

Complementação de aposentadoria condicionada a
que o empregado requiera o benefício previdenciário
em certo prazo contado da implementação das
condições para aposentar-se por tempo de serviço
ou por velhice.

P A R E C E R

DE

ARNALDO SÜSSEKIND - DÉLIO MARANHÃO

sobre a Consulta formulada pela "FUNDAÇÃO
FORLUMINAS DE SEGURIDADE SOCIAL - FORLUZ"

SUMÁRIO:

I	- Da Consulta.....	§§ 01 a 07
II	- Do conceito de seguridade social e dos obje- tivos da previdência privada complementar.....	§§ 08 a 19
III	- Da chamada "cláusula expulsória", impugnada pe- lo MPAS.....	§§ 20 a 23
IV	- Da jurisdição do plano de suplementação de aposentadoria da FORLUZ e da inocorrência de fraude à lei.....	§§ 24 a 55
V	- Conclusões.....	§§ 56 a 59

P A R E C E R

I - Da Consulta

1. A FUNDAÇÃO FORLUMINAS DE SEGURIDADE SOCIAL - FORLUZ" , tendo em vista os pareceres exarados no processo MPAS nº 003.609/79, aprovados pelo Ministro da Previdência e Assistência Social (D.O. de 12.07.79, págs. 9.835/40), solicita o nosso parecer sobre a tese neles defendida e sua aplicação à regra inserida no item 24 do Regulamento do Plano de Suplementação de Aposentadorias da Consulente.

2. O parecer do Dr. ORLANDO RIBEIRO DE MORAES no mencionado processo tem a seguinte ementa:

"Previdência Privada. Entidades Fechadas. Inclusão nos seus estatutos ou regulamentos de norma determinante da perda parcial ou total dos benefícios aos participantes que, implementando as condições para se aposentarem, não o façam. Descabimento da medida por configurar fraude às legislações trabalhista e previdenciária. Conveniência de revisão dos estatutos e/ou regulamentos já aprovados para o fim de os conformar à legislação aplicável descaracterizando, inclusive, ilicitude penal".

3. Ao submeter o processo à decisão do Ministro de Estado, o ilustre Consultor Jurídico do Ministério, Dr. FRANCISCO SALZANO VIEIRA DA CUNHA, o fez

"propondo, de imediato, por parte da Secretaria de Previdência Complementar, a adoção das medidas preconizadas no presente Parecer, ou seja, a exclusão da "cláusula expulsória" dos estatutos, regimentos ou regulamentos das entidades fechadas de previdência privada. A medida deve atingir inclusive as entidades que já obtiveram aprovação deste Ministério, como cita o parecer".

4. Esclarece a Consulente que

"Em nosso Regulamento, no item 24, que trata da composição da suplementação, criamos um plano especial, nos casos de aposentadoria por tempo de serviço e por velhice, no qual a composição da suplementação compreende duas parcelas:

1. uma fixa, no valor de 50%;
2. outra variável, conforme a época em que fizer o associado jús ao benefício (24.1 - 24.1.1 - 24.1.2 - 24.1.3).

Assim, o empregado da CEMIG, ao optar pela entrada no quadro da FORLUZ, adere a um plano especial de suplementação que, naqueles casos enumerados, tem uma composição mista. Acresce notar que os cálculos atuariais de nossa Fundação foram todos baseados nesse critério de suplementação variável. Qualquer alteração na forma e valor da suplementação irá, irremediavelmente, influir nos cálculos, com inegável reflexo nos custos dos planos e, conseqüentemente, nos valores das contribuições de seus mantenedores."

5. O precitado item dispõe:

"24. COMPOSIÇÃO DA SUPLEMENTAÇÃO

24.1 - Na concessão da suplementação de aposentadoria por tempo de serviço aos associados que completarem 30 (trinta) anos de serviço, se do sexo feminino e, 35 (trinta e cinco) anos, se do sexo masculino, e o limite de idade de 55 (cinquenta e cinco) anos, bem como na aposentadoria por velhice daqueles que completarem 60 (sessenta) anos de idade, se do sexo feminino e, 65 (sessenta e cinco) anos se do sexo masculino, serão observadas as seguintes regras:

24.1.1 - Metade da suplementação e do adicional referidos nos itens 11.2, 11.3, 12.2, 12.3, 13.3, 14.2 e 14.3 e seus subitens 22.1.1, 22.1.2 e 22.2.2 será paga qualquer que seja a época de sua aposentadoria e após o seu desligamento do patrocinador.

24.1.2 - O restante da suplementação e adicional serão pagos ao associado, em adição à parcela do subitem 24.1.1 observados os percentuais abaixo e tendo em vista os prazos de aposentadorias que, nos casos de aposentadoria por tempo de serviço e velhice, são os seguintes:

- a) 100% (cem por cento) quando o associado se aposentar dentro dos 180 (cento e oitenta) dias contados a partir do dia em que fez jus à aposentadoria;
- b) 75% (setenta e cinco por cento) quando a aposentadoria ocorrer a partir de 181 (cento e oitenta e um) dias até 360 (trezentos e sessenta) dias, a partir do dia em que fez jus à aposentadoria;
- c) 50% (cinquenta por cento) quando a aposentadoria ocorrer a partir de 361 (trezentos e sessenta e um) dias até 540 (quinhentos e quarenta) dias, a partir do dia em que fez jus à aposentadoria;
- d) 25% (vinte e cinco por cento) quando a aposentadoria ocorrer a partir de 541 (quinhentos e quarenta e um) dias até 720 (setecentos e vinte) dias, a partir do dia em que fez jus à aposentadoria.

24.1.3 - Ocorrida a aposentadoria, após o prazo fixado na letra "d" do item anterior, o associado fará jus tão somente a suplementação e/ou adicional de que trata o subitem 24.1.1.

....."

6. Acrescenta a Consulente que, dos 11.946 empregados da CEMIG, somente 122 não optaram pelo Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS). Possui, assim, 1,03% de empregados não optantes por esse regime jurídico-trabalhista. E aduz que, por ser facultativa a adesão ao plano de seguridade social, 615 empregados não são associados da Consulente.

