

Da Não Cessação do Contrato de Trabalho pelo Advento da Aposentadoria Especial

Mauricio De Carvalho Salviano

Advogado, Mestre em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP, Professor da Graduação e da Pós-Graduação em Direito do UniToledo, em Araçatuba/SP.

RESUMO: *O presente artigo traz uma análise sobre os efeitos da aposentadoria especial no contrato de trabalho, frente à legislação previdenciária, trabalhista, e os princípios constitucionais. Ainda, trata-se sobre a decisão do Supremo Tribunal Federal que destacou a impossibilidade da aposentadoria voluntária em rescindir o contrato de emprego, uma vez que não poderia a legislação previdenciária e trabalhista criar uma nova forma de dispensa arbitrária, em desacordo com a Constituição Federal. Como é um tema que possui norma previdenciária disposta sobre a previsão da necessidade do afastamento do emprego, em caso de o trabalho gerar nocividade à saúde do trabalhador, pretende-se aplicar os princípios que norteiam a liberdade de trabalho, além de comparar institutos trabalhistas e previdenciários, para demonstrar a falta de coerência legislativa hodiernamente existente.*

PALAVRAS-CHAVE: *Aposentadoria especial; cessação; contrato de trabalho.*

SUMÁRIO: [Introdução](#); [1 Da obrigatoriedade do afastamento de atividades nocivas](#); [2 Das atividades nocivas ao trabalho vinculadas à aposentadoria especial](#); [3 Da discussão em torno da ADIn 1.721 do STF](#); [4 Análise da Lei nº 8.213/1991 pela ótica positivista](#); [Conclusões](#); [Referências](#).

"Nada é... Tudo sempre está se fazendo. Tudo flui, nada permanecendo, senão o que é instável, pois onde não há inconstância, há decadência." (Heráclito)

INTRODUÇÃO

Está prevista na legislação previdenciária (§ 8º do art. 57 da Lei nº 8.213/1991) a obrigatoriedade do aposentado de forma especial em se afastar de atividades que continuem comprometendo sua higidez física e mental, isto é, continuar trabalhando em local nocivo à sua saúde, da forma como vinha laborando durante os anos anteriores, que lhe possibilitaram este tipo de aposentadoria.

[68 RSP Nº 57 - Nov-Dez/2013 - PARTE GERAL - DOUTRINA](#)

Os segurados que possuem este direito são os empregados, os avulsos e os cooperados filiados a uma cooperativa de trabalho ou de produção. Assim, pela dicção do artigo de lei citada anteriormente, estes trabalhadores podem continuar a trabalhar, em qualquer atividade, exceto naquelas atividades ou operações que os sujeitem aos agentes nocivos constantes do Anexo IV do Decreto nº 3.048/1999. O que se pretende com este artigo é afirmar que o aposentado de forma especial, por conta de uma decisão do STF - Supremo Tribunal Federal sobre a desnecessidade de rescindir o contrato de trabalho quando surge uma aposentadoria voluntária, não precisará se afastar do emprego, mesmo quando o trabalho for nocivo à saúde.

Vejam os argumentos.

1 DA OBRIGATORIEDADE DO AFASTAMENTO DE ATIVIDADES NOCIVAS

Como visto anteriormente, o Regime Geral de Previdência Social exige o afastamento do aposentado especial de atividades listadas como nocivas à sua saúde.

Tsutiya (2008, p. 341) afirma que "o fundamento da aposentadoria especial é retirar o trabalhador do ambiente de trabalho antes de ter a saúde comprometida".

Pois bem. A aposentadoria especial foi criada pelo art. 31 da Lei nº 3.807/1960, e, como afirma Mussi (2008, 136), "a redação original da LOPS nada dispunha a respeito da necessidade de extinção do vínculo empregatício para obter a aposentadoria".

Buscando normas cronologicamente posteriores, verificamos que, em 1973, a aposentadoria se tornou causa de extinção do contrato de trabalho pela Lei nº 5.890, havendo uma reviravolta em 1980, pela Lei nº 6.887, quando a aposentadoria não mais era causa de término da relação de emprego, como relatado por Jorge Neto e Cavalcante (2009, p. 287). Depois, em 1981, pela Lei nº 6.950, foi restabelecida a necessidade do desligamento do emprego para requerer a aposentadoria, ficando desta forma até a presente data para o caso da aposentadoria especial, quando o trabalhador queira continuar laborando na atividade que gerou a aposentação.

