

Empregado aposentado - Rescisão do contrato de trabalho - Multa do FGTS

Sumário

Introdução

I - Contribuição previdenciária

II - FGTS e demais verbas trabalhistas

III - Rescisão contratual

IV - Entendimentos

V - Polêmica

VI - Cancelamento da Orientação Jurisprudencial SBDI-1 nº 177

VII - Orientação Jurisprudencial SBDI-1 nº 361

VIII - Jurisprudências

Introdução

Existem dúvidas em relação à base de cálculo da multa do FGTS (Fundo de Garantia do Tempo de Serviço) por ocasião da dispensa sem justa causa deste trabalhador aposentado.

Neste Comentário, demonstraremos os entendimentos relacionados ao tema.

I - Contribuição previdenciária

O trabalhador aposentado que continuar ou voltar a exercer atividade remunerada é segurado obrigatório do Regime Geral da Previdência Social (RGPS), estando sujeito aos recolhimentos previdenciários, de acordo com tabela abaixo:

SALÁRIO-DE-CONTRIBUIÇÃO (R\$)	ALÍQUOTA PARA FINS DE RECOLHIMENTO AO INSS
até 1.024,97	8,00%
de 1.024,98 até 1.708,27	9,00%
de 1.708,28 até 3.416,54	11,00%

Neste contexto, prevê o § 1º da art. 9º do Decreto nº 3.048/1999:

§ 1º O aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social que voltar a exercer atividade abrangida por este regime é segurado obrigatório em relação a essa atividade, ficando sujeito às contribuições de que trata este Regulamento.

Fundamentação: § 1º da art. 9º do Decreto nº 3.048/1999 e Anexo II da Portaria Interministerial MF/MPS nº 350/2009.

II - FGTS e demais verbas trabalhistas

O empregado aposentado fará jus ao recebimento de todas as verbas decorrentes de seu trabalho, tais como: pagamento de salário até o 5º quinto dia útil, férias acrescidas de 1/3 constitucional, aviso

prévio trabalhado ou indenizado, 13º salário, depósito mensal de FGTS e multa de 40% em caso de rescisão sem justa causa, por iniciativa do empregador, etc.

Assim, inexistente regra na legislação atual que defina tratamento diferenciado a este trabalhador.

Fundamentação: art. 1º da Lei nº 4.090/1962; § 6º do art. 15 e art. 18 da Lei nº 8.036/1990; arts. 140, 146, 458 e 487 da CLT; e Súmula nº 171 do TST.

III - Rescisão contratual

O empregado aposentado que tiver seu contrato de trabalho rescindido sem justa causa, por iniciativa do empregador, fará jus as mesmas verbas que os demais trabalhadores.

Assim, na rescisão do contrato de trabalho por prazo indeterminado, por iniciativa do empregador sem justa causa, o empregador deverá pagar as seguintes verbas:

a) Empregado com menos de um ano de vínculo empregatício:

- saldo de salários;
- aviso prévio trabalhado ou indenizado;
- 13º salário;
- férias proporcionais acrescidas de 1/3 constitucional;
- depósito ao FGTS relativo ao mês da rescisão e mês anterior;
- depósito de importância igual a 40% do montante dos depósitos de FGTS em conta vinculada, acrescidos de juros e atualização monetária;

b) Empregado com mais de 1 ano de vínculo empregatício:

- saldo de salários;
- aviso prévio trabalhado ou indenizado;
- 13º salário;
- férias proporcionais acrescidas de 1/3 constitucional;
- férias vencidas acrescidas de 1/3 constitucional (se ainda não as tiver gozado);
- depósitos do FGTS inclusive o referente à quitação e ao mês anterior;
- depósito de importância igual a 40% do montante dos depósitos de FGTS em conta vinculada, acrescidos de juros e atualização monetária;

NOTA:

Além da multa de 40%, caberá ao empregador, em caso de despedida de empregado sem justa causa, depositar a contribuição social de 10% (dez por cento) sobre o montante de todos os depósitos devidos, referentes ao FGTS, durante a vigência do contrato de trabalho, acrescido das remunerações aplicáveis às contas vinculadas.

Fundamentação: inciso XXI do art. 7º da Constituição Federal de 1988; art. 7º do Decreto nº 57.155/1965; § 6º do art. 15 e § 1º do art. 18 da Lei nº 8.036/1990; art. 1º da Lei Complementar nº 110/2001; arts. 146, 147 e 487 da CLT; Circular CEF nº 479/2009 e Súmula nº 171 do TST.

IV - Entendimentos

É comum que os empregadores tenham dúvidas em relação à base de cálculo da multa rescisória de 40% do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) a ser paga ao empregado que se aposentou durante a vigência do contrato de trabalho, e foi posteriormente, dispensado sem justa causa.

A dúvida em questão está diretamente relacionada com a concessão, pela Previdência Social, da aposentadoria voluntária ao empregado e a conseqüente relação, ou não, da extinção automática do contrato de trabalho.

Neste sentido, existiam dois entendimentos.

Para a primeira corrente, havia o entendimento de que a aposentadoria espontânea extinguiu o contrato de trabalho, mesmo quando o empregado continuava a trabalhar na empresa após a concessão do benefício previdenciário.

Desse modo, seria indevida a multa de 40% do FGTS em relação ao período anterior à aposentadoria. Entre os defensores desse posicionamento estava o Tribunal Superior do Trabalho (TST), o qual manifestou seu entendimento por meio da Orientação Jurisprudencial (OJ) da Seção Especializada em Dissídios Individuais (SBDI-1) nº 177:

Nº 177 APOSENTADORIA ESPONTÂNEA. EFEITOS. *Inserida em 08.11.2000 - (Cancelada - DJ 30.10.2006)*

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.

