Seção I, art. 194). A inclusão da previdência, da saúde e da assistência no âmbito da seguridade social introduz a noção de direitos sociais universais como parte da condição de cidadania. Antes, esses direitos eram restritos à população contribuinte da previdência.

O novo padrão constitucional da política social caracteriza-se pela universalidade da cobertura, reconhecimento dos direitos sociais, afirmação do dever do Estado, subordinação das práticas privadas à regulação em função da relevância pública das ações e serviços nessas áreas. Trata-se de uma perspectiva publicista de co-gestão governo/sociedade, um arranjo organizacional descentralizado, com a delimitação das ações estatais em cada setor e do fortalecimento de sistemas de previdência privada, complementar à atuação do Estado.

Segundo a Declaração Universal dos Direitos Humanos,

“todo homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, o direito à seguridade no caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice, ou outros casos do meio de subsistência em circunstâncias fora de seu controle”.²⁹

SEGURIDADE SOCIAL

²⁹ apud PEREIRA, 1999, p.41

CONCEITO

No curso da história, vários conceitos doutrinários de seguridade social foram sendo formulados, considerando-se os diversos estágios da evolução dos sistemas de proteção social, além das condições culturais e financeiras do cada povo.

Limitaremos-nos, neste estudo, ao conceito previsto no artigo 194 de nossa carta magna, que prescreve ser ela um “conjunto integrado de ações, de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinadas a garantir os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”.

SAÚDE

Cabe ao Poder Público, nos termos da lei, regulamentar, fiscalizar e controlar as ações e serviços de saúde. Esta se estrutura através do Sistema Único de Saúde(SUS).

A característica principal desse sistema é a universalidade, sendo dirigido a toda e qualquer pessoa que dele necessite.

PREVIDÊNCIA SOCIAL

Trata-se de um sistema contributivo, mediante o qual os trabalhadores estarão protegidos contra as seguintes contingências: doença, morte, invalidez, idade avançada, encargos familiares, prisão do segurado de baixa renda, além de proteção à maternidade.

É um sistema mais restritivo, diferenciado-se do anterior, por proteger somente aqueles que a este de vincularem.

ASSISTÊNCIA SOCIAL

Destina-se aos hipossuficientes, direcionando-se àquelas pessoas que estão fora do mercado de trabalho, sem proteção previdenciária e em condições indignas de vida. Independente de contribuição, tendo os seguintes objetivos:

- a) Proteção à maternidade, à família, à infância, à adolescência e à velhice;
- b) Amparo às crianças e adolescentes carentes;
- c) Promoção à integração no mercado de trabalho;
- d) Habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e promoção da sua integração à vida comunitária.

O novo modelo de seguridade social foi expresso nos princípios organizadores que passaremos a expor para uma melhor compreensão do leitor.

PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DE SEGURIDADE SOCIAL

Lembrando um pouco do que foi visto no Capítulo I, quando falávamos dos princípios de Direito do Trabalho, ensina Celso Antônio Bandeira de Mello que, “ princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e dá sentido harmônico”.³⁰

Analisaremos os princípios constitucionais específicos da seguridade social, previstos no parágrafo único do artigo 194 da Constituição Federal de 1988, que são:

- a) Universalidade da cobertura e do atendimento (artigo 194, parágrafo único, I): representando a idéia central de seguridade social, como concebida no Relatório Beveridge, que defendia um sistema que protegesse o cidadão do nascimento à morte contra todas as situações de necessidade social. Do aspecto subjetivo, refere-se à universalidade do atendimento, sendo acessível a todos que se encontram naquela situação. Pelo aspecto objetivo, representada pela universalidade de cobertura, define que todas as situações

³⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Elementos de direito administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. P.230.

provocadoras de necessidade social, que de alguma forma afetem a dignidade da pessoa humana, o bem-estar e justiça sociais, devem estar cobertas pelo sistema, na forma da lei;

- b) Uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços prestados às populações urbanas e rurais (artigo 194, parágrafo único, II): resgatando a dívida com os rurícolas, a Carta Magna igualou-os em direitos e obrigações, estabelecendo a equivalência entre estes e os trabalhadores urbanos. Além disso, deverão os benefícios possuir o mesmo valor econômico;
- c) Seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços (art. 194, parágrafo único, III): cabe ao legislador definir quais as situações de necessidade social, selecionando os eventos que merecem cobertura do sistema e definindo os benefícios e serviços correspondentes;
- d) Irredutibilidade do valor dos benefícios (artigo 194, parágrafo único, IV): garantindo a preservação dos benefícios pagos, do ponto de vista nominal e real;
- e) Equidade na forma de participação no custeio (artigo 194, parágrafo único, V): revelando o princípio da capacidade contributiva. Isto significa dizer que quem tem maior capacidade contributiva irá contribuir com mais e quem tem menor capacidade, com menos. Impõe ainda que os contribuintes participem na proporção ao risco social que provoquem;
- f) Diversidade da base de financiamento (art. 194, parágrafo único, VI): A Lei Maior, abrangeu as fontes de financiamento da seguridade que anteriormente era calcado somente na folha salarial, sendo por toda a sociedade financiada, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, da empresa (incidente sobre a folha, a receita e o lucro), sobre a remuneração recebida pelo trabalhador e sobre a receita de concursos de prognósticos;
- g) Caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do governo em órgãos

