

DESAPOSENTAÇÃO: ANÁLISE A PARTIR DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

*UNRETIREMENT: ANALYSIS FROM ON
CONSTITUTIONAL PRINCIPLES*

Eduardo Ferreira Pereira

Procurador Federal.

Especialista em Direito Público pela Universidade de Brasília – UnB.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Desaposentação: criação doutrinária e jurisprudencial; 1.1 Aplicações da teoria da desaposentação; 1.2 Origem e evolução da teoria da desaposentação; 1.3 Renúncia: transposição do conceito; 2 A desaposentação sob o ponto de vista do Superior Tribunal de Justiça; 2.1 As decisões do STJ e seus fundamentos 3 Renúncia à aposentadoria para aproveitamento do tempo de contribuição no regime geral: análise de regras e princípios;

3.1 Contribuição previdenciária do segurado que retorna à atividade e solidariedade; 3.2 Opção do segurado por renda menor durante mais tempo ou renda maior em menos tempo; 3.3 Princípios da precedência do custeio e do equilíbrio financeiro e atuarial; 3.4 Devolução de proventos e atuação do juiz como legislador positivo; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: renúncia à aposentadoria com a finalidade de obter novo benefício previdenciário mais vantajoso tem sido defendida por muitos especialistas e aceita por vários juízes e tribunais brasileiros, notadamente o Superior Tribunal de Justiça (STJ). A tese conhecida como *desaposentação* não tem previsão legal expressa, razão pela qual os segurados que pretendem a sua aplicação têm de propor ações judiciais, o que vem gerando grande repercussão. Este trabalho estuda a renúncia à aposentadoria concedida no regime geral de previdência social para aproveitamento do tempo de contribuição no mesmo regime, com especial análise das decisões do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria.

PALAVRAS-CHAVE: Desaposentação. Renúncia. Aposentadoria, Regime Geral de Previdência Social. Tempo de Contribuição. STJ.

ABSTRACT: enunciation to retirement to get a new and superior Social Security welfare has been defended by a lot of specialists and accepted by many Brazilian judges and courts, specially Upper Court. The thesis known as *unretirement* hasn't legal outlook, whence all the insureds plead it have to propose proceedings, what has beget a lot of repercussion. This paper studies renunciation to retirement awarded under Social Security general regime for enjoyment of contribution time under the same regime, with special Upper Court decisions analysis on the subject.

KEYWORDS: Unretirement. Renunciation. Retirement. Social Security General Regime. Contribution Time. Upper Court.

INTRODUÇÃO

Dentre os vários temas controvertidos do direito previdenciário brasileiro, vem obtendo grande repercussão o instituto conhecido como *desaposentação*. Trata-se de renúncia ao benefício de aposentadoria concedido no Regime Geral de Previdência Social (RGPS) para aproveitamento do tempo de contribuição na concessão de novo benefício, no mesmo regime ou em regime diverso. O objetivo desta sistemática é possibilitar, ao final, renda mensal maior ao aposentado. Assim, é necessário que o segurado aposentado continue a trabalhar após a aposentadoria, no mesmo regime de previdência ou em outro, vertendo contribuições em valores suficientemente necessários para propiciar aumento no salário-de-benefício e, conseqüentemente, na renda mensal.

Como exemplo, o segurado que se aposentou no regime geral por tempo de contribuição na modalidade proporcional com trinta anos de tempo de serviço/contribuição e que continuou a contribuir para o mesmo regime durante cinco anos poderia pleitear a concessão da aposentadoria por tempo de contribuição integral, após renunciar ao benefício proporcional.

A *desaposentação* tem como fundamento a ideia de que o indivíduo/ aposentado tem liberdade para abdicar de sua aposentadoria, inclusive do recebimento de seus proventos, não havendo norma constitucional ou legal que vede a renúncia, que seria ato meramente unilateral. Assim, a aposentadoria seria um direito patrimonial do qual o indivíduo poderia dispor segundo seu juízo de oportunidade e conveniência.

Contudo, a renúncia ao *status quo* de aposentado e ao recebimento dos proventos não implicaria em disposição do tempo de serviço/contribuição computado para a concessão do benefício, pois o mesmo teria sido incorporado ao patrimônio jurídico do indivíduo. A aposentadoria deixaria de existir no mundo jurídico, mas o tempo de contribuição não, razão pela qual poderia ser novamente utilizado para a concessão de benefício mais vantajoso ou não acumulável com o anterior.

O objeto do presente estudo será a análise da renúncia à aposentadoria concedida no regime geral com aproveitamento do tempo de contribuição para concessão de novo benefício neste mesmo regime, hipótese que vem se tornando mais comum e com grande potencial de abrangência.

É notória a insatisfação dos aposentados com o valor de seus proventos, notadamente os reajustes anuais, fato que tem motivado o

retorno ao trabalho de muitos deles para complementação da renda mensal. Ao exercerem suas atividades laborativas, tornam-se novamente segurados obrigatórios do regime geral e sujeitos passivos do tributo *contribuição previdenciária*. A partir do senso comum, entendem que seria justo receber uma contraprestação pelo pagamento do tributo, razão pela qual postulam a *desaposentação* como revisão do valor do benefício. A partir desta situação, afloram entre alguns juristas argumentos a favor da ampliação dos benefícios previdenciários para satisfazer a dignidade da pessoa humana e a proteção social da previdência.

Neste contexto, propõe-se análise da tese da *desaposentação* que não seja fruto do individualismo liberal ou do assistencialismo característico do Estado Social, mas que observe os princípios acolhidos pela sociedade brasileira em nosso Estado Democrático de Direito. Assim, é importante que o instituto seja visto sob a luz das regras de direito, as quais deverão ser interpretadas segundo os princípios norteadores da previdência social brasileira.