7. Em face do exposto, a FORLUZ formula os seguintes quesitos:

"A - Constitui fraude à lei, devendo, portanto, considerar-se nula, a disposição do Regulamento do Plano de Suplementação de Aposentadoria, em virtude da qual o empregado com o mínimo de 55 anos de idade, ao implementar as condições para sua aposentadoria extintiva do contrato de trabalho, deve requerê-la no prazo de 180 dias, sob pena de reduzir-se progressivamente o valor da suplementação, no

decurso de 720 dias, a partir do que terá direito somente a metade dessa prestação?

B - Pode-se considerar injurídica essa condição, sabendo-se que a adesão do empregado à FORLUZ é facultativa e que a extinção do seu contrato de trabalho, decorrente de aposentadoria definitiva, depende da sua manifestação de vontade, em troca de vantagens previstas no plano de previdência complementar aprovado pelo Ministério Público e pelo Governo Federal?

II - Do conceito de seguridade social e dos objetivos da previdência privada complementar -

8. A idéia de seguridade social, como superação das fórmulas clássicas de seguro social, objetivou tornar mais abrangente e eficaz a proteção sócio-econômica do homem, dando-lhe a indispensável segurança para viver isento de medo.

9. Esse novo conceito, timidamente refletido na lei norte-americana de 1935 (Social Security Act) e ampliado, em 1938, pela "Lei de Seguridade Social" da Nova Zelândia, foi, em plena guerra, expressamente incluído na Carta do Atlântico de 1941. E a Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada em 1948 pelas Nações Unidas, proclamou que

"Toda pessoa, como membro da sociedade, tem direito à seguridade social....."
(art.22).

10. Como bem advertiu MARTI BUFFIL, para que o homem que trabalha possa ter segurança quanto ao seu futuro, é necessário que as prestações não se limitem a assegurar um mínimo de subsistência, mas que garantam o nível de vida:

"Neste sentido, as prestações econômicas não se conformam em assegurar os meios elementares de subsistência, senão que procuram diminuir ao máximo os efeitos da perda do salário.

Se os rendimentos determinam a posição econômico-social conquistada pelo trabalhador, toda prestação que se aproxime o mais possível dos rendimentos perdidos...

... será indiscutivelmente uma prestação que cumpre, com maior eficiência, a função de defesa do nível de vida" ("Derecho de Seguridad Social", Madri, Diana, 1964, pág.283).

Daí a recomendação da Organização Iberoamericana de Seguridad Social (OISS) no sentido de que o regime de pensões deve observar o princípio da

"manutenção da capacidade habitual de consumo do trabalhador" ("Declaración Madrid de setembro de 1961", MARTI BUFILL, "ob.cit.", pág. 127).

11. Acontece que os planos compulsórios da Seguridad Social são custeados pelas contribuições dos segurados e, quando for o caso, dos respectivos empregadores e/ou por impostos gerais arrecadados pelo Estado. Funda-se, portanto, no princípio da solidariedade social, pelo qual os que possuem rendimentos mais baixos se beneficiam da participação financeira dos que têm maior capacidade econômica. Por conseguinte, para que as prestações dos planos obrigatórios pudessem manter o nível de vida dos que auferem maiores rendimentos na sua atividade profissional ou empresarial, ter-se-ia de inverter aquele princípio.

12. Tendo em vista esse pressuposto, é que se generalizou a idéia, pertinente à seguridad social, de que a complementação das prestações básicas, a todos asseguradas pelos sistemas compulsórios instituídos pelo Estado, devem ser complementadas por seguros facultativos. Conforme registram AROLDO MOREIRA e PAULO LUSTOSA,

"Essa idéia prevalece, aliás, na metodologia adotada por WILLIAM H. BEVERIDGE ("Report-Plan for Social Security") para alcançar a plena seguridad: seguro social para as necessidades básicas; assistência nacional para os casos especiais e seguro voluntário para as complementações dessas prestações básicas" ("A Previdência Supletiva e o Fundo de Pensão Empresarial", S.Paulo, LTr, 1978, pág.27).

13. No Brasil, em 1960, a Lei Orgânica da Previdência Social tentou a forma dos seguros coletivos complementares nas próprias autarquias previdenciárias, com a "finalidade de ampliar os benefícios previstos no sistema obrigatório" (art. 68) - seguros que poderiam ser

"estabelecidos mediante acordo entre os segurados, as instituições de previdência social e as empresas" (parágrafo único do art. cit.).

E o regulamento dessa lei, tratando do assunto, dispôs que eles deveriam atender, entre outros, às seguintes metas:

- "I) complementar as quotas de benefício fixadas neste Regulamento, de modo a aumentar o respectivo valor ao verificar-se o evento;
- II) garantir aos dependentes, em caso de morte do segurado, uma ajuda financeira complementar, na base de quota única" (art. 22 do Regul. ap. pelo Decreto nº 48.959-A, de 19.09.60).

14. Essa tentativa, entretanto, não logrou êxito, tendo-se ampliado, ao contrário, paralelamente ao sistema estatal, e com a mesma finalidade, fundos de pensões empresariais e fundações de previdência complementar vinculadas a determinadas empresas ou, ainda, sociedades de previdência privada abertas ao público.

15. Abordando o tema, escreveu MOZART RUSSOMANO:

"À medida que se acentua, agudamente, a distância que vai, no plano da Previdência Social, entre nossas possibilidades efetivas e as necessidades existenciais dos beneficiários, tendem a crescer, à margem e à sombra do sistema oficial, regimes especiais de Previdência Social Privada.....

Sua finalidade - mediante um regime de seguros especiais - é proporcionar condições de maior segurança em matéria de saúde, educação, aposentadoria, morte etc. Nesse sentido, a Previdência Social Privada é esforço válido para a melhoria progressiva do standard médio da vida do povo" ("Curso de Previdência Social", Rio, Forense, 1979, págs.400/1).

16. Aliás, o próprio Ministro NASCIMENTO E SILVA, um ano após empossar-se no MPAS, fez um apelo público no sentido da

"criação, pelas grandes empresas, de fundos fechados de pensão para seus dirigentes e funcionários, como forma de complementar as aposentadorias concedidas pelo INPS" ("Jornal do Brasil" de 09.04.75).

E, posteriormente, com a multiplicação das fundações e sociedades destinadas à previdência privada complementar, quer no âmbito de cada empresa, quer abertas ao público, tratou de discipliná-las em lei e de criar, no seu Ministério, Conselho e Secretaria com atribuições específicas sobre a matéria.