colegiados (artigo 194, parágrafo único, VII): a Constituição Federal resgatou as origens democráticas do sistema protetivo brasileiro, combinado com seu artigo 10, que determina que o sistema deve ser gerenciado pela comunidade que dele participa, através da composição de órgãos colegiados.

Enquanto o modelo de seguridade social originalmente proposto por Beveridge previa um benefício único universal, correspondente a um mínimo vital a ser assegurado pelo sistema público, o atual sistema articulou três sistemas previamente existentes, regidos por lógicas diversas: a saúde pela necessidade, a previdência pela condição de trabalho e a assistência pela incapacidade.

Referidos princípios não se aplicam igualmente a todos os setores, sendo a universalidade da cobertura e do atendimento o eixo do novo sistema de saúde; tendo a uniformidade e equivalência dos benefícios e sua irredutibilidade como base da reforma da previdência social; e tendo a seletividade e distributividade como princípio orientador da política de assistência social. No entanto, apesar de haver uma maior adaptabilidade de princípios às áreas, sua integração sob o mesmo conceito de seguridade social supunha uma disseminação entre os três componentes.

PREVIDÊNCIA SOCIAL

REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL

Em conformidade com o texto da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, existem três regimes de previdência social: O Regime Geral de Previdência Social – RGPS, o Regime Próprio dos Servidores Públicos e o Regime de Previdência Complementar.

Focaremos nossa exposição no Regime Geral de Previdência Social, em razão dos

limites propostos por este trabalho.

O Regime Geral de Previdência Social – RGPS é um sistema contributivo, baseado no equilíbrio financeiro-atuarial, direcionado aos trabalhadores em geral, ou seja, aos trabalhadores da iniciativa privada e aos servidores públicos sem regime próprio, e está disciplinado pelas Leis 8.212/91 e 8.213/91, que versa sobre dois assuntos, respectivamente: custeio da seguridade social e benefícios previdenciários.

As Leis de Custeio e de Benefícios são regulamentadas através de decretos do Poder Executivo. Até maio de 1999, havia dois decretos vigorando: o Decreto 2.172/97 regulamentava a Lei de Custeio, e o Decreto 2.173/97 regulamentava a Lei de Benefícios. Em 06/05/1999, foi editado o Decreto 3.048/99 que revogou os dois anteriores, consolidando, dessa forma, toda a disciplina referente ao custeio da seguridade social e aos benefícios previdenciários.

Estabelecidos os limites da presente análise, é de suma importância identificarmos os beneficiários do referido regime.

BENEFICIÁRIOS

A previdência social do referido Regime Geral tem como destinatários das prestações de benefícios todos os beneficiários, assim entendidos todas as pessoas titulares de direitos subjetivos perante o Regime Geral da Previdência Social, subdividindo-se em segurados e dependentes.

Segurados são as pessoas físicas que, por desempenharem alguma atividade que determina sua vinculação obrigatória ao sistema ou por contribuírem facultativamente, são titulares de direitos e obrigações de natureza previdenciária.

Os dependentes são todas as pessoas que dependem do segurado economicamente,

conforme expressa disposição legal.

PRESTAÇÕES

As prestações do Regime Geral da Previdência Social estão estabelecidas no artigo 18 da Lei 8.213/91, conhecido como Plano de Benefícios da Previdência Social, onde estão previstas duas espécies de prestações: os benefícios e os serviços. Estas são concedidas ao segurado ou dependente que tiverem preenchido os requisitos necessários para seu deferimento.

Os benefícios são uma obrigação de dar ou pagar ao segurado determinada quantia, pelo fato de ter ele preenchido os requisitos necessários para o deferimento da prestação.

Já os serviços são obrigações cujo objeto é uma prestação positiva em favor do segurado, a prestação de utilidade ou comodidade material, que não envolva pagamento de dinheiro.

Focaremos nosso estudo, em uma das espécies de prestações do RGPS, que é a aposentadoria, fazendo uma breve exposição dos principais conceitos pertinentes à matéria.