Considerando que é função precípua do STJ a interpretação das leis federais, inclusive em caráter definitivo, suas decisões sobre a matéria nortearão as análises, pois reúnem os principais argumentos de direito favoráveis à *desaposentação*. Desta forma, com o presente trabalho pretendem-se compreender os conceitos envolvidos, as formulações doutrinárias e os posicionamentos jurisprudenciais relativos ao tema, após o que será traçada a linha básica de argumentos do STJ a favor da *desaposentação*, com uma análise dos mesmos. Ao final, concluir-se-á o estudo com o exame da possibilidade do reaproveitamento do tempo de contribuição computado para uma aposentadoria concedida no regime geral para a concessão de novo benefício no mesmo regime. Será avaliado se há regras que impeçam a *desaposentação* e qual conjunto de princípios deve nortear os juristas. Também será tratada a questão da opção definitiva do segurado pela aposentadoria precoce com renda menor ou da aposentadoria tardia com renda maior. Por fim, analisaremos se juízos magistrados têm atuado como legisladores positivos na determinação da devolução dos valores percebidos a título de proventos.

1 DESAPOSENTAÇÃO: CRIAÇÃO DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL

1.1 APLICAÇÕES DA TEORIA DA DESAPOSENTAÇÃO

No regime geral de previdência social há quatro espécies de aposentadoria: por tempo de contribuição, especial, por idade e por

invalidez. Apenas nesta última espécie não é possível a *desaposentação*, pois a concessão da aposentadoria por invalidez está condicionada ao afastamento de todas as atividades laborativas, na forma do art. 46 da Lei n. 8.213/91. Com relação às outras espécies, existem situações em que o retorno ao trabalho propiciará vantagens na concessão de um novo benefício,¹ tanto no RPPS quanto no RGPS. Ressalte-se apenas que o beneficiário de aposentadoria especial pode retornar ao trabalho, desde que as novas atividades não o sujeitem a agentes prejudiciais à saúde constantes no regulamento da lei de benefícios.

Na *desaposentação*, o tempo de contribuição utilizado no benefício renunciado pode ser aproveitado para concessão de novo benefício em regime próprio de previdência social, hipótese em que o Instituto Nacional do Seguro Social, autarquia gestora do regime geral, tem de expedir certidão de tempo de contribuição, além de compensar financeiramente o sistema no qual se concederá o novo benefício, na forma do art. 94 da Lei n. 8.213/91. Aliás, a jurisprudência a favor da *desaposentação* teve suas origens em pedidos desta natureza,² que replicaram em razão da crescente aprovação de aposentados do regime geral em concursos públicos, situação que se aplicou após a Constituição de 1988.

Com base nesta mesma premissa de liberdade de dispor do benefício, tanto especialistas quanto tribunais passaram a fundamentar a renúncia à aposentadoria do regime geral para aproveitamento do tempo de contribuição também no RGPS. Apesar de haver uma subsunção do argumento liberal a todos os casos de renúncia de benefícios previdenciários, há grande diferença nos efeitos práticos e nos imperativos legais afetos, conforme o regime em que se aproveitará o tempo de contribuição.

No que concerne ao aproveitamento do tempo de contribuição no regime próprio, há a incidência do art. 96, inciso III da Lei n. 8.213/91, que veda a contagem por um sistema do tempo de contribuição utilizado para a concessão de aposentadoria por outro. Este dispositivo

1 No REsp 310.884/RS, DJ 26/09/2005, o STJ permitiu renúncia de aposentadoria por idade rural para recebimento de aposentadoria por idade urbana. Na AC 199901001131715, de 08/05/2003, o TRF da 1ª Região acolheu a renúncia de aposentadoria especial.

2 A título de exemplificação, mencionamos os seguintes acórdãos: AGRESP 200300191937, GILSON DIPP, STJ - QUINTA TURMA, 04/08/2003, AMS 9501308049, JUIZ CATÃO ALVES, TRF1 - PRIMEIRA TURMA, 14/12/1998, AMS 199961050007760, JUIZ ANDRE NABARRETE, TRF3 - QUINTA TURMA, 03/09/2002, AMS 9604224824, JOÃO SURREAUX CHAGAS, TRF4 - QUINTA TURMA, 26/02/1997, AC 200005000498302, DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS REBÉLO JÚNIOR, TRF5 - QUARTA TURMA, 13/09/2002.

é afastado pela jurisprudência com a justificativa de que a renúncia extirpa do mundo jurídico o benefício precedente e de que tal vedação visa a evitar a percepção simultânea de aposentadorias, ao passo que, na *desaposentação*, um benefício sucederá ao outro.

Outra peculiaridade do aproveitamento do tempo de contribuição para o RPPS é a compensação financeira que deverá ser prestada pelo INSS. Além de ter pagado o benefício de aposentadoria durante certo período de tempo, a autarquia previdenciária terá de compensar o regime próprio em valor proporcional ao tempo de vinculação ao regime geral, na forma da Lei n. 9.796/99.

Por sua vez, no aproveitamento do tempo de contribuição no regime geral não há a questão da compensação financeira a outro regime e o dispositivo legal que incide sobre a matéria é o art. 18, § 2º, da Lei de Benefícios. Tal norma prevê que o aposentado que retorna ao trabalho não faz jus a qualquer prestação da previdência social, exceto salário-família e reabilitação profissional aos empregados.

Se não há direito a qualquer prestação, não seria lícito computar o tempo de contribuição posterior à aposentadoria e seus salários-de-contribuição para concessão de novo benefício. A fim de contornar este obstáculo jurídico à *desaposentação*, alguns tribunais condicionam o somatório dos tempos de contribuição à devolução dos valores recebidos a título de proventos, em que pese não haja previsão legal para este procedimento.³

A devolução dos proventos ainda enseja acaloradas discussões entre os próprios defensores da *desaposentação*, sendo recorrentes os argumentos relacionados com o equilíbrio atuarial e financeiro da previdência, o enriquecimento ilícito ou sem causa do segurado e a existência de prejuízo ao INSS. Observe-se que o indivíduo que se aposentou por tempo de contribuição na forma proporcional e optou por receber posteriormente a aposentadoria integral não verteu contribuições além das necessárias para o benefício integral e, ainda assim, recebeu os proventos proporcionais somados aos integrais.

