

INFORMATIVO JURÍDICO – JANEIRO 2009

SERVIDOR CELETISTA APOSENTADO ESPONTANEAMENTE PODE CONTINUAR TRABALHANDO.

A Unesp tem informado aos servidores celetistas que a concessão de aposentadoria voluntária pelo INSS, implicará automaticamente na extinção do contrato de trabalho, conforme entendimento da AJ da Universidade e as regras contidas no Despacho nº 1999/99-Runesp e interpretação das decisões proferidas nas ADins 1.721 e 1770 do Supremo Tribunal Federal.

Por diversas vezes a Assessoria Jurídica do Sintunesp, em consultas formuladas por muitos servidores, tem se manifestado contrariamente à conduta adotada pela Unesp, pois o entendimento da Universidade confronta com a orientação jurisprudencial do STF de que a aposentadoria espontânea do empregado público ou privado não implica na rescisão automática do contrato de trabalho.

O entendimento da Unesp decorre da interpretação equivocada dos acórdãos proferidos nas ADins 1.721 e 1770 do STF, que declararam a inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º do artigo 453 da CLT, que ora transcreve-se:

“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.

§ 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 artigo 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 completado 35 anos de serviço, se homem, ou trinta, se mulher, importa em extinção do vínculo empregatício”.

O STF decidiu pela inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º do dispositivo acima citado, por entender que os mesmos contrariam princípios constitucionais que preservam valores sociais do trabalho, principalmente o contido no artigo 7º I de nossa Carta Magna:

“Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos”;

Verifica-se que a matéria versada no artigo 53 da CLT refere-se ao ato de readmissão do empregado ao trabalho, estabelecendo o § 1º que o servidor público celetista (empregado público) aposentado espontaneamente só poderá ser readmitido mediante novo concurso público, porém vedando a acúmulo de proventos salvo as exceções contidas no inciso XVI do artigo 37 da Constituição Federal, norma esta que foi declarada inconstitucional por nossa Corte Máxima.

Com o decreto pelo STF de inconstitucionalidade dos dispositivos legais citados a Unesp continua a aplicar as regras estabelecidas no Despacho 199/99-Runesp, ou seja, o entendimento de que a aposentadoria espontânea do servidor celetista faz cessar o vínculo empregatício, não sendo devida inclusive verbas rescisórias e multa fundiária, ficando nova contratação sujeita à aprovação prévia em concurso público de provas ou provas e títulos.

As decisões do STF nas Adins 1721 e 1770 merecem interpretação sistemática, pois a primeira declarou inconstitucional a previsão contida no § 2º do artigo 453 da CLT, afastando o preceito de que a aposentadoria espontânea do servidor público celetista gera o rompimento do contrato de trabalho, e por conseguinte, a despedida arbitrária ou sem justa causa sem o pagamento de qualquer indenização; o que também afastou, no caso do § 1º do mesmo artigo 453 da CLT, qualquer hipótese de readmissão por novo concurso do servidor público celetista aposentado espontaneamente, já que o vínculo empregatício fica mantido mesmo que este venha a aposentar-se voluntariamente.

Cumprе ressaltar que o servidor público celetista, está vinculado ao Regime Geral de Previdência Social – RGPS previsto no artigo 202 e seguintes da Constituição Federal, significando que o ato de concessão de sua aposentadoria resulta de uma relação contratual com o INSS, não havendo qualquer vínculo com o empregador, no caso o Estado.

Tanto é verdade que após as decisões do STF nas Adins 1721 e 1770, o TST editou a Orientação Jurisprudencial nº 361 da SBDI-1, segundo a qual **“a aposentadoria espontânea não é causa de extinção do contrato de trabalho se o empregado permanece prestando serviços ao empregador após a jubilação”**, colacionando-se abaixo ementaS de decisões recentes do TST e TRF 3º Região :

“APOSENTADORIA ESPONTÂNEA – EFEITOS – 1- O Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da adin nº 1.721-3/DF, em 11/10/2006, declarou a inconstitucionalidade do artigo 453, §§ 1º e 2º, da CLT, em face da afronta ao artigo 7º, I, da Constituição Federal e da contrariedade aos dispositivos que tratam dos valores sociais do trabalho. Nessa mesma assentada, ficou estabelecido que a aposentadoria espontânea não extingue o contrato de trabalho. Em virtude disso, este Tribunal cancelou a Orientação Jurisprudencial nº 177 da SBDI-1 e passou a adotar em inúmeros precedentes o posicionamento da mencionada ADIn, de que a aposentadoria previdenciária constitui um benefício e o direito a ele decorre da relação do segurado com o Sistema Geral de Previdência e o Instituto Nacional de Seguridade Social, sem provocar a extinção da relação de emprego. Encerrou-se, portanto, o debate acerca da possibilidade de extinção dos contratos de trabalho pela aposentadoria espontânea, por força da decisão emanada do excelso STF