SALÁRIO-DE-CONTRIBUIÇÃO

Entende-se por salário-de-contribuição, observado o valor mínimo (salário mínimo) e máximo (R\$ 2.801,56, dois mil, oitocentos e um reais e cinquenta e seis centavos), a partir de maio de 2006:

- a) para o empregado e trabalhador avulso - a remuneração auferida em uma ou mais empresas, assim entendida a totalidade dos rendimentos pagos, devidos ou creditados a qualquer título, durante o mês, destinados a retribuir o seu trabalho;
- b) para o empregado doméstico - a remuneração registrada na Carteira de Trabalho e Previdência Social – CTPS;

- c) para o contribuinte individual - a remuneração auferida em uma ou mais empresas ou pelo exercício de atividade por conta própria, durante o mês; e,
- d) para o segurado facultativo - o valor por ele declarado.

SALÁRIO-BASE

É o valor declarado pelo contribuinte individual e facultativo e serve como base de cálculo de sua contribuição social. A escala de salários-base era composta por dez classes salariais, sendo que o salário-base de cada classe, com exceção da primeira que era igual ao valor de um salário mínimo, era reajustado na mesma época e com os mesmos índices aplicados aos benefícios da previdência social. A partir da Lei 9.876/99, o número mínimo de meses de permanência em cada classe da escala de salários-base vinha sendo reduzido, gradativamente, em doze meses a cada ano. Entretanto, a Medida Provisória 83/2002, convertida em Lei 10.666/2003, extinguiu a escala de salários-base a partir de abril de 2003.

SALÁRIO DE BENEFÍCIO

O salário-de-benefício é a base de cálculo utilizada para apuração da Renda Mensal Inicial (RMI) dos benefícios previdenciários, que em conformidade com o artigo 29 do Plano de Benefícios da Previdência Social, consiste em:

- a) para os benefícios de que tratam as alíneas *b* e *c* do inciso I do art. 18 (aposentadorias por idade e por tempo de contribuição), em média aritmética simples dos maiores salários-de-contribuição correspondentes a 80% (oitenta por cento) de todo o período contributivo, multiplicada pelo fator previdenciário;
- b) para os benefícios de que tratam as alíneas *a*, *d*, *e* e *h* (aposentadorias por invalidez, aposentadoria especial, auxílio-doença e auxílio-acidente), do inciso I do artigo 18, na média aritmética simples dos maiores salários-de-contribuição correspondentes a 80% (oitenta por

cento) de todo o período contributivo”.

Antes da vigência da Lei 9.876/99, que instituiu este critério para o cálculo do salário-de-benefício, este era calculado com base na média aritmética dos 36(trinta e seis) últimos salários-de-contribuição, sem aplicação de fator previdenciário. Devido a esta mudança, a Lei também determina que o período básico de cálculo não vá além de julho de 1994.

O salário-de-benefício não será inferior ao salário mínimo nem superior ao limite-teto do salário-de-contribuição na data de início da prestação.

FATOR PREVIDENCIÁRIO

Fator previdenciário é uma fórmula matemática, baseada em cálculos atuariais, utilizada no cômputo do valor dos benefícios de aposentadoria por tempo de contribuição e por idade, que leva em consideração as variáveis de expectativa de sobrevida, idade e tempo de contribuição, com o intuito de desestimular aposentadoria precoce.

A expectativa de sobrevida é obtida a partir da tábua de mortalidade construída pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, considerando-se a média nacional única para ambos os sexos.

APOSENTADORIAS

As aposentadorias são pagamentos mensais vitalícios, efetuados ao segurado por motivo de tempo de contribuição, idade, incapacidade para o trabalho ou trabalho exercido em atividades sujeitas a agentes nocivos.

APOSENTADORIAS POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO

A aposentadoria por tempo de contribuição é devida ao segurado que completa, no mínimo, 35 (trinta e cinco) anos de serviço, se do sexo masculino, ou 30(trinta), se do sexo

feminino. Seu valor corresponde a 100% (cem por cento) do salário-de-benefício.

A aposentadoria pode se efetivar de forma:

- a) Integral aos 35 (trinta e cinco) anos de contribuição, se do sexo masculino, ou aos 30 (trinta), se do sexo feminino;
- b) Proporcional aos 30 (trinta) anos de contribuição, se do sexo masculino, ou aos 25 (vinte e cinco), se do sexo feminino.

Com a edição da Lei 8.213/91, os trabalhadores e empregadores rurais passaram a ter direito à aposentadoria por tempo de contribuição, desde que cumpram o período de carência de 15 (quinze) anos de contribuição.