Sobre a questão, o STJ tem posicionamento pacífico: a devolução é desnecessária, pois os pagamentos eram devidos, ou seja, não foram

3 Confiram-se AC 200561040082099, JUIZ SERGIO NASCIMENTO, TRF3 - DÉCIMA TURMA, 27/01/2010 e AC 200971000172414, EDUARDO VANDRÉ OLIVEIRA LEMA GARCIA, TRF4 - SEXTA TURMA, 05/02/2010

irregulares e constituem-se em verba alimentar.⁴ A irrepetibilidade dos proventos tem sido aplicada tanto para os pedidos de novo benefício no mesmo regime quanto em outro regime de previdência.

Os postulados da *desaposentação* também podem ser aplicados às aposentadorias concedidas em regimes próprios (RPPS), conforme decidido pelo STJ no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 200400184445.⁵ Importante esclarecer que a *desaposentação* não possui identidade com a reversão, prevista no art. 25 da Lei n. 8.112/90. Esta consiste no retorno do servidor aposentado ao mesmo cargo ou ao cargo resultante de sua transformação nas seguintes hipóteses: a) quando junta médica oficial declarar insubsistentes os motivos da aposentadoria por invalidez ou b) quando o aposentado solicita o retorno à atividade, desde que haja cargo vago e que a aposentadoria tenha sido voluntária e concedida nos cinco anos anteriores à solicitação. A reversão a pedido somente pode ser concedida ao aposentado que era estável na ativa e depende do interesse da Administração.

Na reversão, o aposentado que retorna à atividade pode computar o tempo de contribuição anterior à aposentadoria somado ao posterior, a fim de obter novo benefício.⁶ Contudo, não há similitude entre o instituto da reversão e o da *desaposentação*, pois, naquele, os proventos deixam de ser pagos após o retorno ao trabalho, fazendo jus o servidor apenas à remuneração do cargo.

Feitas estas considerações iniciais para distinguir as hipóteses de aplicação da teoria da *desaposentação*, passa-se a analisar de forma mais detida a origem e a evolução da tese.

1.2 ORIGEM E EVOLUÇÃO DA TEORIA DA DESAPOSENTAÇÃO

Não há regra específica na lei de benefícios que trate da possibilidade de renúncia de aposentadoria com aproveitamento do

4 REsp 1113682/SC, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 23/02/2010, DJe 26/04/2010.

5 RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR ESTADUAL. APOSENTADORIA. RENÚNCIA. NOMEAÇÃO PARA OUTRO CARGO POR CONCURSO PÚBLICO. POSSIBILIDADE. A aposentadoria é direito patrimonial disponível, sujeita à renúncia, possibilitando à recorrente a contagem do respectivo tempo de serviço e o exercício em outro cargo público para o qual prestou concurso público. Precedentes. Recurso provido. (ROMS 200400184445, JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, STJ - QUINTA TURMA, 21/02/2005)

6 Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari consideram a reversão como paradigma para a *desaposentação* (CASTRO; LAZZARI, 2008, p. 517-518).

tempo de contribuição anterior na concessão de novo benefício, seja na redação atual seja na originária. Assim, a tese da *desaposentação* é uma construção doutrinária calcada na aplicação de regras análogas e em alguns princípios gerais que serão mencionados adiante.

O advogado especialista em Direito Previdenciário Wladimir Novaes Martinez alega ter sido o primeiro autor a cogitar sobre este instituto e a publicar um artigo relacionado ao mesmo, com o título “Renúncia e irreversibilidade dos benefícios previdenciários”, publicado pela editora LTr em 1987.⁷ Segundo o jurista, naquela ocasião ele criou o neologismo “desaposentação” para designar o ato de desconstituição do benefício, representando renúncia às mensalidades antes mantidas e uma nova aposentação ou não.⁸

Martinez cita a Lei n. 6.903/81, revogada pela Lei n. 9.528/97, como o primeiro marco legal da *desaposentação*, pois permitia aos aposentados no exercício dos cargos de juízes temporários (classistas) a opção de abandonar o benefício anterior e aproveitar o tempo de contribuição na aposentadoria própria dos juízes temporários.⁹

Após várias publicações de sua autoria, Martinez afirma que outros estudiosos também passaram a tratar do tema, em especial a partir de 2006, com a publicação de monografias e livros.¹⁰ Dentre os diversos adeptos da *desaposentação*, citamos Fábio Zambitte Ibrahim,¹¹ Roseval Rodrigues da Cunha Filho¹² e Hamilton Antônio Coelho,¹³ além de Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari.¹⁴

A jurisprudência, de modo geral, acolheu o instituto e seus fundamentos, havendo precedentes em todos os tribunais regionais federais,¹⁵ sendo que a matéria está pacificada no Superior Tribunal de Justiça.¹⁶ Contudo, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a

7 MARTINEZ, 2007.

8 *ibid.*

9 *ibid.*

10 MARTINEZ, 2007.

11 IBRAHIM, 2007.

12 CUNHA FILHO, 2003.

13 COELHO, 1999.

14 CASTRO; LAZZARI, 2008.

15 *Cf.* nota 3.

16 *Cf.* nota 5.

repercussão geral do tema através do RE 381.367, o qual está pendente de julgamento.

Conclui-se, então, que o momento é adequado para rediscussão da matéria, com a apreciação e o enfrentamento pelos tribunais de novos argumentos relacionados à *desaposentação*. A repetição automática e irrefletida de precedentes deve ser evitada, pois oculta a complexidade do tema e reduz as possibilidades de se obter a melhor decisão. Neste sentido, convém citar uma lição de Dworkin a respeito da integridade no Direito e sua relação com os precedentes jurisprudenciais:

Se uma instituição política só é coerente quando repete suas próprias decisões anteriores o mais fiel ou precisamente possível, então a integridade não é coerência; é, ao mesmo tempo, mais e menos. A integridade exige que as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas, na medida do possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção. Uma instituição que aceite esse ideal às vezes irá, por esta razão, afastar-se da estreita linha das decisões anteriores, em busca de fidelidade aos princípios concebidos como mais fundamentais a esse sistema como um todo.¹⁷

A transcrição acima ainda menciona a necessidade de observância dos princípios como uma das exigências da integridade.¹⁸ No presente caso, tem de se analisar se a interpretação das regras pelos juízes ou mesmo a criação delas por eles está de acordo com os princípios da previdência social, que não poderá oferecer proteção aos previdentes no futuro, se os gestores do sistema desrespeitarem os limites impostos pela Constituição para o equilíbrio do sistema.