17. Foi, então, aprovada e sancionada a Lei nº 6.435, de 15 de julho de 1977, que "dispõe sobre as entidades de previdência privada e dá outras providências", sendo decretada, seis meses depois, a regulamentação das entidades fechadas (Decreto nº 81.240, de 20.01.78).

18. Em face do estatuído no art. 1º da referida lei, as entidades de previdência privada

"têm por objeto instituir planos privados de concessão de pecúlios ou de rendas, de benefícios complementares ou assemelhados aos da previdência social, mediante contribuição de seus participantes, dos respectivos empregadores ou de ambos".

E o art. 4º considera como entidades fechadas de previdência privada as

"accessíveis exclusivamente aos empregados de uma só empresa ou de um grupo de empresas, as quais, para os efeitos desta Lei, serão denominadas patrocinadoras" (inciso I, letra a)

entidades que

"não poderão ter fins lucrativos" (§ 1º).

19. Não há dúvida, portanto, que as entidades de previdência privada complementam o sistema estatal de Previdência Social para a consecução dos objetivos da Seguridade Social, no seu mais amplo conceito, visto que concorrem para manter o nível de vida dos segurados, quando, em determinadas contingências, perdem os rendimentos oriundos do trabalho. E, quanto às entidades fechadas,

"sua avaliação deve ser feita através de dois prismas distintos, sucessivos e superpostos: em primeiro lugar, oferecem reais vantagens aos trabalhadores, individualmente considerados; em segundo lugar, estimulam o melhor relacionamento pessoal entre o empresário e os empregados" (MOZART RUSSOMANO, "ob.cit.", pág. 403).

III - Da chamada "cláusula expulsória", impugnada pelo MPAS -

20. As entidades fechadas de previdência privada, em funcionamento antes da Lei nº 6.435, de 1978, muitas das quais instituídas em virtude do precitado apelo do Ministro da Previdência Social, tiveram

"o prazo de 120 (cento e vinte) dias contados da expedição das normas pelo Órgão Executivo do Sistema, para requerem as autorizações exigidas, apresentam do planos de adaptação às disposições desta Lei" (art. 81).

E tanto essa lei, como o já aludido regulamento, são silentes quanto à proibição de ser incluída, nos planos das prestações suplementares das aposentadorias concedidas pelo INPS, cláusula condicionando o pagamento integral da suplementação ao fato de o empregado de certa idade requerer sua aposentadoria dentro de determinado prazo, contado do dia em que adquiriu o direito de aposentar-se por tempo de serviço, inclusive na modalidade especial, ou por velhice.

21. No caso da Consulta, a idade fixada é de 55 anos e o prazo para requerer a aposentadoria é de 180 dias, fluído da data em que o empregado satisfizer todas as condições para usufruir o

benefício do INPS. Decorrido esse prazo, a suplementação se reduz, sucessivamente, até atingir no decurso de 720 dias, a metade do seu valor. Por conseguinte, metade do valor estabelecido para a suplementação é devida pela fundação, qualquer que seja a data da aposentadoria definitiva do seu associado.

22. Cumprindo o determinado na referida lei, a FORLUZ promoveu a revisão do seu Estatuto e o submeteu ao MPAS, que o aprovou pela Portaria nº 1.449, de 29 de março de 1979, publicada no Diário Oficial da União de 03 de abril.

23. Entretanto, meses depois, o Ministro de Estado aprovou parecer, elaborado em tese, sem qualquer análise dos casos concretos, no qual se sugere que a Secretaria de Previdência Complementar promova, de imediato,

"a exclusão da "cláusula expulsória" dos estatutos, regimentos ou regulamentos das entidades fechadas de previdência privada. A medida deve atingir inclusive as entidades que já obtiveram aprovação deste Ministério" (grifos nossos).

IV. - Da jurisdição do plano de suplementação de aposentadoria da FORLUZ e da incorrência de fraude à lei -

24. A denúncia do contrato de trabalho por tempo indeterminado, mediante simples aviso prévio do empregado, constitui direito que lhe é assegurado pela legislação brasileira (art. 487 da CLT) - direito inalienável que visa a preservar a dignidade e a liberdade do ser humano. Por seu turno, o acordo para pôr fim à relação de emprego, com ou sem transação de direitos, é válido, desde que preservada a autonomia da vontade do trabalhador (§ 1º do art. 477 da CLT); e, quando tiver adquirido a estabilidade no emprego (casos raríssimos depois da instituição do FGTS), deverá receber quantia não inferior a 60% da indenização legal a que faria jus no caso de extinção da empresa (jurisprudência do TST, "construída" com esteio no § 3º do art. 17 da Lei nº 5.107, de 13.09.66).

25. Vale recordar, neste passo, que a aposentadoria definitiva do empregado, seja por ele requerida, seja imposta pelo empregador, após completar o trabalhador 70 anos e a trabalhadora 65 anos, extingue o contrato de trabalho. Tratando-se de optante do FGTS, o aposentado receberá os correspondentes depósitos, monetariamente corrigidos e com juros capitalizados (art. 8º, nº I, da Lei nº 5.107 cit.); não sendo optante, ou pelo tempo anterior à opção, terá direito à metade da indenização simples de antiguidade somente se houver sido compulsoriamente aposentado por velhice (§ 3º do art. 37 da CLPS e pará. único do art. 50 do Regulamento de Benefícios, ap. pelo Decreto nº 83.080, de 24.01.79).

26. Esse é o quadro legal pertinente à hipótese em tela.

27. O ilustre parecerista do MPAS entendeu que a questionada cláusula, que condiciona o pagamento suplementar integral da aposentadoria definitiva à circunstância de ser a mesma requerida, dentro de determinado prazo, pelo empregado de 55 ou mais anos de idade, é nula, por configurar fraude à lei. E chega mesmo ao absurdo de afirmar que a inclusão dessa condição nos estatutos das entidades fechadas de previdência privada caracteriza um ilícito penal...

28. Para assim concluir, transcreve cinco acórdãos do egrégio TST, os quais, inquestionavelmente, são contrários à tese que defende.

29. O primeiro desses acórdãos afirma que

"- Se o empregador, às escâncaras, oferece um prêmio ao empregado que se aposentar voluntariamente, tentando, assim, renovar licitamente os seus quadros, não comete ato passível da censura do art. 9º da CLT, nem a hipótese se enquadra na rescisão contratual de estável optante pelo FGTS, sujeita ao mínimo indenizatório legal de 60%" (Ac. TST 3a. Turma, proc. RR-1.274/77, rel. Min. COQUELJO COSTA, publicado em audiência de 14/09/77).