O segurado inscrito na Previdência Social até 16 de dezembro de 1998 (data da publicação da Emenda Constitucional 20/98) pode se aposentar aos 25 (vinte e cinco) e 30 (trinta) anos de contribuição, respectivamente, se do sexo feminino ou masculino, desde que tenha 48 (quarenta e oito) ou 53 (cinquenta e três) anos de idade. Nesse caso, o tempo de contribuição que faltava, em 16 de dezembro de 1998, para completar os 25 (vinte e cinco) ou 30 (trinta) anos, será majorado em 40% (quarenta por cento) e o valor do benefício corresponderá a 70% (setenta por cento) do salário-de-benefício acrescido de 5% (cinco por cento) por cada grupo de 12 (doze) contribuições, até o limite de 100% (cem por cento).

O professor e a professora podem se aposentar, respectivamente, aos 25 (vinte e cinco) e 30 (trinta) anos de contribuição, desde que comprovem, exclusivamente, tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio.

APOSENTADORIA ESPECIAL

A aposentadoria especial é devida ao segurado que tiver trabalhado sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante 15 (quinze), 20

(vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, devendo ser comprovada a exposição aos agentes nocivos químicos, físicos, biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física.

APOSENTADORIAS POR IDADE

A aposentadoria por idade é devida ao segurado que alcança o limite de idade de 65 (sessenta e cinco) anos, se homem, ou de 60 (sessenta) anos, se mulher, exceto no caso dos trabalhadores rurais, para os quais esses limites são de 60 (sessenta) e 55 (cinquenta e cinco) anos, respectivamente.

Se o empregado já cumpriu o período de carência, ao completar 70 (setenta) anos de idade, se do sexo masculino, ou 65 (sessenta e cinco), se do sexo feminino, a empresa deve requerer sua aposentadoria, sendo esta compulsória.

APOSENTADORIAS POR INVALIDEZ

Tem direito à aposentadoria por invalidez o segurado que, estando ou não em gozo de auxílio-doença, é considerado incapaz para o trabalho e insuscetível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência. O aposentado por invalidez tem cancelada a aposentadoria se voltar voluntariamente à atividade, ao contrário dos outros tipos de aposentadorias, que são vitalícias.

CLASSIFICAÇÃO

A aposentadoria espontânea é aquela requerida pelo próprio segurado ao Instituto Nacional do Seguro Social - INSS quando presentes os requisitos legais. Desta feita, são consideradas espécies de aposentadoria espontânea:

- h) Aposentadoria por idade;
- i) Aposentadoria por tempo de contribuição;

j) Aposentadoria especial.

Não se enquadra como aposentadoria espontânea a aposentadoria por idade requerida pela empresa quando o empregado contar com 70 (setenta) anos de idade, se homem, ou 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se mulher (além da carência necessária) e a aposentadoria por invalidez.

CAPÍTULO III

APOSENTADORIA E A EXTINÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO

EVOLUÇÃO HISTÓRICA NO BRASIL

Faremos agora uma exposição da evolução normativa pertinente ao assunto, onde pudemos observar uma variação no posicionamento da matéria, ora entendendo que a aposentadoria voluntária extinguiu o contrato de trabalho, ora permitia que o empregado continuasse com o vínculo empregatício sem solução de continuidade do contrato de trabalho.

Os artigos 30 e 32 da Lei 3.807/60 deixavam implícito o entendimento de que as aposentadorias por velhice e tempo de serviço seriam causas extintivas do contrato de trabalho.

Em 08 de Junho, a Lei 5.890/73, introduziu diversas alterações na Lei 3.807/60, dispondo em seu artigo 10, § 3º que

“Art. 10.....
 § 3º A aposentadoria por tempo de serviço será devida:
 I – a partir da data do desligamento do emprego ou da cessação da atividade, quando requerida até 180(cento e oitenta) dias após o desligamento;
 II – a partir da data da entrada do requerimento, quando solicitada após decorrido o prazo estipulado no item anterior.
”

Ou seja, dispôs expressamente que somente após o desligamento do empregado a

aposentadoria seria devida. O requerimento poderia ser apresentado sem o desligamento, ou seja, com o empregado em atividade, mas a concessão do benefício dependia da prova do desligamento.³¹

Em 1943, quando do início da vigência da Consolidação das Leis do Trabalho, o artigo 453 do referido diploma rezava que o empregado, quando readmitido, teria o período da prestação de serviço computado, ainda que não contínuos, desde que o empregado não tivesse sido despedido por falta grave ou recebido indenização legal.

A redação original regulamentava hipóteses em que o empregado dispensado sem falta grave ou que não tivesse recebido indenização legal pudesse retornar às atividades com o cômputo do período trabalhado anteriormente.

Com dicção clara, dispunha o artigo 453 da CLT, em sua redação original, *in verbis*:

“Art. 453. No tempo de serviço de empregado, quando readmitido, serão computados os períodos, ainda que não contínuos, em que tiver trabalhado anteriormente nas empresa, salvo se houver sido despedido por falta grave ou tiver recebido indenização legal”.