1.3 RENÚNCIA: TRANSPOSIÇÃO DO CONCEITO

Um dos pilares da teoria da *desaposentação* é a aplicação da renúncia, prevista no direito civil, ao direito previdenciário. Segundo os adeptos da *desaposentação*, o benefício previdenciário é um direito patrimonial disponível do qual o indivíduo pode dispor, ou seja, ninguém

¹⁷ DWORKIN, 2007, p. 263-264.

¹⁸ Segundo Dworkin, a integridade instrui os juízes a identificar direitos e deveres legais a partir do pressuposto de que foram todos criados pela comunidade, expressando uma concepção coerente de justiça e equidade. Trata-se de um ideal interpretativo que, através da identificação dos direitos a partir de algum conjunto coerente de princípios, pretende obter a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade (DWORKIN, 2007).

é obrigado a permanecer aposentado ou a receber proventos contra a sua vontade. O ato de disposição do benefício vem sendo denominado como *renúncia*, tanto pelos especialistas quanto pela jurisprudência.

Renúncia é a abdicação que o titular faz do seu direito, sem transferi-lo a quem quer que seja. É o abandono voluntário do direito. É o ato unilateral, independente de suas conseqüências.¹⁹ No conceito de renúncia não há condicionamentos, ou seja, quem renuncia não exige algo em troca.

A *desaposentação* incorporada nas práticas judiciais brasileiras refere-se a uma renúncia condicionada à obtenção de uma aposentadoria mais vantajosa, seja no mesmo regime de previdência ou em outro. Via de regra, não há interesse do aposentado em renunciar ao seu benefício e se ver privado de seus proventos, pois almeja renda maior, uma troca de benefícios. Se não houver a concessão de benefício mais vantajoso ou a expedição de certidão de tempo de contribuição que permita, no futuro, a obtenção de aposentadoria com renda maior, qual seria o sentido da renúncia? Assim, o uso da expressão “renúncia” para aproveitamento do tempo de contribuição, identificada com a liberdade de fazer tudo que a lei não proíba, nada mais é do que uma manipulação de conceitos a fim de conferir legitimidade à tese.

Wladimir Martinez até afirma que o escopo da *desaposentação* é amplo, compreendendo as hipóteses de o aposentado a) continuar contribuindo e se aposentar no mesmo regime, b) obter certidão de tempo de contribuição e se aposentar por outro regime ou c) simplesmente deixar de ser aposentado, independente do que isso signifique individualmente.²⁰ A nosso ver, somente esta última hipótese corresponde a uma renúncia, de acordo com a melhor técnica. Contudo, Martinez praticamente a descarta ao aduzir que, em todas as situações, a *desaposentação* tem de melhorar a situação previdenciária e que, moralmente, não se admite que o aposentado queira se prejudicar, recebendo menos.²¹

Ainda no que tange à renúncia, cumpre mencionar que o Poder Executivo, por meio do Decreto nº 3.265/99, acrescentou o art. 181-B ao Decreto nº 3048/99, dispondo que as aposentadorias por idade, tempo de contribuição e especial são irreversíveis e irrenunciáveis. Os

19 PEREIRA, 2001, p. 300.

20 MARTINEZ, 2007.

21 *ibid.*

defensores da *desaposentação* argumentam que tal decreto extrapola os limites do poder regulamentar, uma vez que a lei de benefícios não traz norma neste sentido.

Cunha Filho sustenta que a impossibilidade de renunciar deve ser interpretada em favor dos segurados e não contra.²² De fato, não há lei que obrigue as pessoas a se aposentarem em determinada época, sendo este um direito dependente da vontade do indivíduo, portanto, disponível neste ponto. Todavia, uma vez que o benefício foi concedido ao segurado, presume-se que os proventos recebidos são necessários ao seu sustento e de sua família, razão pela qual são resguardados pela legislação. Como exemplo, o art. 115, inciso VI, da Lei n. 8.213/91 limita em 30% o comprometimento do benefício com o pagamento de empréstimos consignados em folha. Se a liberdade de dispor do benefício fosse absoluta, o aposentado poderia estipular percentuais maiores.

Assim, conclui-se que, na *desaposentação*, não há renúncia ou disposição do benefício previdenciário, mas um pedido de substituição ou troca de um benefício por uma certidão de tempo de contribuição ou um benefício de renda maior no mesmo regime, a qual implicaria, para efeitos práticos, em uma revisão da renda mensal. Então, não há solidez no argumento de que o aposentado que requer a *desaposentação* está exercendo o direito de liberdade de não mais permanecer aposentado. A afirmação de que a ausência de lei proibitiva da renúncia torna lícita a *desaposentação* também deriva do direito de liberdade, razão pela qual é, do mesmo modo, inconsistente.²³

2 A DESAPOSENTAÇÃO SOB O PONTO DE VISTA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2.1 AS DECISÕES DO STJ E SEUS FUNDAMENTOS

O estudo dos precedentes do STJ em relação à *desaposentação* teve como base pesquisa de *acórdãos* realizada no banco de dados do portal eletrônico do STJ no dia 17 de maio de 2011. Foram utilizadas como indexadores as expressões “previdenciário”, “renúncia” e

²² CUNHA FILHO, 2010.

²³ No AgRg REsp 328.101/SC, 6ª Turma, Rel. Minª. Maria Thereza Assis Moura, DJe de 20/10/2008, o STJ considerou que se o segurado pode renunciar ao benefício quando há acumulação indevida, mais razão haveria quando a renúncia é por mera liberalidade do aposentado. Tal argumento carece de rigor técnico, pois renúncia é ato de liberalidade e a mesma não ocorre quando o aposentado tem obrigação legal de optar por um benefício ou outro.