[RSP Nº 57 - Nov-Dez/2013 - PARTE GERAL - DOUTRINA 69](#)

A doutrina pátria é unânime em dizer que há necessidade do desligamento do emprego, na forma prescrita na lei. Vejamos:

- a) Martins (2010, p. 354) declara que "o aposentado de forma especial não fica inválido para o trabalho, apenas não pode exercer atividade que o exponha a agentes nocivos à saúde";
- b) Miranda (2007, p. 207) informa que "o exercício de atividade laborativa de natureza comum não interfere no gozo do benefício";
- c) Vianna (2008, p. 466) esclarece que, "uma vez obtida a Aposentadoria Especial (a partir de 29.4.1995), o segurado não mais poderá trabalhar com exposição a agentes nocivos, sob pena de cancelamento do benefício pelo INSS";
- d) Oliveira (2002, p. 101) explica que "o segurado não poderá continuar ou retomar o exercício de atividade ou operações que o sujeitem aos agentes nocivos. O seu empregador terá que alterar o seu contrato de trabalho no que concerne ao trabalho executado, para que ele passe a executar outro, fora da ação daqueles agentes";
- e) Felipe (2006, p. 80) esclarece que "o segurado contemplado com a aposentadoria especial não pode retornar à mesma atividade que lhe gerou o benefício em condições especiais, sob pena de perda do benefício (art. 57, § 8º, da Lei nº 8.213/1991)";
- f) Lazzari e Castro (2004, p. 540), além de informar a impossibilidade do retorno à atividade nociva à saúde, apontam que, "curiosamente, não há penalização prevista para o empregador que exija do segurado já aposentado que trabalhe em condições nocivas à saúde. Ou seja, a aposentadoria especial também não é definitiva, ao contrário do que sustentam alguns doutrinadores, no sentido de que somente a aposentadoria por invalidez seria concedida de forma precária";
- g) Gonçalves (2007, p. 130), por via transversa, informa singelamente que há necessidade de sair do emprego, quando trata em sua obra do início desta aposentadoria, afirmando que este ocorrerá quando da "data do desligamento do segurado empregado (extinção do contrato de emprego), quando requerida até esta data, ou até 90 dias depois dela. Da data da entrada do pedido quando não houver desligamento do emprego ou quando for requerido após o prazo de 90 dias".

[70_RSP Nº 57 - Nov-Dez/2013 - PARTE GERAL - DOUTRINA](#)

2 DAS ATIVIDADES NOCIVAS AO TRABALHO VINCULADAS À APOSENTADORIA ESPECIAL

Da interpretação conjunta dos arts. 57 e 58 da Lei nº 8.213/1991, subentende-se que o Poder Executivo é quem irá definir quais são as atividades nocivas - químicas, físicas e biológicas - para fins de exclusão do trabalhador de seu emprego. Com efeito, o Decreto nº 3.048/1999 trouxe a lume o Anexo IV, com um rol imenso de atividades, das quais apontamos algumas, *verbis*:

- fabricação e vulcanização de artefatos de borracha;
- fabricação de pérolas artificiais;
- fabricação e aplicação de fungicidas;
- operações de mergulho com o uso de escafandros ou outros equipamentos;
- mineração subterrânea cujas atividades sejam exercidas afastadas das frentes de produção.

Logo, tanto a Lei nº 8.213/1991 como a doutrina anteriormente referida compreendem que um trabalhador que ficou 25 anos trabalhando em um ambiente com pressão atmosférica anormal e se aposentou de forma especial está impossibilitado de continuar fazendo "operações de mergulho com o uso de escafandros ou outros equipamentos", da forma supracitada.

Caso continue a laborar nesta função, o benefício será suspenso, o que só poderá acontecer depois de se garantirem ao "inativo" os benefícios do contraditório e da ampla defesa.

No entanto, o STF, por meio de uma liminar na ADIn 1.721-MC entendeu por bem que a aposentadoria não é causa de dispensa arbitrária, ou seja, não é causa de cessação do contrato de trabalho, o que iremos apreciar no próximo capítulo.