Naquela época, o artigo 453 celetista nada dispunha sobre a hipótese da aposentadoria espontânea. Frisa-se que o termo ‘readmitido’ pressupunha que o contrato de trabalho anterior do empregado havia sido extinto. No entanto, isso não implicava dizer que a aposentadoria espontânea resultava, necessariamente, na extinção do contrato de trabalho.

O artigo celetista dispunha em extinção contratual e não em rompimento da relação contratual resultante da aposentadoria espontânea, que, não obstante possuírem certas semelhanças, resultam em institutos completamente distintos.

Em 29.04.1975, a Lei 6.204/75 alterou o artigo 453 da Consolidação das Leis do

³¹ Arion Sayão Romita, Efeitos da Aposentadoria sobre o Contrato de Trabalho, p. 1052.

Trabalho, acrescentando a esse dispositivo a aposentadoria espontânea como modalidade de exclusão do período anteriormente trabalhado na empresa, caso o empregado retornasse à atividade, passando a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 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.”

Essa alteração teve como paradigma a Lei 5.890/73, que introduziu várias mudanças na legislação da previdência social e dentre elas a obrigatoriedade do desligamento do empregado da empresa em que trabalha ou a cessação da atividade, para ter deferido o benefício previdenciário da aposentadoria.

Com o acréscimo da expressão aposentadoria espontânea ao art. 453 da Consolidação das Leis do Trabalho e com a obrigação legal do desligamento do emprego para o recebimento da aposentadoria, firmou-se a orientação no sentido de que a aposentadoria extinguiu o contrato de trabalho, bem como extinguiu o tempo de serviço anterior, sendo que o empregado aposentado que retornasse a atividade na mesma empresa formaria uma nova relação contratual sem comunicação do período anteriormente laborado.

Conforme parecer do Prof. Arion Sayão Romita:

“Este era o estágio em que, então, encontravam-se a definição legal e o entendimento doutrinário: a aposentadoria definitiva extinguiu o tempo de serviço anterior e sua concessão dependia do desligamento do empregado. O retorno do aposentado à atividade era possível, surgindo novo contrato de trabalho e assegurando ao aposentado, apenas, o direito a um pecúlio, quando do afastamento definitivo da atividade.”³²

A Consolidação das Leis da Previdência Social (Decreto 77.077/76) manteve na íntegra, em seu artigo 41, § 3º, o dispositivo da Lei 5.890/73, exigindo o desligamento do

³² Arion Sayão Romita, op.cit., p. 1053.

emprego ou a prova deste para a concessão da aposentadoria.

Este entendimento vigorou até 1980, quando a Lei 6.887/80 alterou o artigo 5º da Lei 3.807/60, eliminando a exigência prévia de desligamento do empregado para a concessão da aposentadoria, passando a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 5º

§ 3º O segurado que, após ter sido aposentado por tempo de serviço ou idade, voltar a, ou continuar em atividade sujeita ao regime desta Lei, terá direito, quando dela se afastar, a um pecúlio constituído pela soma das importâncias correspondentes às próprias contribuições, pagas ou descontadas durante o novo período de trabalho, corrigido monetariamente e acrescido de juros de 4% (quatro por cento) ao ano, não fazendo jus a outras prestações, salvo as decorrentes de sua condição de aposentado.”

Assim, uma nova orientação surgiu, permitindo que empregado aposentado continuasse a laborar. No entanto, a expressão “o novo período de trabalho” acima referido, deixa margem ao entendimento de que uma nova relação de trabalho surgiria.

Entretanto, essa orientação durou menos de um ano, pois a Lei 6.950/81 restabeleceu a exigência de comprovação do desligamento do emprego para recebimento da aposentadoria, conforme redação abaixo:

“Art. 3º - A aposentadoria dos segurados empregados sujeitos ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho será devida:

I - a partir da data do comprovado desligamento do emprego, quando requerida antes dessa data, ou até 180 (cento e oitenta) dias após o desligamento; e

II - a partir da data da entrada do requerimento, quando requerida após o prazo estipulado no item anterior.”

O Decreto 89.312/84, aprovou nova Consolidação das Leis da Previdência Social, mantendo o mesmo entendimento sobre a matéria, do então revogado Decreto 77.077/76.

Em 24 de Julho de 1991 passou a vigorar a Lei 8.213/91 que, conforme disposto anteriormente, dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social. Referido diploma

legal prescreve em seu artigo 49:

“Art. 49. Aposentadoria por idade será devida:

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

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

b) da data do requerimento, quando não houve desligamento do emprego ou quando for requerida após o prazo previsto na alínea “a”;

II – para os demais segurados, da data da entrada do requerimento”.