“aposentadoria”, tendo sido obtidos 34 acórdãos.²⁴ Destes, 7 foram descartados, pois não tratavam da *desaposentação*, além de 2 que deixaram de analisar o mérito por questões processuais.

O objeto de pesquisa restringiu-se, então, a 25 julgados, dentre os quais 15 são referentes à Quinta Turma e 10 à Sexta Turma. Analisando o inteiro teor de cada um deles, extraíram-se os principais argumentos do tribunal para justificar a *desaposentação*, os quais serão tratados adiante.

Todos os julgados em exame tiveram resultado final favorável à tese da *desaposentação*. O pioneiro²⁵ foi o acórdão proferido pela Quinta Turma no AgRg no REsp nº 497.683/PE, relatado pelo Ministro Gilson Dipp, julgado em 17/06/2003 e publicado no DJ de 04/08/2003. Tratava-se de pedido de renúncia à aposentadoria concedida no âmbito do regime geral para aproveitamento do tempo de contribuição em regime diverso. Na ocasião, apenas um argumento foi utilizado a favor da *desaposentação*: os benefícios previdenciários são plenamente disponíveis, razão pela qual o autor poderia renunciar a este direito a fim de comprovar tempo de serviço em outro regime. Concluiu-se, ainda, que a matéria estava consolidada no tribunal. É preciso explicar que tal consolidação refere-se tão somente à tese de que os direitos relacionados a benefícios previdenciários são individuais e disponíveis, firmada após vários julgamentos contra a legitimidade do Ministério Público para postular demanda em favor de segurados ou aposentados.

No REsp 692.628/DF, julgado em 17/05/2005, foram agregados os seguintes argumentos: 1) a abdicação do benefício não atinge o tempo de contribuição; 2) não haverá cumulação de benefícios, mas uma aposentadoria seguida da outra; 3) a renúncia tem efeitos *ex nunc*, não gerando o dever de devolver valores, pois, enquanto perdurou a aposentadoria no regime geral, os pagamentos de caráter alimentar eram indiscutivelmente devidos. Nos julgamentos seguintes, basicamente foram repetidos os argumentos acima, acompanhados de menção aos precedentes.

24 Também se realizou pesquisa com as expressões “renúncia” e “aposentadoria”, obtendo-se 106 acórdãos. Todavia, como o presente trabalho restringe-se à renúncia de aposentadoria previdenciária para aproveitamento no próprio regime geral, optou-se por maior delimitação da pesquisa.

25 No caso, o pioneirismo refere-se à pesquisa com os termos mencionados, pois há o julgamento no MS 7711/DF de 08/05/2002, no qual se permitiu que um advogado da união computasse tempo de contribuição já utilizado em aposentadoria do RGPS, cancelada em outra ação judicial, para aproveitamento no regime próprio.

Os primeiros precedentes referiam-se à renúncia de aposentadoria do regime geral para aproveitamento do tempo de contribuição em regime diverso, mas, nos julgados mais recentes, passou-se a consignar que o aproveitamento é cabível também no mesmo regime sem que fossem mencionados novos fundamentos. Apesar de o STJ tratar as situações da mesma forma, há significativa diferença entre elas.²⁶ No presente estudo, trataremos apenas do aproveitamento do tempo de contribuição no mesmo regime, mas alguns de nossos argumentos podem ser aplicados na *desaposentação* para o regime próprio.

2.2 ANÁLISE DOS ARGUMENTOS DO STJ

As premissas adotadas pelo STJ seguem sequência lógica, na qual há complementaridade mútua, todavia há certas contradições. Inicialmente, o simples fato de a jurisprudência do tribunal ter consolidado o entendimento de que o Ministério Público não pode tutelar direitos de cunho previdenciário, por serem disponíveis e patrimoniais, não induz, necessariamente, à conclusão de que a *desaposentação* é possível, sem que se analisem outras regras e princípios, além das repercussões de tal inovação nos sistemas previdenciários.

Não há dúvidas de que ninguém é obrigado a se aposentar e de que o benefício não pode ser concedido de ofício pela Administração. Da mesma forma, nenhum aposentado é obrigado a ir mensalmente a uma agência bancária retirar o numerário correspondente a seus proventos, em que pese o dinheiro esteja à disposição. Contudo, a teoria da *desaposentação* não trata de mera abdicação de um benefício,

26 O aposentado do regime geral que volta ao trabalho no setor público pode aposentar-se novamente pelo regime estatutário, desde que possua tempo de contribuição suficiente no novo sistema ou venha a ser acometido de invalidez. Pela *desaposentação*, o indivíduo não fará jus à acumulação das aposentadorias, por insuficiência de tempo de contribuição para a concessão de novo benefício, mas terá uma aposentadoria melhor. Ocorre que o INSS terá de custear parte desta aposentadoria em valor proporcional ao tempo de contribuição para o regime geral. De acordo com a jurisprudência do STJ, não haverá devolução dos proventos já pagos pelo INSS, logo a autarquia terá de pagar, em tese, duas vezes o benefício correspondente ao tempo de contribuição vertido para o regime geral. Mas, o sistema brasileiro de previdência é custeado por várias fontes e os benefícios não correspondem apenas às contribuições recolhidas pelos respectivos titulares. Logo, o aposentado costuma receber mais do que pagou de contribuição ao longo da vida. Assim, haverá situações em que o valor da compensação a ser despendida pelo INSS somado aos proventos já pagos será menor do que os valores a serem gastos se o aposentado continuasse aposentado pelo regime geral e tivesse uma longa sobrevida com possível geração de pensão por morte. Os ônus destes benefícios seriam repassados ao regime próprio. De qualquer forma, o INSS terá pago um valor em duplicidade, ainda que lhe seja vantajoso, em casos específicos, submeter a outro regime as despesas de manutenção do benefício. A título de exemplificação, o raciocínio despendido nesta nota foi parcialmente utilizado pelo STJ no julgamento do REsp 557.231/RS, DJ 16/06/2008 para concluir que não haveria prejuízo a longo prazo ao INSS na *desaposentação*.

mas, na pretensão de nova situação jurídica mais onerosa ao erário, do desfazimento de um ato jurídico findo e perfeito. Assim, a *desaposentação* não é pura e simplesmente decorrência lógica do caráter patrimonial e disponível dos benefícios previdenciários.