Como se viu, os empregadores que instituíram fundações assessoradas pela Consulente revelam, às escâncaras, o valor da complementação das aposentadorias, que supera o prêmio de que trata a decisão supra, porque é vitalício e se reflete, por morte do empregado

empregado, na pensão deixada a seus beneficiários. Demais disso, considera lícito ao empregador adotar esse procedimento para renovar os seus quadros.

30. O segundo acentua que

"Não há como exigir a paga de uma gratificação de aposentadoria que a empresa só dá a quem quer, pela sua vontade, sem outro critério que o seu próprio arbítrio" (Ac. TST 1a. Turma, proc. RR-5.333/76, rel. Min. SIMÕES BARBOSA, publicado em audiência de 03.08.77).

O que significa que se o empregado não satisfizer, por ato volitivo, as condições estipuladas para a gratificação de aposentadoria (mutatis mutandis, o prêmio ou a suplementação da aposentadoria), não terá direito a exigí-la.

31. O terceiro conclui que

"O prêmio que a empresa promete e paga ao empregado que se aposenta não se regula pela regra do § 3º do art. 17 da Lei nº 5.107 de 1966" (Ac. do TST, 1a. Turma, proc. RR-3.536/76, rel. Min. SIMÕES BARBOSA, publicado em audiência de 04.05.77).

Trata-se de simples manifestação de que o prêmio para o empregado aposentar-se pode ser inferior a 60% da indenização legal prevista para o caso de contrato de trabalho de empregado estável.

32. O quarto sublinha que

"Não se incide no art. 9º consolidado a oferta de prêmio que a empresa faz ao empregado que se aposentar, renovando, assim, o seu quadro, sem ferir direito a - lheiro, pois tudo depende do assentimento do trabalhador, cuja aposentadoria, pura e simples, nada carrearía em onus para o empregador" (Ac. do TST 3a. Turma, proc. nº RR-4.454/76, rel. Min. COQUELHO COSTA, publicado em audiência de 04.05.77).

Reitera as teses do primeiro, tanto em relação à vantagem extra-legal concedida com a aposentadoria do empregado, quanto no tocan

tocante ao rejuvenescimento do quadro de pessoal da empresa. E reconhece a validade do assentimento do trabalhador, pois a aposentadoria por ele requerida extingue o contrato de trabalho sem ônus para o empregador.

33. Finalmente, o quinto assevera que

"O TST se tem inclinado no sentido de não considerar fraudulenta a oferta de gratificação, por parte do empregador, para que o empregado se aposente, sobretudo quando feita às claras e assistido o empregado pelo seu órgão de classe, no ato demissório. O raciocínio tem sua lógica: a empresa, de um lado, quer renovar seus quadros, o que é razoável; o empregado, que se aposentaria sem nada receber, embolsa uma gratificação para se jubilar. E pratica o ato consciente, conforme a proposta do seu empregador, e assistido pelo seu sindicato. Tal negócio jurídico nada tem a ver com o art. 17 da Lei 5.107, de 1966, para que se obrigue a empresa à complementação até o mínimo de 60%. Interpretação razoável, como a que fez o Regional, não merece reparos. - Revista dos empregados improvida. (Ac. TST, 3a.T., proc. RR-3030/76, rel. Min. COQUELJO COSTA, proferido em 22.03.77).

Esse renova as teses do primeiro e do quarto e ressalta que a situação jurídica focalizada não pode ser considerada fraudulenta.

34. Pois bem. Depois de transcrever essas decisões, o ilustre parecerista, no esforço inconsciente de protelar a concessão de aposentadorias devidas pelo INPS, chega à paradoxal conclusão de que in casu há fraude, porquanto

"a oferta de prêmio, vantagem, gratificação ou pagamento que a empresa faz ao empregado para se aposentar só não é fraudulenta na medida em que não fira o disposto no art. 9º da CLT"...

35. Ora, o que assinala o mais alto Tribunal da Justiça do Trabalho é que não fere o art. 9º da Consolidação, por não constituir fraude à lei, a concessão de vantagens inferiores aos dos planos de complementação vitalícia de aposentadorias e pensões do

ARNALDO SÜSSEKIND - DÉLIO MARANHÃO

do INPS, desde que dependa da livre manifestação de vontade dos empregados e ainda que o objetivo da empresa seja o rejuvenescimento dos seus quadros de pessoal. E essa assertiva é óbvia, pois o aludido art. 9º considera nulo o ato praticado

"com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação".

36. Contudo, nenhum preceito da CLT, ou da legislação que a suplementa, tem sua aplicação desvirtuada, impedida ou fraudada, em prejuízo do empregado, com a complementação da aposentadoria previdenciária por ele requerida. O quadro legal já exposto (§§24 e 25 deste parecer) evidencia essa afirmação. Ao contrário, a suplementação instituída amplia os direitos do trabalhador e atende ao princípio da seguridade social de assegurar-lhe os rendimentos do emprego para preservar-lhe, na inatividade, o mesmo nível de vida. E vale acrescentar que a legislação vigente não autoriza o cancelamento da aposentadoria, se ele for admitido em novo emprego, passar a exercer atividade profissional autônoma ou se estabelecer como empregador.