Novamente, o desligamento do emprego para a concessão do benefício previdenciário deixou de ser obrigatório, sendo permitido o requerimento do benefício previdenciário ainda que contínua a relação empregatícia.

A Lei 9.032/95, ao alterar as leis 8.212/91 e 8.213/91, dispôs expressamente que o aposentado que continuasse em suas atividades, ou que voltasse a exercê-las após a aposentadoria espontânea, seria considerado como segurado obrigatório, passando a ter contribuição compulsória.

Verifica-se, daí, que o ordenamento jurídico pátrio alterou sua posição e não mais passou a exigir a extinção do contrato de trabalho para concessão da aposentadoria.

Entretanto, a Lei 9.258/97, entre outras providências, acrescentou dois parágrafos ao artigo 453 da CLT, com o seguinte teor:

“Art. 453. No tempo de serviço de 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 sua readmissão desde que atendidos aos requisitos constantes do art. 37, inciso XVI, da Constituição, e condicionada à prestação de concurso público.

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

Em 19 de dezembro de 1997, foi deferida medida cautelar na Ação Direta de

Inconstitucionalidade 1.721-3, para suspender, até a decisão final da ação, a eficácia do parágrafo segundo, acima mencionado.

Da mesma forma, em 14 de maio de 1998, foi deferida outra medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.770-4, para suspender, com efeito *ex nunc*, a execução e aplicabilidade do parágrafo primeiro.

O Supremo Tribunal Federal declarou, liminarmente, a inconstitucionalidade desses dispositivos celetistas, reconhecendo que a aposentadoria espontânea do trabalhador não constitui motivo para extinção do contrato de trabalho mantido com o seu empregador, quer seja ente público ou pessoa jurídica de direito privado.

Em 08 de Novembro de 2000, não obstante ao posicionamento do Supremo Tribunal Federal, o Tribunal Superior do Trabalho, órgão de cúpula da Justiça do Trabalho, elaborou a Orientação Jurisprudencial 177, que rezava:

“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”.

Mesmo após a concessão da liminar pelo Supremo Tribunal Federal, a polêmica nos Tribunais continuava, ora considerando a aposentadoria espontânea como causa de extinção do contrato de trabalho, ora não a considerando causa de extinção do liame trabalhista, conforme podemos extrair nas decisões a seguir expostas:

“EMENTA: APOSENTADORIA ESPONTÂNEA. NÃO EXTINÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. A aposentadoria espontânea do trabalhador não extingue o contrato de trabalho na hipótese de continuidade da relação de emprego, sem qualquer interrupção. A aposentadoria é direito adquirido do trabalhador, depois de anos de contribuição, nada influenciando no contrato de trabalho quando continua prestando serviços nas mesmas condições ao período anterior à aposentadoria. (Processo 00088.2006.050.03.00.3 – Rel. Juiz Manoel Barbosa Silva – 7ª Turma – TRT/3ª R. – DJMG 22/08/2006)

“EMENTA: SERVIDOR PÚBLICO CELETISTA. APOSENTADORIA ESPONTÂNEA. EXTINÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. Por força do disposto no art. 453 da CLT, o qual se aplica ao servidor público celetista, a aposentadoria espontânea põe fim ao contrato de trabalho de pleno direito, mesmo se o servidor continuar a trabalhar após a jubilação dele, aplicando-se também a hipótese do servidor público celetista, o entendimento predominante do TST inserido na Orientação Jurisprudencial n. 177 da SDI-1 (Processo 00021.2006.073.03.00.2 – Rel. Juiz Rodrigo Ribeiro Bueno. 7ª Turma – TRT/3ª R. – DJMG 29/08/2006).

Em 11 de Outubro de 2006 o Supremo Tribunal Federal, quase 09 (nove) anos após deferir a liminar, em decisão plenária, por maioria, nos termos do voto Relator, julgou procedente a ADIN 1.721, declarando inconstitucional o §2º do artigo 453 da CLT.

Após essa decisão, imediatamente, o Tribunal Superior do Trabalho retirou de pauta todos os processos que tratava da extinção do contrato de trabalho nos casos de aposentadoria espontânea, base da Orientação Jurisprudencial 177 da Seção de Dissídios Individuais – SDI-1 daquele Tribunal.