Por outro lado, havia corrente que defendia que a aposentadoria espontânea não extinguiu o contrato de trabalho. Logo, a multa de 40% deveria ser aplicada sobre o saldo de FGTS depositado durante todo o período da vigência do contrato de trabalho.

V - Polêmica

A polêmica foi dirimida pelo Supremo Tribunal Federal (STF), quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 1721, que por sua vez, decidiu que a concessão de aposentadoria espontânea a empregado não implica na extinção automática da relação de emprego.

Observa-se ainda, que a Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI 1721, considerou inconstitucional o parágrafo 2º do artigo 453 da CLT, que prevê:

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

VI - Cancelamento da Orientação Jurisprudencial SBDI-1 nº 177

Em 30.10.2006 o Tribunal Superior do Trabalho (TST) cancelou a OJ SBDI-1 nº 177.

O cancelamento teve como objetivo a adequação do posicionamento do TST às decisões proferidas pelo STF, nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADINs) nºs 1.721-3 e 1.770-4.

Com o referido cancelamento, as turmas do TST passaram a julgar os processos relativos a aposentados que continuaram trabalhando, em conformidade com o entendimento manifestado pelo STF.

VII - Orientação Jurisprudencial SBDI-1 nº 361

Corroborando ao entendimento de que a aposentadoria não extingue o contrato de trabalho, foi divulgada a OJ SBDI-1 nº 361, que por sua vez prevê:

Nº 361 APOSENTADORIA ESPONTÂNEA. UNICIDADE DO CONTRATO DE TRABALHO. MULTA DE 40% DO FGTS SOBRE TODO O PERÍODO. DJ 20, 21 e 23.05.2008

A aposentadoria espontânea não é causa de extinção do contrato de trabalho se o empregado permanece prestando serviços ao empregador após a jubilação. Assim, por ocasião da sua dispensa imotivada, o empregado tem direito à multa de 40% do FGTS sobre a totalidade dos depósitos efetuados no curso do pacto laboral.

Diante da análise da OJ nº 361, fica claro que a aposentadoria espontânea não leva à extinção do contrato de trabalho, ainda que o aposentado permaneça em atividade.

Desse modo, o entendimento predominante versa no sentido de que a multa de 40% do FGTS, em caso de empregado que se aposentou no decorrer do contrato de trabalho, incidirá sobre a totalidade dos depósitos efetuados no curso do pacto laboral.

VIII - Jurisprudências

"RECURSO DE REVISTA APOSENTADORIA ESPONTÂNEA. EFEITOS. MULTA DE 40% DO FGTS. De acordo com a Orientação Jurisprudencial 361 da SBDI-1 do TST, a aposentadoria espontânea não extingue o contrato de trabalho, não configurando hipótese de dispensa motivada, razão pela qual o empregado tem direito à multa de 40% do FGTS incidente sobre a totalidade dos depósitos efetuados no curso do contrato, bem como às parcelas rescisórias relativas a dispensa sem justa causa. Recurso de Revista conhecido e provido." (TST - RR - 376/2006-302-02-00 Relator - GMMEA DJ - 26/06/2009).

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA DESCABIMENTO. 1. APOSENTADORIA VOLUNTÁRIA - NÃO-EXTINÇÃO DO CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABALHO. A aposentadoria espontânea não é causa de extinção do contrato de trabalho se o empregado permanece prestando serviços ao empregador após a jubilação. Assim, por ocasião da sua dispensa imotivada, o empregado tem direito à multa de 40% do FGTS sobre a totalidade dos depósitos efetuados no curso do pacto laboral." (TST - AIRR - 7401/2007-003-09-40 Relator - GMALB DJ - 26/06/2009).

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. APOSENTADORIA ESPONTÂNEA. UNICIDADE CONTRATUAL. MULTA DE 40% SOBRE O FGTS. A decisão do Tribunal Regional harmoniza-se com a atual jurisprudência desta Corte, consubstanciada na Orientação Jurisprudencial nº 361 da SBDI-1, no sentido de que a aposentadoria espontânea não extingue o contrato de trabalho. Encontrando-se, então, a decisão do Tribunal Regional em consonância com a jurisprudência desta Corte, aplica-se, à hipótese, o óbice da Súmula nº 333 do TST e do art. 896, § 4º, da CLT. Agravo de instrumento a que se nega provimento." (TST - AIRR - 988/2007-007-06-40 Relator - GMWOC DJ - 26/06/2009).

"MULTA DE 40% DO FGTS. APOSENTADORIA ESPONTÂNEA. O direito à aposentadoria espontânea encontra-se inserido no âmbito da relação jurídica existente entre o segurado e o INSS - Instituto de Previdência Social, não influenciando na relação de emprego, até porque a natureza da relação jurídica previdenciária é distinta da relação de trabalho. Desde a publicação da Lei 8.213/91, o jubramento deixou de ser fator extintivo do contrato de trabalho. Logo, a aposentadoria espontânea somente é causa de extinção do contrato de emprego quando o empregado deixa de trabalhar, espontaneamente, em razão da aposentação. Caso contrário, mantém-se íntegro o seu contrato de emprego. Nessa hipótese, se o empregador, no exercício do seu poder potestativo, dispensar o obreiro aposentado sem justa causa, deve arcar com todos os efeitos legais e patrimoniais próprios

da rescisão imotivada do contrato de trabalho, dentre elas a multa de 40% sobre o FGTS." (TRT 2ª Região - 2ª Turma - RO 20090115036 - Relatora: Odette Silveira Moraes - Data da publicação: 10/03/2009).