O argumento de que a renúncia ao benefício não implica em abdicação do tempo de contribuição também suscita controvérsias. A concessão da aposentadoria depende do preenchimento de certos requisitos legais pelo segurado, entre eles determinado número de contribuições para a previdência.²⁷ Uma vez concedida a aposentadoria, este tempo de contribuição vincula-se ao benefício, impedindo sua utilização para a concessão de outra aposentadoria, seja no mesmo regime ou em outro.²⁸ Então, entende o tribunal que, se houver renúncia ao benefício, o tempo de contribuição volta a poder ser utilizado para a concessão de outra aposentadoria.

O pagamento dos proventos de aposentadoria não é simplesmente a retribuição em pecúnia de todos os valores pagos pelo segurado durante o seu período contributivo, todavia, em parte é. O segurado que verteu contribuições maiores e durante mais tempo terá direito a renda maior do que aquele que contribuiu pelo tempo e valor mínimos. Pode-se afirmar, então, que, na previdência social brasileira, há retribuição ou compensação ao segurado em função do total de contribuições que ofereceu à previdência. Caso contrário, o valor do benefício deveria ser independente do valor dos salários-de-contribuição.

Assim, o segurado que se aposenta por tempo de contribuição passa a receber esta retribuição, em valor proporcional às suas contribuições. Na *desaposentação*, o aposentado recebe parte da retribuição referente àquele tempo de contribuição até a suposta renúncia. Após, receberá novamente retribuição pertinente ao tempo de contribuição anterior à aposentadoria somada à retribuição pelo tempo posterior ao retorno ao trabalho. Um mesmo tempo de contribuição será utilizado duas vezes, de forma fictícia, propiciando retribuição pecuniária em duplicidade.

Wladimir Novaes Martinez, como precursor da *desaposentação*, anteviu esta questão, razão pela qual defende que o aposentado devolva os proventos recebidos como condição para o aproveitamento do tempo

27 Excepcionalmente, a aposentadoria por idade dos trabalhadores rurais independe de contribuição na forma do art. 143 da Lei nº 8.213/91 e do art. 2º da Lei 11.718/08.

28 A contagem, mais de uma vez, do mesmo tempo de contribuição é fictícia, sendo tal prática vedada pelo art. 40, § 10, da Constituição Federal e pelo art. 96, incisos I, II e III da Lei nº 8.213/91.

de contribuição. O retorno ao *status quo ante* seria imprescindível e não poderia ser gratuito, sob pena de a *desaposentação* não ser sustentável do ponto de vista técnico do seguro social.^{29 30}

Desconsiderando estas circunstâncias, o STJ confere à renúncia efeitos *ex nunc*, ou seja, ela só produziria efeitos após a sua formalização, não havendo necessidade de restituir as partes ao estado imediatamente anterior à aposentadoria. Assim, não haveria razão para a devolução dos proventos referentes ao benefício renunciado.

De fato, se considerarmos que a renúncia tem efeitos *ex nunc*, permanece existente, válido e eficaz o benefício durante o período em que o mesmo foi pago, logo os pagamentos eram devidos. Em consequência, não haverá lei que obrigue o indivíduo a ressarcir verbas alimentícias que lhe eram devidas. A Lei nº 8.213/91 até permite descontos no benefício em determinadas hipóteses, mas são *numerus clausus*, taxativas,³¹ não havendo previsão de descontos ou cobrança de valores pagos em benefício posteriormente renunciado.

Enfim, a se permitir a *desaposentação* nos termos defendidos pelo STJ, haverá grandes vantagens aos aposentados, de impacto social relevante, mas restará indiferente a questão do custeio da benesse.

3 RENÚNCIA À APOSENTADORIA PARA APROVEITAMENTO DO TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO NO REGIME GERAL: ANÁLISE DE REGRAS E PRINCÍPIOS

3.1 CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA DO SEGURADO QUE RETORNA À ATIVIDADE E SOLIDARIEDADE

O aposentado que retorna ao trabalho em atividade abrangida pelo regime geral volta a contribuir para a previdência social na condição de segurado obrigatório e sujeito passivo do tributo “contribuição

29 MARTINEZ, 2007.

30 Wladimir Martinez manifestou-se sobre o prejuízo ao sistema previdenciário com a seguinte exposição: Ainda que seja seguro social, pensando-se individualmente, se a Previdência Social aposenta o segurado, ela se serve de reservas técnicas acumuladas individualmente pelos trabalhadores, entre as quais as do titular do direito ao benefício. Na *desaposentação*, o órgão gestor terá de reaver os valores pagos para estar econômica, financeiramente apto para aposentá-lo adiante ou poder emitir a CTC. [...] Na hipótese de a contagem recíproca de tempo de serviço, mesmo no bojo de um regime de repartição simples, só será possível repassar os recursos ao ente político acolhedor da CTC se eles não foram consumidos pelo segurado [grifo nosso] (MARTINEZ, 2007).

31 Confirmam-se os artigos 114 e 115 da Lei de Benefícios.

previdenciária”, na forma do art. 12, § 4º, da Lei nº 8.213/91.³² Contudo, tais contribuições não lhe garantem qualquer novo benefício previdenciário, a não ser o salário-família e a reabilitação profissional quando for empregado, nos termos do art. 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91.³³

Na redação original da Lei n. 8.213/91, o art. 18, § 2º previa a possibilidade de as contribuições recolhidas após a aposentadoria servirem para a concessão de benefício denominado pecúlio, disciplinado pelo artigo 81 e seguintes da mesma lei. No caso específico, o pecúlio consistia na restituição em parcela única das contribuições efetuadas após a aposentadoria, devidamente atualizadas, e era devido quando o aposentado se afastasse da atividade. O benefício, de forma geral, foi extinto após sucessivas revogações dos dispositivos que o previam pelas Leis 8.870/94, 9.032/95 e 9.129/95.