[RSP Nº 57 - Nov-Dez/2013 - PARTE GERAL - DOCTRINA 71](#)

3 DA DISCUSSÃO EM TORNO DA ADIN 1.721 DO STF

O Supremo Tribunal Federal - STF, por meio da ADIn 1.721-MC, cujo Relator foi o Ministro Ilmar Galvão, decidiu que:

[...] a relação mantida pelo empregado com a instituição previdenciária não se confunde com a que o vincula ao empregador, razão pela qual o benefício previdenciário da aposentadoria, em princípio, não deve produzir efeito sobre o contrato de trabalho.

Com esse raciocínio, decidiu-se que a aposentadoria voluntária não mais força o trabalhador a ser demitido do emprego - e se percebe que a Constituição Federal - CF de 1988, ao colocar princípios de proteção como o dos "valores sociais do trabalho" (art. 1º, inciso IV), o de que a ordem econômica deverá se preocupar com a "existência digna" do trabalhador, "conforme os ditames da justiça social" (art. 170), e a "busca do pleno emprego" (inciso VIII), além de lembrarmos que a CF expõe que o trabalho é a primeira preocupação da sociedade, já que ela provoca um bem-estar no trabalhador, gerando, então, justiça social (art. 193), determinou uma nova releitura da necessidade ou não do empregado continuar no emprego, após se aposentar de forma especial.

Na discussão da ADIn 1.721, o Ministro Eros Grau proferiu um voto digno de nota. Vejamos:

Da interação, no quadro da Constituição de 1988, entre o valor social do trabalho, a valorização do trabalho humano e os demais princípios por ela contemplados - particularmente o que define como fim da ordem econômica (mundo do ser) *assegurar a todos existência digna* - resulta que *valorizar o trabalho humano* e tomar como fundamental o *valor social do trabalho* importa em conferir ao trabalho e seus agentes (os trabalhadores) tratamento peculiar.

O Ministro Gilmar Mendes - sobre o fato de haver necessidade, pela lei, do empregado ter que se afastar do emprego para aposentar - afirmou que isso "se chama de excesso de Poder Legislativo". E disse mais:

Eu imaginava que o legislador, no seu poder de conformação, poderia, sim, estabelecer, como faz com a relação de trabalho, causas especiais, distinção, sem que para isso houvesse um fundamento de inconstitucionalidade. Esse era o meu embaraço e essa era uma pré-compreensão inicial. Mas depois me convenci desse argumento, porque, de fato, as relações aqui se dão, pelo menos no Direito brasileiro, de forma autônoma - isso também foi destacado na discussão que se travou quando da cautelar. Ministro Pertence destacou-o muito bem.

[72 RSP Nº 57 - Nov-Dez/2013 - PARTE GERAL - DOCTRINA](#)

Com isso, ao dizer sobre a autonomia das relações oriundas do trabalho, fica claro que o direito do trabalho não se vincula ao direito previdenciário, o que provoca uma necessária reflexão se a aposentadoria especial estaria provocando efeitos no contrato de trabalho, isto é, se a relação previdenciária (entre segurado e INSS) geraria efeitos entre empregado e empregador.

Ainda o Ministro Gilmar Mendes:

Parece-me que não se pode - este é um bom exemplo também - fazer uma interpretação constitucional sem proceder ao exame daquilo que chamamos de "fatos legislativos", esses elementos integradores da própria realidade normativo-constitucional - e foi destacado, de forma

percuciente, pelo Ministro Carlos Britto -, mostrando que, entre nós, haveria um descompasso e até, talvez, uma extrema iniquidade se se referendasse a fórmula legislativa adotada. [...] De fato, essa norma acaba por onerar demasiadamente o trabalhador pelo fato simplesmente de exercer o direito à aposentadoria.

Vejamos que a liberdade do trabalhador de exercer qualquer ofício ou profissão, consubstanciada no inciso XIII do art. 5º da CF/1988, ficou violada pela Lei nº 8.213/1991 quando esta impõe o afastamento do emprego, após a dação da aposentadoria especial. Como disse Gilmar Mendes, "essa norma acaba por onerar demasiadamente o trabalhador pelo fato simplesmente de exercer o direito à aposentadoria".

Entretanto, de forma contrária pensa Aragonés Vianna (2010, p. 508), ao dizer que "a restrição" a continuar o labor em atividades nocivas pelo aposentado de forma especial "tem suporte constitucional, na medida em que objetiva proteger a saúde do trabalhador, não configurando violação à liberdade de exercício profissional".