37. Mas, além dos arestos transcritos no aludido parecer do MPAS, que não lhe agasalham as conclusões forçadamente deduzidas, há outros que contemplam, precisamente, a hipótese de prêmio-aposentadoria condicionado a que o empregado se aposente dentro de certo prazo. Um, inclusive, da colenda SUPREMA CORTE:

"Recurso Extraordinário. Prêmio Aposentadoria concedido a servidores que se inativassem em determinados períodos. A não concessão do prêmio aos que se aposentaram antes ou depois desses períodos não ofende o princípio da isonomia" (Ac. do STF - 1a.T., rel. Min. RODRIGUES ALCKMIM; D.J. de 24.06.75);

"Não ofende o princípio da isonomia a concessão de direitos condicionados à existência de determinada situação em certa época. E não há falar em alteração ilícita quando o benefício, na própria Resolução que o instituiu, estava limitado no tempo, pois foi com essa limitação que se incorporou aos contratos de trabalho" (Ac. do TST - 2a.T., proc. 3967/75; rel. Min. BARATA SILVA; D.J. de 14.05.76);

"Tratando-se de prêmio instituído livremente pela empresa lícita era a fixação dos pressupostos de sua concessão, inclusive a ocorrência de aposentadoria em determinado período. Empregado que se aposentou fora do período determinado não pode postular, com sucesso, o prêmio correspondente" (Ac. TRT - 3a.T., 2a. Reg. Proc. TRT/SP-7609/76; rel. Juiz WILSON DE SOUZA CAMPOS BATALHA; in Rev. de Direito do Trabalho, S. Paulo, nº 12, março-abril de 1978, Ed. Rev. dos Tribs., pág. 73);

"Empregados com tempo suficiente para se aposentarem, isto o fazem para se beneficiar de um prêmio que a empresa concede para aqueles que se aposentarem, não têm direito a qualquer indenização pela rescisão do contrato e tão somente ao recebimento do prêmio previamente estabelecido, em caráter geral, pela empresa" (Ac. do TRT - 1a.Reg., 3a.T., no RO/1.321/74; Juiz ALVARO SÁ FILHO, rel.; D.J.-GB de 13.08.74);

"A complementação da aposentadoria concedida por liberalidade pela empresa, há que ser interpretada restritivamente, não se podendo admitir a sua extensão além daquelas hipóteses expressamente previstas" (Ac. do TST, Pleno, nos E-RR-4665 / /76, rel. Min. LOMBA FERRAZ; D.J. de 10. 11.78);

"Aposentaram-se voluntariamente os reclamantes, não havendo como falar em vis compulsiva. O prêmio oferecido espontaneamente pela empresa não se condicionava nem se revestia de qualquer coarctação da vontade daquele que, tendo feito jus a aposentadoria, dela se valeu. Não há como confundir esse prêmio com a indenização prevista no parágrafo 3º do art. 17 da Lei nº 5107, que instituiu o FGTS. Não é sucedâneo da indenização" (Ac. do TRT da 1a.Reg., 1a.T., no RO-1062; Juiz AMARO BARRETO, rel.; ac. fornecido pela Secretaria do Tribunal);

"A concessão de prêmio a empregado que se aposenta não caracteriza transação. Não há fraude in casu" (Ac. do TST, 3a.T. no RR-4915/74; Min. FÁBIO MOTTA, rel.; D.J. de 22.06.76);

"Não se pode confundir o prêmio-aposentadoria, que é um gesto de liberalidade, com indenização por acordo com estabelecimento, prevista no § 3º do art. 17 da

Lei nº 5.107, onde se exige o mínimo de 60% da indenização total" (Ac. do TST, Pleno, nos E-RR-4043/74; Min. NELSON TAJÓ, rel.; D.J. de 13.12.76);

"A empresa concede prêmio a empregado que se aposenta. Não há burla à norma legal, pois não se configura, no caso, acordo para rescisão do contrato" (Ac. do TST, la.T., no RR-4174/74; Min. LOMBA FERRAZ, rel.; Rev. TST, 1976, pág.155);

"O chamado prêmio-aposentadoria foi concedido de forma clara, precisando-se em que termos seria concedido, a maneira de ser calculado, sem ocultar o seu valor, sem o menor vestígio de induzir a erro o trabalhador, declinando os motivos, e até a pedido do sindicato de classe dos obreiros, ficando tal assertiva sem sofrer o menor reparo pelos AA. Finalmente: induidoso que foi livre a adesão dos obreiros para auferirem a vantagem e que os contrários à proposta não sofreram qualquer discriminação no relacionamento com o empregador. De consequência, burla à lei também não há" (Ac. do TST, Pleno, de 31.06.76, nos E-RR-nº 3654/74; Min. RENATO MACHADO, rel.; Ac. fornecido pela Secretaria do Tribunal);

"Nada razoável, antes estranho, d.v., o entendimento de que o prêmio representaria burla, privando os empregados da indenização prevista na lei. Se nada receberiam com a aposentadoria, não se vê burla no oferecimento de uma determinada quantia, como um prêmio àquele que a requeresse.

Não há fraude alguma nisso e é inadmissível falar-se em coação econômica sem existência de prejuízo, evidenciando-se, ao revés, vantagens" (Ac. do TST, Pleno, de 29.09.76, nos E-RR-4551/74; Min. A. TOSTES MALTA, rel.; Ac. fornecido pela Secretaria do Tribunal).

38. Aí está. A Justiça do Trabalho, que é constitucionalmente competente para dirimir os litígios trabalhistas e, por conseguinte, para aplicar o invocado art. 9º da CLT, decretando a nulidade dos "atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação" das normas jurídicas de proteção ao trabalhador, negou a existência de fraude. Note-se que a maioria das decisões transcritas concerniam a uma empresa (sociedade de economia mista) que, visando a rejuvenescer o seu quadro de pessoal,

resolveu, em determinadas épocas, conceder um prêmio-aposentadoria aos empregados que, implementando as condições para aposentar-se, requeressem o benefício previdenciário e a vantagem extra-legal dentro de certo prazo.

39. Nem se alegue, para negar a compatibilidade desses julgados com a hipótese da Consulta, que nesses dissídios, apreciados pela Justiça do Trabalho, o prêmio correspondia a uma única prestação, custeada exclusivamente pela empresa. A iterativa jurisprudência da Justiça do Trabalho, com maior dose de razão, se aplica, mutatis mutandis, à equação jurídica em exame, porque:

- a) a suplementação vitalícia da aposentadoria e, por morte do trabalhador, da pensão deixada aos seus beneficiários, constitui vantagem indubitavelmente superior à da prestação única paga ao ensejo da aposentadoria - prestação que, como se infere de alguns acordãos reproduzidos, tinha valor inferior a 60% da indenização que seria devida em caso de distrato;
- b) se a nulidade do ato, por fraude à lei ou coação econômica, foi negada, nos processos julgados, por não estar o empregado obrigado a aposentar-se, embora sô recebesse o prêmio-aposentadoria se o fizesse dentro de certo prazo, cumpre registrar que, na hipótese da Consulta, é facultativa a adesão dos empregados ao plano de suplementação de aposentadoria e não há obrigação de requerer o benefício prestado pelo INPS. (Por isso mesmo, 615 empregados da CEMIG não ingressaram na FORLUZ). Outrossim, a qualquer tempo em que resolvam aposentar-se, terão direito à metade do valor estipulado para a suplementação, de vez que constitui parte fixa, irredutível com o decurso do tempo;
- c) os efeitos jurídicos e pecuniários decorrentes da extinção do contrato de trabalho pela aposentadoria definitiva do empregado são os mesmos, quer se trate de prêmio-aposentadoria ou de complementação de aposentadoria: os optantes do FGTS recebem os depósitos feitos nas respectivas contas individualizadas, com correção monetária e juros; os não optantes nada recebem.