O pecúlio devido ao aposentado que retornava ao trabalho não tinha por objetivo proteger o segurado de algum risco social, mas apenas restituir uma contribuição que havia sido paga pelo indivíduo e que não tinha sido utilizada em seu favor. Tratava-se de benefício de inspiração individualista, mais afeito a um sistema de poupança individual do que de previdência social. João Ernesto Aragonés Vianna defendeu a extinção dos pecúlios por estarem em desacordo com a solidariedade contributiva:

A revogação dos pecúlios está em sintonia com o princípio da solidariedade contributiva, estampado no caput do artigo 195 da Constituição Federal, pois a contribuição de cada segurado deve reverter para a manutenção de todo o sistema, e não considerar a pessoa do contribuinte, individualmente. Essa conclusão é decorrência da solidariedade que informa os modernos sistemas de seguridade social.³⁴

32 Art. 12 [...]

[...]

§ 4º O aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social – RGPS que estiver exercendo ou que voltar a exercer atividade abrangida por este Regime é segurado obrigatório em relação a essa atividade, ficando sujeito às contribuições de que trata esta Lei, para fins de custeio da Seguridade Social. (Parágrafo acrescentado pela Lei nº 9.032, de 28.4.95).

33 Art. 18. [...]

§ 2º O aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social – RGPS que permanecer em atividade sujeita a este Regime, ou a ele retornar, não fará jus a prestação alguma da Previdência Social em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado. (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 1997)

34 VIANNA, 2009, p. 285.

Com a extinção dos pecúlios e com a atual redação do art. 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91, restou evidente que as contribuições recolhidas pelos aposentados não podem lhe proporcionar outras vantagens que não as previstas em lei. As contribuições são para o sistema, independente de contrapartida em benefícios diretos para o contribuinte, de maneira que não podem ser utilizadas, por exemplo, para revisar a renda mensal do aposentado.

A seguridade social é baseada no princípio da solidariedade, segundo o qual toda a sociedade tem responsabilidade pelo custeio do sistema, contribuindo cada um na medida de suas possibilidades para a formação de um fundo que reverterá em favor dos que necessitarem de proteção. A Constituição Federal alberga este princípio através dos artigos 194 e 195, quando dispõe que a seguridade social será financiada por toda sociedade, de forma direta e indireta, e que este financiamento observará princípios de equidade e diversidade da base contributiva³⁵.

Pela solidariedade, muitos membros da sociedade são obrigados a contribuir independente de receberem em troca alguma vantagem individual, como as empresas e os importadores de bens ou serviços do exterior. Enquadram-se nesta hipótese os aposentados que retornam ao trabalho, conforme vem decidindo reiteradamente o Supremo Tribunal Federal.³⁶

De acordo com a *desaposentação*, o tempo de contribuição anterior à aposentadoria é somado ao tempo posterior com a finalidade de majorar a renda mensal, o que constitui flagrante desrespeito ao art. 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91 e à aplicação do princípio da solidariedade pela legislação previdenciária. Por vias transversas, criou-se uma compensação aos aposentados pela extinção do pecúlio, aliás, mais vantajosa do que o benefício extinto, pois haverá incorporação de

35 João Ernesto Aragonês Vianna identifica a solidariedade no caput do art. 195 da CRFB/1988: "O caput do artigo 195 contempla o princípio da solidariedade contributiva, segundo o qual a seguridade social será financiada por toda a sociedade. Com efeito, na medida da relevância das ações de seguridade social para toda a sociedade, mostra-se adequado o chamamento de todos para contribuir, nos termos em que estipulado pela Constituição Federal. A diversidade da base de financiamento traduz-se nas contribuições a cargo do empregador, da empresa, da entidade a ela equiparada, do trabalhador, dos demais segurados da previdência social, do administrador de concursos de prognósticos, do importador de bens ou serviços do exterior ou de quem a lei a ele equiparar e de recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios." (VIANNA, 2009, p. 21-22)

36 A título de exemplificação citamos os seguintes arestos: RE 364224 AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 06/04/2010, DJe 22/04/2010; RE-AgR 393.672/RS, Rel. Min. Carmen Lúcia, DJ 09/05/2008 e RE 381.860/RS, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 14/04/2008.

vantagem pecuniária em benefício de prestação continuada, inclusive com reflexos em pensões por morte.

Ressalte-se, ainda, que a escolha dos contribuintes do sistema previdenciário perpassa por uma análise de capacidade contributiva, ao passo que a eleição dos beneficiários da seguridade envolve um juízo de seletividade. O aposentado que retorna ao trabalho, além de receber o benefício previdenciário recebe nova remuneração, estando, por exemplo, em situação econômica mais vantajosa do que os aposentados que não têm mais capacidade para trabalhar ou dos segurados que ainda não recebem benefício. Assim, não se vislumbra qualquer injustiça na definição do aposentado que retorna ao trabalho como contribuinte.

Por sua vez, o princípio da seletividade, inscrito no art. 194, parágrafo único, inciso III, da Constituição Federal, pressupõe que os benefícios devem ser concedidos apenas a quem deles efetivamente necessite.³⁷ O trabalhador aposentado já está abrigado pela proteção social, recebendo benefício que substitui seus rendimentos, razão pela qual a legislação deixa de lhe conceder novas vantagens. Aliás, o Brasil é o único país no mundo que não condiciona a aposentadoria por tempo de contribuição ao afastamento do trabalho.³⁸ Em tese, as aposentadorias por idade e por tempo de contribuição deveriam servir para cobrir o risco social pertinente à presunção de incapacidade laborativa do segurado com idade avançada.³⁹

Conclui-se, então, que há coerência entre a regra legal prevista no art. 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91 e os princípios constitucionais, sendo possível afirmar que nosso ordenamento, no intuito de oferecer proteção social universal, estabelece necessidades prioritárias por meio da seletividade, restringindo a ampliação de vantagens aos que já se encontram protegidos pelo sistema previdenciário.

Dworkin, em sua teoria do direito como integridade, propõe que o jurista faça interpretação construtiva, que identifique, no objeto interpretado, um propósito que o torne o melhor exemplo possível da forma ou gênero aos quais se imagina que pertença.⁴⁰ Tal interpretação

37 CASTRO; LAZZARI, 2008, p. 100-101.

38 DONADON, 2009, p. 42.

39 A Constituição Federal em seu art. 201, I, prevê cobertura previdenciária apenas dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada.