4 ANÁLISE DA LEI Nº 8.213/1991 PELA ÓTICA POSITIVISTA

A Lei nº 8.213/1991 é enfática em determinar que o aposentado de forma especial deverá se afastar do emprego, quando as atividades lá dispostas sejam nocivas à sua saúde. Dentro de um raciocínio lógico-jurídico, poderíamos dizer de modo deontológico que, pelo fato de ter havido a aposentadoria especial, deve-se o afastamento. Caso o afastamento seja negativo, isto é, em não havendo a rescisão contratual, deve-se a suspensão do pagamento dos proventos da aposentadoria especial.

[RSP Nº 57 - Nov-Dez/2013 - PARTE GERAL - DOCTRINA 73](#)

Em Bobbio (1995, p. 132), apuram-se as características fundamentais do positivismo jurídico, e entre elas destacamos:

a) "quanto ao modo de abordar, de encarar o direito: o positivismo responde a este problema considerando *o direito como fato e não como um valor*";

b) "quanto à *teoria do ordenamento jurídico*, que considera a estrutura não mais da norma isoladamente tomada, mas do conjunto de normas jurídicas vigentes numa sociedade", em busca então de uma coerência do ordenamento.

Falar em positivismo é lembrar de Hans Kelsen, que conseguiu demonstrar o Direito de forma científica, mas, como lembra Coelho (2009, p. 70), de forma muito dura até, "o empreendimento da teoria pura do direito é um fracasso. Nenhum doutrinador, na literatura nacional ou estrangeira, é fiel adepto da hermenêutica kelseniana".

Hoje, dentro de um pós-positivismo, a ideia é assumir, é fazer valer um comportamento, que seja coerente com o que pregam a Constituição Federal e seu guardião, isto é, o Supremo Tribunal Federal - STF.

Ora, se a Constituição expõe diversos princípios - diga-se de passagem - fundamentais, sobre a proteção do trabalho, da sua liberdade, dando margem à pessoa humana escolher o que é digno para si, e o STF interpreta que, em casos de aposentadoria voluntária, não se pode encerrar o contrato de trabalho - sendo que a aposentadoria especial é voluntária -, entende-se que hoje o Direito a ser aplicado é aquele que o cidadão espera que seja cumprido, isto é, tanto as normas constitucionais como as decisões da mais alta Corte, e não mais uma lei dissociada da realidade, como é a de nº 8.213/1991. Ferraz Jr. (p. 321) expõe que:

Tanto a teoria dogmática da aplicação do direito quanto a teoria da argumentação jurídica mostram um quadro em que a decisão aparece como um sistema de procedimentos regulados em que cada agente age de certo modo, porque os demais agentes estão seguros de poder esperar dele certo comportamento.

[74 RSP Nº 57 - Nov-Dez/2013 - PARTE GERAL - DOCTRINA](#)

De outro lado, impõe-se observar que, se um trabalhador estiver há mais de 25 anos trabalhando em mina de subsolo e ele poderia estar aposentado - no mínimo - há cinco anos, mas decidiu continuar seu labor, seja por desconhecimento da norma, seja porque a renda que ele teria como aposentado não lhe garantiria seu sustento, em nada o direito previdenciário obrigaria o a parar de trabalhar.

É fato, então, que a aposentadoria especial é voluntária, i.é, aposenta quem quiser, e, em caso de aposentado, deverá sair do emprego. Já quanto aquele que quis continuar trabalhando em atividade nociva à saúde, a lei nada impõe a ele, com relação ao afastamento desta atividade. É uma situação contraditória a imposta pela Lei nº 8.213/1991.

Nesse sentido, Adeotado (2009, p. 377), citando Alexy, informa:

Buscando fundamentar seu postulado de que todo direito depende da moral e tem pretensão de correção, Alexy também aponta o caráter disfuncional que teria o que chama de "cláusula da injustiça" (*Ungerechtigkeitsklausel*), sinceramente assumida por algum sistema de normas que se apresentem como de direito. Pelo exemplo que imagina, uma Constituição não poderia admitir expressamente em um artigo que o Estado que ela constitui fosse um Estado injusto, mesmo que isso correspondesse sinceramente às intenções da elite dominante.