40. Por tais fundamentos, a Justiça do Trabalho vem decidindo da mesma forma, ao julgar as raras reclamações de empregados da quela sociedade de economia mista, que deixou de conceder o prêmio-aposentadoria por ter instituído uma Fundação de seguridade social, com contribuições dos que a ela se filiaram facultativamente, destinada, dentre outras finalidades, a conceder a complementação vitalícia das aposentadorias requeridas dentro de certo prazo, contado da data em que foram preenchidas as condições para o deferimento dos benefícios pelo INPS:

"Recurso dos autores contra o sentenciado pela MM. 2a.JCJ de Vitória, que julgou improcedente a reclamação em que pretendiam indenização pelo tempo de serviço anterior à opção pelo regime do FGTS, por terem sido induzidos pela ré a requererem aposentadoria.

.....
De meritis, não vingam as alegações recursais do induzimento a aposentarem-se os autores, quando tal, visava o benefício de complementação-aposentadoria da Fundação-VALIA, que estão os mesmos recebendo. Se não quisessem requerer aposentadoria "sponte própria", poderiam continuar trabalhando, porém, sem receber a complementação. Isto posto, rejeito as preliminares e nego provimento ao recurso" (Ac. unânime do TRT da 1a.Reg., 3a.T., de 12.06.79, no RO-512/79; Juiz J. LEVY E SILVA, rel.; Ac. fornecido pela Secretaria do Tribunal);

"O que os autores verdadeiramente pretendem é nada mais nada menos que a indenização por antiguidade, pelo período anterior à opção, embora a terminação dos respectivos contratos resulte da aposentadoria voluntária.

.....
O "constrangimento" a que se referem os autores, consiste no feito de que a FUNDAÇÃO DE SEGURIDADE SOCIAL da Ré (VALIA) condiciona estatutariamente o deferimento da suplementação da aposentadoria - que proporciona aos associados/empregados - do requerimento no prazo de 180 dias contados do feito propiciatório da publicação (idade, tempo de serviço etc).

Em outras palavras: mediante o malsinado "constrangimento" proporciona a FUNDAÇÃO aos empregados da Ré uma vantagem patrimonial importante, substancial e vitalícia.

Pois bem.

É desse "constrangimento" que os autores querem extrair nulidade da aposentadoria e, com esta, o pagamento da indenização pelo tempo anterior à opção.

É o cúmulo! - convenha-se.

Quisêramos que todos os empregadores proporcionassem "constrangimentos" dessa ordem a seus empregados.

De toda sorte, da suposta coação da rē ou da FUNDAÇÃO no sentido de obrigarem os autores a se aposentarem, não se extrairia jamais a consequência jurídica pretendida pelos autores.....
(Sentença da 2a.JCJ de Vitória, de 07.11.78, no proc. 799/78; Juiz LUIZ CARLOS BOMFIM; Sent. fornecida pela Secretaria do TRT da 1a.Reg.). Essa decisão foi confirmada pelo egrégio Tribunal Regional do Trabalho sediado no Rio de Janeiro, que assim se expressou:

"Mas não lhes assiste razão, pois, na verdade, objetivaram, sem qualquer amparo jurídico, o recebimento de indenização por antiguidade.

Nada a modificar na r. decisão recorrida, que confirmo pelos seus próprios fundamentos, negando provimento ao recurso" (Ac. unânime do TRT da 1a.Reg. 1a.T., de 10.07.79, no RO-480/79; Juiz WALTER TORRES, rel.; Ac. fornecido pela Secretaria do Tribunal e conclusão publicada no DJ-RJ de 03.08.79).

41. Depois de conceituar como fraude à lei atos que o Poder Judiciário, pelos órgãos competentes para aplicar o questionado art. 99 da CLT, afirma, reiteradamente, que não configuram fraude à lei, o aludido parecer, aprovado pelo ilustre Ministro da Previdência e Assistência Social, assevera:

"A tese sustentada pelos defensores da inclusão da denominada "cláusula expulsória" não resiste, por outro lado à mais leve crítica, pois, pretendendo fundamentalmente garantir a renovação dos quadros funcionais das empresas, como propalado, não deixa claro por que essa renovação não é feita, primeiro, por ocasião do chamado período de experiência ou logo nos primeiros anos de vigência do contrato de trabalho, realizando, ao contrário, quando presumivelmente mais experiente, capaz e produtivo está o empregado, segundo e por último, por que não promovida dentro dos ritos da CLT, na qual bus-

buscaria seus fundamentos para rescindir com ou sem justa causa o contrato laboral, utilizando-se, ao revés, de legislação previdenciária com a finalidade de atingir repercussão na área trabalhista, postergando direitos assegurados aos empregados, em fraude à essa legislação, o que significa infração penal como salientado".

42. Ao lermos o trecho supratranscrito, julgamos que se tratava de um pastel tipográfico... Então, o rejuvenescimento dos quadros de pessoal deve ser feito com a despedida dos empregados mais novos? Isto é, para se rejuvenescer a mão-de-obra, despede-se a juventude? É evidente que essa esdrúxula consideração não merece comentários...

43. E por que "rescindir com ou sem justa causa o contrato laboral", ampliando a alta rotatividade no emprego? Não será mais justo e incriticável estimular a integração do trabalhador na empresa, instituindo vantagens que o motivem a nela permanecer até poder se aposentar com proventos análogos aos da atividade?

44. O rejuvenescimento do quadro de pessoal é indispensável nas grandes empresas, para atender a diversas metas:

- a) necessidade de fazer funcionar a mecânica do quadro, mediante promoção dos empregados nas respectivas carreiras e acesso aos cargos de maior hierarquia. A imobilidade do quadro de pessoal cria frustrações entre os empregados, o que é contra-indicado para as boas relações humanas de trabalho e, por isso, se reflete na produtividade empresarial;
- b) a admissão de pessoal capacitado à utilização das novas técnicas de trabalho, resultantes do contínuo desenvolvimento tecnológico, ou com condições físicas adequadas ao desempenho de determinadas tarefas.