Tal medida se fez necessária uma vez que, declarado, pelo Supremo Tribunal Federal, a inconstitucionalidade do §2º do artigo 453 da CLT, não mais seria plausível existir as divergências de decisões que certamente ocorreria nas Turmas do Tribunal Superior do Trabalho, posto que a 4ª Turma e a Seção Especializada em Dissídios Individuais (SDI-2) adotavam o entendimento no sentido de que, ainda que o contrato fosse único, a multa de 40% (quarenta por cento) incidiria apenas sobre os depósitos posteriores a aposentadoria. Fundamentava-se que a finalidade do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e da multa de 40% (quarenta por cento) sobre o saldo dos depósitos era prover o trabalhador de recursos financeiros enquanto buscava novo emprego e, uma vez percebendo os proventos da aposentadoria, a indenização teria sua finalidade desvirtuada.

Por outro lado, as 1ª, 2ª, 3ª e 5ª Turmas entendiam, em casos semelhantes, que o pagamento da multa de 40% sobre os depósitos deveria ser efetuada em todo o período.

Em 25 de Outubro de 2006, por unanimidade, o Pleno do Tribunal Superior do Trabalho decidiu cancelar a Orientação Jurisprudencial 177. Com o cancelamento decidido, as

Turmas do Tribunal Superior do Trabalho voltaram a julgar os processos relativos a aposentados que continuaram trabalhando, entretanto agora observando a decisão emanada do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a aposentadoria espontânea não extingue o contrato de trabalho.

E o primeiro julgamento se deu justamente na data de 25 de outubro de 2006, quando a Primeira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, em voto relatado pelo Ministro João Orestes Dalazen, condenou a Reclamada a pagar ao Reclamante a multa de 40% do FGTS sobre os depósitos de todo o período do contrato de emprego, mesmo após ter aposentado voluntariamente e continuado a trabalhar.

A 2ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho também já manifestou seu entendimento após a decisão do Supremo Tribunal Federal e do Plenário do Tribunal Superior do Trabalho, determinando que a multa de 40% sobre o FGTS incida sobre todo o período trabalhado.

Em 14 de novembro de 2006 a Seção de Dissídios Individuais - SDI-1/TST se posicionou no sentido de que a aposentadoria espontânea não leva à extinção do contrato de trabalho, que possui caráter uno, mesmo que o aposentado permaneça em atividade (EEDRR 709374/2000.3).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como pudemos observar, durante o decorrer dos anos não houve uma pacificação de opiniões e julgados sobre os efeitos da aposentadoria voluntária sobre o contrato de trabalho.

Ao iniciarmos o desenvolvimento deste estudo, o mérito da Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.721-3, ainda não tinha sido decidido. Embora o referido dispositivo já estivesse com sua eficácia suspensa, conforme visto anteriormente, muito aguardado era o posicionamento definitivo da Suprema Corte sobre o tema, principalmente por todos que atuam na área trabalhista.

Apesar das inúmeras sinalizações do Supremo Tribunal Federal, muitas decisões se pautavam no entendimento contido na Orientação Jurisprudencial 177 da Seção de Dissídios Individuais I, no sentido da aposentadoria espontânea do empregado ser causa de extinção automática do contrato de trabalho e, por isso mesmo, suscetível de isentar o empregador do pagamento da multa de 40% (quarenta por cento) incidente sobre os depósitos do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço.

No entanto, recentemente, o Supremo Tribunal Federal julgou a inconstitucionalidade do artigo 453, §2º da CLT, dispondo exatamente o contrário. Este Tribunal considerou que este parágrafo instituía outra modalidade de extinção do vínculo de emprego, sem qualquer relação com o cometimento de falta grave pelo empregado e com a vontade do empregado. Para ele, a aposentadoria é um benefício previsto na Constituição,

dando-se por efeito do exercício regular de um direito (aposentadoria voluntária), não podendo colocar seu titular numa situação mais danosa do que uma falta grave.

Ora, se a própria Constituição não definiu o que seria considerado dispensa com justa causa, não vemos óbice que a norma infraconstitucional, neste caso a CLT, inclua a aposentadoria voluntária como mais uma delas, eximindo o empregador de mais um encargo (multa rescisória de 40% (quarenta por cento) incidente sobre os depósitos do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço).

Sabemos que, ao proclamar, em sede de controle concentrado, a impossibilidade de se tomar a aposentadoria espontânea como causa de extinção automática do contrato de trabalho, o Supremo Tribunal Federal profere decisão com efeito vinculante. Assim dispõe o § 2º do artigo 102 da Constituição:

"As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal."

Com o cancelamento da referida Orientação Jurisprudencial, acreditava-se que ocorreria um processo de "flutuação da jurisprudência", onde os casos que tramitam no judiciário seriam resolvidos um a um, onde cada magistrado decidiria conforme sua própria convicção, até que se fosse definido um denominador comum.

Diante do cenário que se instaurou sobre a tão discutida questão, resta-nos seguir o caminho traçado pela pauta vinculativa emanada da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADIN 1.721-3, pois sabemos ainda que o artigo 102, inciso I, alínea I, da Constituição Federal assegura a eficácia das decisões do Supremo Tribunal Federal, cujo descumprimento acarreta reclamação para preservação da sua competência e garantia da autoridade de suas decisões.