e, posteriormente, desta colenda Corte. 2- Desse modo, não tendo sido comprovado nos autos que a rescisão deu-se a pedido do reclamante, conclui-se pela legalidade da permanência do trabalhador no emprego e, conseqüentemente, pela unicidade do contrato de trabalho, fazendo jus o autor ao pagamento das verbas rescisórias decorrentes da dispensa imotivada, relativas ao aviso prévio indenizado e à multa de 40% sobre os depósitos do FGTS de toda contratualidade. 3- Recurso de revista conhecido e provido. (TST – RR 2266/2005-046-02-00 – 7ª T. – Rel. Caputo Bastos – J. 01.10.2008)”

– “PREVIDENCIÁRIO – REMESSA OFICIAL – CUMULAÇÃO DE APOSENTADORIA COM VENCIMENTOS RECEBIDOS DE ENTIDADE PÚBLICA – RESTABELECIMENTO DE APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO – SUSPENSÃO INDEVIDA – INCONSTITUCIONALIDADE DOS §§ 1º E 2º DO ART. 463 DA CLT – CUSTAS – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – I- É lícito o acúmulo de aposentadoria com a remuneração oriunda de vínculo de emprego com o serviço público, conforme autoriza os artigos. 5º, XXXVI e 7º, XXIV, da Constituição Federal. II- O Supremo Tribunal Federal, nas ADIN's 1.721-3 e 1770-4, reconheceu a inconstitucionalidade e suspendeu a eficácia dos parágrafos 1º e 2º do artigo 453 da CLT, introduzidos pelos artigos 3º e 11 da lei 9.528/97. III- Em 03.02.2000, a entidade autárquica editou a Instrução Normativa nº 12, que revogou a Ordem de Serviço nº 592, de 07.01.98 e determinou a reativação de todas as aposentadorias suspensas em razão das alterações trazidas pela mencionada lei nº 9.528/97, o que demonstra a procedência da pretensão da autora. IV- Honorários advocatícios mantidos em 10% sobre o valor da causa. V- A autarquia está isenta de custas e emolumentos. VI- Remessa oficial e apelação do INSS desprovidas. (TRF 3ª R. – AC 1999.61.00.002017-2 – (937761) – 9ª T. – Rel. Hong Kou Hen – DJe 12.11.2008 – p. 2051)”

Conclui-se, desse modo, que o servidor público celetista pode aposentar-se espontaneamente junto ao INSS, e continuar exercendo as suas funções normalmente, já que não se opera a rescisão do contrato de trabalho, não sendo lícito à Unesp exigir o desligamento do servidor, bem como não deve o servidor assinar qualquer documento que implique na solicitação de sua demissão.

RECEITA FEDERAL PUBLICA NORMAS PARA RESTITUIÇÃO DE IMPOSTO DE RENDA DESCONTADO INDEVIDAMENTE DE FÉRIAS VENDIDAS.

A Receita Federal divulgou através do Ato Declaratório Interpretativo nº 28 os procedimentos para a restituição dos valores do Imposto de Renda descontados sobre o abono pecuniário, consistente na venda de 1/3 (um terço) das férias eventualmente vendidas pelos trabalhadores no último ano de 2008.

O Ato Declaratório prevê que para os empregados tenham direito à restituição, os empregadores deverão declarar o abono de férias como rendimento isento na Declaração do Imposto de Renda Retido na Fonte (DIRF) e no Comprovante Anual de Rendimento Pagos ou Creditados e de Retenção do Imposto de Renda Na Fonte. Com isso, o valor total do rendimento tributável que o funcionário deverá declarar na sua declaração de IR deve diminuir.

A medida foi adotada em razão da Receita Federal ter recentemente unificado o entendimento no âmbito administrativo de que não deve ocorrer a cobrança do tributo sobre o valor dos dez dias de férias vendidos pelo trabalhador.

A matéria não é nova, pois o Superior Tribunal de Justiça (STJ), desde 1995, mantém o entendimento de que o fisco não deve cobrar IR sobre o valor das férias vendidas, tanto é que a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (PGFN), desde 2006, tem dispensado seus procuradores de recorrerem de decisões favoráveis aos contribuintes sobre o assunto.

Todavia o Ato Declaratório Interpretativo nº 28 só traça os procedimentos relativos ao desconto do último ano de 2.008, não fazendo qualquer menção aos períodos anteriores em que eventualmente tenha ocorrido a tributação.

Desse modo, o trabalhador que sofreu a tributação sobre 1/3 (um terço) das férias vendidas nos últimos 5 (cinco) anos, tem direito a restituição dos valores descontados no referido período, devendo buscar a devolução judicialmente.