45. Aliás, não são outros os fundamentos que levaram a legislação atinente aos três ramos das Forças Armadas, a determinar que o militar, após determinado número de anos num posto ou como oficial-general, passe compulsoriamente para a Reserva, independentemente da sua idade. E na Reserva das Forças Armadas, o ofi -

oficial perde algumas vantagens remuneratórias percebidas na ativa - fato que se não verifica nas empresas referidas na Consulta.

46. A verdade é que as empresas que instituíram fundações de seguridade social, o fizeram, em grande parte, porque os correspondentes planos lhes permitiriam rejuvenescer os seus quadros de pessoal sem usar da faculdade que a legislação vigente lhes confere de despedir, sem justa causa, os seus empregados, mediante simples pagamento de 10% do valor dos depósitos do FGTS. Isto sim, estranhamente sugerido pelo mencionado Parecer do MPAS, seria profundamente injusto e desumano (como o é, nas empresas que adotam essa prática), por isso que o trabalhador, na faixa etária onde se torna mais difícil obter novo emprego, ficaria desempregado, sem nada receber da Previdência Social.

47. Inversamente, a adoção dos planos de previdência complementar, com a questionada cláusula, não obstante acresçam os encargos financeiros das empresas, trazem a compensação moral de que o rejuvenescimento se dá com vantagens incontestáveis para o empregado, que se aposenta pelo INPS e ainda recebe da Fundação a complementação que lhe permite manter o nível de vida a que se habituara. E se puder obter novo emprego ou dedicar-se a alguma atividade profissional ou empreendimento econômico, auferirá novos rendimentos, sem prejuízo dos proventos da aposentadoria e da complementação.

48. É evidente que essas circunstâncias pesaram, substancialmente, na decisão de diversas empresas de instituírem fundações de previdência complementar. A prevalecer o entendimento ora adotado pelo MPAS, é provável que seja diversa a atitude das empresas, inclusive quanto à sobrevivência das atuais fundações.

49. Poderia o MPAS impor às empresas patrocinadoras a majoração do ônus financeiro previsto nos planos de previdência complementar aprovados pela autoridade competente, obrigando-as a contribuir sobre os salários dos empregados que resolvam permanecer no emprego até 70 anos, quando ao instituírem as fundações, consideraram, dentre muitos fatores sociais e econômicos, o fato, atuarialmente provável, de cessar esse encargo doze anos antes?

50. Afigura-se-nos que a resposta decorre da uniforme jurisprudência do egrégio TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, firmada com base no art. 1090 do Código Civil:

"As vantagens outorgadas pelo empregador não podem ser estendidas além do ato espontâneo, de seus estritos termos e condições" (Ac. TST-PLENO, nos E-RR-2837/76; rel. Min. PINHO PEDREIRA; D.J. de 13.10.78. Idem, ibidem, nos E-RR-3898/75; rel. Min. REZENDE PUECH; D.J. de 08.07.77);

"A norma regulamentar que cria direito para o empregado há de ter interpretação restritiva, conforme a vontade de quem voluntariamente se obrigou, e não pode ser estendida por assim parecer justo ao Juiz. Embargos conhecidos e providos" (Ac. TST-PLENO, nos E-RR-780/76; rel. Min. COQUEIJO COSTA; D.J. de 16/12/77).

51. Mas, a propósito da tese da legitimidade do rejuvenescimento, mediante vantagem extra-legal concedida aos empregados que se aposentarem dentro de certo prazo, tem decidido a Justiça do Trabalho:

"Legítimo o direito da empresa de pretender rejuvenescer seus quadros, desde que não acarretando prejuízo para seus antigos empregados e, pelo contrário, favorecendo-os com um prêmio em dinheiro" (Ac. do TRT da 1a.Reg.3a.T., de 29.05.74, no RO-678/74; Juiz ALVARO SÁ, rel.; Ac. fornecido pela Secretaria do Tribunal);

"No mérito, vê-se que o acórdão encampou a tese da liberalidade do prêmio, que não acarreta prejuízo aos demais empregados.....
Decidindo que o prêmio não é supedâneo da indenização, o Regional, em tese, não violou nenhuma lei.....
O escopo da Recorrida é lícito: rejuvenescer seus quadros. Não pode fazer-lo sob coação ou fraude. E de tais vícios não se valeu" (Ac. do TST, 1a.T., de 10.12.74, no RR-3.556/74; Min. COQUEIJO COSTA, rel.; Ac. fornecido pela Secretaria do Tribunal).

52. Todo o equívoco do parecer do MPAS resulta, data venia, da ilação de que há fraude à legislação trabalhista e à previdên

previdenciária, quando nenhuma lesão de direito sofre o empregado ao aderir voluntariamente a um plano que condiciona a complementação integral da sua aposentadoria definitiva ao fato de requerê-la dentro de certo prazo. Com efeito:

- a) não se altera o direito assegurado por lei ao optante do FGTS (98,97% dos empregados da CEMIG), na hipótese de extinção do contrato de trabalho pela aposentadoria, que é o de receber os depósitos feitos em seu nome, com correção monetária e juros;
- b) os raros empregados estáveis, para os quais a lei não impõe qualquer compensação pecuniária na aposentadoria e faculta o distrato, com 60% da indenização legal, recebem, com o plano a que voluntariamente aderiram, vantagem inegavelmente superior, representada pela suplementação vitalícia da aposentadoria e, por sua morte, da pensão deixada aos seus beneficiários;
- c) o direito à aposentadoria, garantido pela legislação previdenciária, é exercido de conformidade com as respectivas normas legais, que impõem ao INPS a obrigação de conceder o benefício ao segurado que preencheu as condições para usufruí-la.