Não queremos aqui, ser contrários à posição da Suprema Corte, em seu papel de defensor da Carta Magna, e nem tampouco afastar o papel maior para o qual se preconiza o Direito do Trabalho na proteção do trabalhador, mas é necessário continuarmos a reflexão sobre todas as consequências da referida medida, independente de considerarmos a unicidade do contrato de trabalho. Precisamos analisar, sobre um olhar mais crítico, o objetivo para o qual foi criado o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, através da Lei 5.107/66.

A decisão do Supremo Tribunal Federal gera consequência econômica vantajosa aos empregados e grande desvantagem ao empregador. Para aqueles, a medida foi uma vitória para todos os aposentados que se encontram na ativa e para os que estão em vias de aposentadoria, pois terão assegurado o Direito que será aplicado no conflito de interesses.

Para o empregador, as consequências serão bastante onerosas, podendo inclusive refletir, nos custos de produção, já que pela decisão do Supremo Tribunal Federal a base de cálculo para o pagamento das verbas rescisórias deverá contemplar todo o contrato de trabalho prestado durante sua permanência na empresa, inclusive o período anterior à aposentadoria.

Admitir devida a multa rescisória do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, calculada inclusive no período que antecede a aposentadoria é criar no ambiente empresarial um passivo trabalhista, não previsto, onde milhares de causas poderão surgir.

Além do alto passivo trabalhista devido pelas empresas aos seus empregados, a repercussão quanto à continuidade do emprego será revista pelo empregador que diante da possibilidade de manter em seu quadro de pessoal profissionais mais antigos e experientes, não relutará em substituí-los por profissionais com menos tempo de serviço, pois a cada ano maior será o custo de pessoal para empresa ocasionado tanto pela perda gradativa da capacidade laboral quanto pela onerosidade no momento de um desligamento sem justa causa.

Analisando sob esta ótica, não consideramos esta decisão vantajosa ao empregado, que terá reduzida ou eliminada a possibilidade de continuar trabalhando na empresa,

impossibilitando-o de melhorar sua renda já que na realidade do nosso país o empregado não se aposenta para descansar, pois valores provenientes do órgão previdenciário não são suficientes para preservar sua subsistência.

Buscamos no presente estudo, não nos restringir às determinações legais, pois o bom Direito representa a vontade geral do povo, não sendo a Lei por si só, suficiente para a realização da justiça.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Elementos de direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Ltr, 2005.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 2ª ed. São Paulo: LTR, 2003.

Direito Previdenciário – Roteiro de Estudos/Roberto de Carvalho Santos - **apostila de Pós-Graduação em Direito Público do IEC/PUC MINAS**, jun. 2005.

DONATO, Messias Pereira. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 1979.

In “**Tratado Elementar de Direito do Trabalho**”, Vol. I, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960.

LIMA, Francisco Meton Marques de. **Elementos de direito do trabalho**. 10ª ed. São Paulo: LTR, 2004.

_____. **Os princípios de direito do trabalho diante da reforma neoliberal**. *Revista LTr*: legislação do trabalho, São Paulo, ano 61, maio 1997.

_____. **Princípios de direito do trabalho na lei e na jurisprudência**. São Paulo: Ltr, 1994.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito do Trabalho**, 27ª ed, Editora Malheiros.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **Manual esquemático de direito e processo do trabalho**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MARTINS, Sergio Pinto. **Curso de direito do trabalho**. 4ª ed. São Paulo: Dialética, 2005.

_____. **Legislação Previdenciária**. 5ª. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MORAES FILHO, Evaristo de. e MORAES, Antonio Carlos Flores de. **Introdução ao direito do trabalho**. 7ª ed. São Paulo: LTR, 1995.

MORAES FILHO, Evaristo de. **Introdução ao Direito do Trabalho**, 1º Vol. Revista Forense.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

OLIVEIRA, Aristeu de. **Manual prático da previdência social**. 9ª. ed. São paulo: Atlas, 2000.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de direito do trabalho**. São Paulo:LTR, 1997.

ROMITA, Arion Sayão. **Efeitos da Aposentadoria sobre o Contrato de Trabalho**. [S.n.t].

RUSSOMANO, Mozart Victor. (1984). **O empregador e o empregado no direito brasileiro**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho**. 2ª ed., São Paulo: Renovar, 2004.

VIANA, Márcio Túlio. **A proteção social do trabalhador no mundo**

globalizado- O direito do Trabalho no limiar do século XXI. Vol. 63. n ° 07, 63-07/885-896,
São Paulo: LTR, 1999.