CONCLUSÕES

Do quanto se expôs, extraem-se as seguintes ilações:

1. A aposentadoria especial é um benefício previdenciário previsto na Lei nº 8.213/1991, sendo que o art. 57 desta norma determina que o trabalhador que prestou serviços em minas de subsolo (frente de produção) irá se aposentar com 15 anos de contribuição; já quem laborou em minas de subsolo (atrás da frente de produção) e com asbestos (amianto) aposentar-se-á com 20 anos de contribuição; as demais atividades nocivas à saúde, constantes do rol previsto no Anexo IV do Decreto nº 3.048/1999, darão a possibilidade ao obreiro de se aposentar com 25 anos de contribuição, independentemente de sua idade;
 2. O § 8º do art. 57 da referida lei impõe ao trabalhador que se afaste das atividades nocivas à sua saúde e sua integridade física, que fizeram com que se pudesse garantir a citada aposentadoria especial, podendo, entretanto, continuar trabalhando, desde que em outra atividade, sem riscos à saúde do empregado;
- RSP Nº 57 - Nov-Dez/2013 - PARTE GERAL - DOCTRINA 75
3. O Supremo Tribunal Federal, por meio de decisão em ADIn 1721, decidiu que a aposentadoria voluntária não pode ser uma causa de dispensa arbitrária do empregado da empresa, utilizando argumentos previstos nos arts. 1º, 170 e 193 da Constituição Federal;
 4. A Constituição Federal, no art. 5º, inciso XIII, prevê, ainda, que a pessoa humana é livre para exercer qualquer atividade, ofício e profissão, sendo que na legislação previdenciária não há previsão expressa de que o segurado que trabalhou mais de 15, 20, ou 25 anos em atividade nociva à sua saúde será aposentado compulsoriamente;
 5. Caso o obreiro venha a se aposentar de forma especial, ele está obrigado a se afastar do emprego em atividade nociva à sua saúde, sob pena de suspensão do benefício previdenciário, lembrando que esta aposentadoria é voluntária, ou seja, o trabalhador requererá se quiser, mas, em conquistando-a, deverá se desligar do emprego que atenta contra sua saúde;
 6. No entanto, caso o empregado queira continuar trabalhando por mais de 25 anos, nem a lei previdenciária, nem a trabalhista (CLT) impõem seu afastamento, o que denota uma contradição normativa;
 7. Ante este excesso legislativo, consubstanciado no § 8º do art. 57 da Lei nº 8.213/1991, deverão - tanto a Previdência Social como os empregadores - se amoldarem ao que restou decidido pelo Excelso Supremo Tribunal Federal, na ADIn 1.721, e cessarem (a) a suspensão do benefício previdenciário denominado aposentadoria por invalidez quando o obreiro continuar laborando em atividades nocivas à sua saúde, (b) bem como deixarem de rescindir o contrato de trabalho, já que não pode existir esta possibilidade de dispensa arbitrária do empregado, só por ter se aposentado de forma especial.

REFERÊNCIAS

- ADEODATO, João Maurício. *Ética & retórica*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- ARAGONÉS VIANNA, João Ernesto. *Curso de direito previdenciário*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*. São Paulo: Ícone, 1995.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Para entender Kelsen*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- [76_RSP Nº 57 - Nov-Dez/2013 - PARTE GERAL - DOUTRINA](#)
- FELIPE, J. Franklin Alves. *Curso de direito previdenciário*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- GONÇALES, Odonel Urbano. *Manual de direito previdenciário*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: Atlas, 2009.
- LAZZARI, João Batista; CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. *Manual de direito previdenciário*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2004.
- MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da seguridade social*. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- MIRANDA, Jediael Galvão. *Direito da seguridade social*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.
- MUSSI, Cristiane Miziara. *Os efeitos jurídicos do recebimento dos benefícios previdenciários no contrato de trabalho*. São Paulo: LTr, 2008.
- OLIVEIRA, Antônio Carlos de. *Curso de direito previdenciário: homenagem a Moacyr Velloso Cardoso de Oliveira*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2002.
- TSUTIYA, Augusto Massayuki. *Curso de direito da seguridade social*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- VIANNA, Cláudia Salles Vilela. *Previdência social: custeio e benefícios*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2008.