53. Ora, só há fraude à lei quando o ato tem por fim evitar, mediante artifícios, os efeitos jurídicos da norma jurídica aplicável à espécie. Como ensina ALIPIO SILVEIRA,

"agem em fraude à lei aqueles que, embora não vulnerando a letra, se desviam conscientemente do espírito, intenção ou finalidade social da lei. Impõe-se aqui a distinção entre ato contrário à lei e ato em fraude à lei. O ato é contrário à lei quando vulnera objetivamente o texto legal, não importando a intenção do infrator. Ao passo que, no caso de fraude à lei, o elemento subjetivo da intenção passa ao primeiro plano" ("O fator político-social na interpretação das leis", S. Paulo, Tipografia Paulista, 1946, págs. 129/130).

E nesse sentido prepondera a doutrina:

"Existe fraude à lei quando aparentemente se respeita um comando legislativo, mas, substancialmente, seu conteúdo é violado, porque se pretende um resultado que, embora por outros meios jurídicos, coincide nas conseqüências práticas com o resultado proibido" (TRABUCCHI, "Istituzioni di Diritto Civile", Padova, Cedam, 1968, pág.180).

"Dois são os elementos da fraude: um objetivo e outro subjetivo. O elemento objetivo é a equivalência prática do resultado com o do negócio proibido. O elemento subjetivo é o propósito de escapar à aplicação da norma imperativa. Tais elementos são o pressuposto do ato de evitar a norma" (CARIOTA FERRARA "El negocio jurídico", trad. esp., Madrid, Aguilar, 1956, pág.520).

"Há fraude à lei com a realização, por meios ilícitos, de fins que ela não permite sejam atingidos diretamente, por contrários à sua disposição" (ORLANDO GOMES, "Introdução ao Direito Civil", Rio, Forense, 5a.ed., 1977, pág.155).

*São negócios em fraude à lei os "que procuram contornar uma proibição legal, tentando chegar ao mesmo resultado por caminhos diversos dos que a lei expressamente previu e proibiu" (CARLOS DA MOTA PINTO, "Teoria Geral do Direito Civil", Coimbra, Universidade de Coimbra, 1973, pág. 645).

54. In casu, nenhuma lei aplicável deixa de ser aplicada em virtude dos planos de previdência complementar instituídos por diversas empresas, aos quais aderiram incontáveis empregados para obtenção das vantagens nele previstas. O resultado que se busca não coincide com o efeito proibido, mas com a finalidade social desejada. Não há, portanto, equivalência prática do resultado alcançado com o do negócio vetado. Os fins atingidos - a seguridade social com a manutenção do nível de vida do aposentado - não são contrários à moral, nem ao Direito. Enfim, não se procura contornar uma proibição legal, pois nada impede que o empregado extinga o seu contrato de trabalho pela aposentadoria definitiva.

55. Aliás, COVIELLO entende que, mesmo havendo "intenção de fazer alguma coisa contrária à lei", só se caracterizará a fraude quando o ato, "objetivamente considerado", for "contrário à proibição" ("Doctrina General del Derecho Civil", Mexico, trad. espanhola, Ed. Hispano-Americana, 1938, pág.454).

V - Conclusões -

56. Preceitua a Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro,

"Art. 59. Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum".

Os fins sociais perseguidos pela disciplinação legal das entidades de previdência privada, sobretudo das entidades fechadas, são os de garantir a seus beneficiários, tanto quanto possível, na aposentadoria, os rendimentos percebidos na atividade. Este, como assinalado, é um dos objetivos da Seguridade Social, no seu mais amplo conceito, para que o trabalhador viva isento de medo do futuro. Objetivo que a Previdência Social, universal e compulsória, não pode alcançar, sob pena de inverter o princípio da solidariedade social, que é um dos fundamentos do custeio dos seus planos de prestações. Por consequência, desmotivar a instituição e a manutenção dessas entidades fechadas de previdência complementar, considerando em fraude à lei cláusula que leva as grandes empresas a criá-las e a concorrer, substancialmente, para o custeio dos seus planos, significa, sem sombra de dúvidas, desatender aos fins sociais da lei aplicável.

57. Releva ponderar, neste passo, - vale repetir -, que 98,97% dos empregados da CEMIG são optantes do FGTS. Em relação a eles, os empregadores têm o direito potestativo de despedí-los, a crescendo apenas 10% sobre o valor dos depósitos do último emprego, corrigidos e com juros capitalizados. E o que sucede com a extinção do contrato de trabalho resultante da aposentadoria requerida no prazo estabelecido nos estatutos das fundações? Rece- bem os empregados os depósitos feitos em seu nome desde a opção (ainda que em vários empregos), monetariamente corrigidos e com

juros capitalizados, além da complementação integral da aposentadoria, com repercussão na pensão deixada, por sua morte, a seus beneficiários. Recebem, portanto, mais do que se fossem despedidos, com a vantagem de não terem sido despedidos... E nenhuma lei é violada, direta ou indiretamente, porque requerer aposentadoria é um direito do empregado e a consequência legal da extinção do contrato, nessa hipótese, é o levantamento dos depósitos do FGTS, na forma acima indicada.

58. E em relação aos não optantes? A lei não lhes proíbe, ainda que estáveis, denunciar o contrato de trabalho ou promover sua extinção pela aposentadoria definitiva. Mas os empregados a quem não se aplica o regime do FGTS, não têm, nessas hipóteses, direito a qualquer compensação financeira pelo respectivo tempo de serviço. Assim, se eles aderiram voluntariamente aos planos de seguridade social das fundações criadas pelas correspondentes empresas, realizando negócio jurídico com o objeto lícito de preservar o seu nível de rendimento após a aposentadoria, é evidente que, para obtenção das vantagens nele previstas, devem satisfazer as condições estipuladas. Onde a fraude?

59. Em face do exposto, respondemos aos dois quesitos formulados:

A - não há fraude à lei, tal como tem decidido o Poder Judiciário no julgamento da hipótese, mesmo quando, com o transcurso do prazo fixado em estatuto ou regulamento da fundação de seguridade social, o associado perde totalmente a suplementação. No caso em foco, metade da prestação suplementar é irredutível;

B - inquestionável a jurisdição do item 24 do Regulamento do Plano de Suplementação de Aposentadorias da FORLUZ, eis que, por não configurarem fraude à lei, as condições estabelecidas são lícitas e a elas aderem facultativamente os empregados em troca de consideráveis vantagens.

S.M.J., é o nosso parecer.

RIO DE JANEIRO, de outubro de 1979

ARNALDO SÜSSEKIND
(OAB-RJ/ 2.100)

DÉLIO MARANHÃO
(OAB-RJ/2.995)