40 DWORKIN, 2007, p. 63-34.

não está relacionada com a intenção dos autores da lei, mas com a coerência de princípio que a integridade requer:

Quando um juiz declara que um determinado princípio está imbuído no direito, sua opinião não reflete uma afirmação ingênua sobre os motivos dos estadistas do passado, uma afirmação que um bom cínico poderia refutar facilmente, mas sim uma proposta interpretativa: o princípio se ajusta a alguma parte complexa da prática jurídica e a justifica; oferece uma maneira atraente de ver, na estrutura dessa prática, a coerência de princípio que a integridade requer.⁴¹

Assim, decidir se há ou não direito à *desaposentação* equivale a identificar se a comunidade aceitou o princípio de que os aposentados que retornam ao trabalho devem ter seus benefícios ampliados. Por sua vez, a melhor interpretação da prática jurídica da comunidade será aquela que tenta encontrar, em um conjunto coerente de princípios, o direito das pessoas. Deste modo, é possível defender como melhor interpretação a que nega a existência de direito à *desaposentação*, haja vista que a contribuição do trabalhador aposentado tem por objetivo custear o regime previdenciário em geral, ao invés de permitir contrapartida específica ao contribuinte, concretizando-se, assim, o princípio da solidariedade, acolhido por nossa comunidade por meio da Constituição Federal.

3.2 OPÇÃO DO SEGURADO POR RENDA MENOR DURANTE MAIS TEMPO OU RENDA MAIOR EM MENOS TEMPO

A lei estabelece distintas espécies de aposentadorias, com requisitos e fórmulas de cálculo diferentes. Como exemplo, na aposentadoria por idade urbana é exigido que o segurado homem conte com, no mínimo, 65 anos de idade e 180 contribuições, fazendo jus a uma renda de 70% do salário-de-benefício mais 1% para cada grupo de 12 contribuições. Na aposentadoria por tempo de contribuição proporcional deveria o segurado contar com, no mínimo, 30 anos de tempo de contribuição, tendo direito a uma renda mensal de 70% do salário-de-benefício. Por sua vez, o segurado que se aposenta por tempo de contribuição na forma integral, com 35 anos de contribuição, receberá renda de 100% do salário-de-benefício.

Como a aposentadoria não é concedida de ofício pela Administração, compete ao segurado avaliar qual o momento adequado

⁴¹ DWORKIN, 2007, p. 274.

para requerer o seu benefício e qual espécie lhe proporcionará mais vantagens. Então, deve o segurado optar por um benefício menor a ser recebido por mais tempo ou por um benefício maior a ser recebido por menos tempo. Não há previsão legal para que o segurado opte pelos aspectos mais vantajosos de cada espécie.

A lei previdenciária estimula o segurado a contribuir por mais tempo, oferecendo-lhe benefícios com renda maior.⁴² Trata-se de tentativa de manter o equilíbrio atuarial e financeiro do sistema, garantindo-se que haja certo equilíbrio na proporção entre contribuintes e beneficiários do regime. Registre-se que, em todo o mundo, apenas Brasil, Iraque, Irã e Equador não estipulam idade mínima para a aposentadoria.⁴³

Assim, a *desaposentação* fere esta lógica ao permitir que o segurado que se aposentou precocemente receba os mesmos benefícios daquele que optou pela renda maior durante menos tempo. É criada uma situação de desigualdade entre os segurados. Wladimir Martinez afirma que o segurado que deixa de se aposentar na forma proporcional está renunciando ao benefício.⁴⁴ Todavia, em verdade, há uma opção do segurado pela modalidade de benefício que o mesmo reputa atender melhor às suas necessidades, pois a legislação não lhe oferece a forma mista de benefício contida na tese da *desaposentação*.

Ora, dizer que o segurado pode se aposentar na forma proporcional e continuar a trabalhar para trocar o benefício para a modalidade integral é afirmar que o segurado que optou por receber apenas o benefício integral por um ato de renúncia é tolo. E mais: poderia este aposentado postular o pagamento dos valores a que teria direito se tivesse se aposentado previamente na forma proporcional, alegando que injustamente não foi informado sobre esta possibilidade e que a renúncia teria de ser formal e não tácita?

Os postulados da *desaposentação* acolhidos pelo STJ ainda possibilitam revisão periódica do benefício, conforme será demonstrado adiante. Não só o benefício proporcional pode ser convertido em integral, mas o integral também pode ser majorado várias vezes. Esta situação ocorre com o recálculo que pode ser feito a partir da mudança das variáveis que compõem o fator previdenciário.

42 A aposentadoria por tempo de contribuição proporcional foi extinta pela EC nº 20/98 com este objetivo.

43 DONADON, 2009, p. 42.

44 MARTINEZ, 2007.

Com o objetivo de garantir equilíbrio atuarial e financeiro do sistema e desestimular as aposentadorias precoces foi criado pela Lei n°. 9.876/99 o fator previdenciário. Trata-se de coeficiente utilizado no cálculo das aposentadorias por tempo de contribuição e por idade que envolve três variáveis: tempo de contribuição, idade e expectativa de sobrevida. Quanto maior o tempo de contribuição e a idade e menor a expectativa de sobrevida, maior será o benefício.

Uma segurada que se aposentou com 30 anos de tempo de contribuição e 46 anos de idade na forma integral e continuou a trabalhar por mais 5 anos terá vantagem se renunciar ao benefício e pleitear um novo com o somatório dos tempos de contribuição, pois terá maior tempo de contribuição, maior idade e menor expectativa de sobrevida. Este procedimento poderá ser repetido outras vezes, funcionando como uma revisão periódica do benefício.

Enfim, a legislação que visa a evitar a concessão de aposentadorias precoces e que está em consonância com o equilíbrio financeiro e atuarial da previdência é excepcionada pela *desaposentação*, na forma como acolhida a tese pelo STJ.

3.3 PRINCÍPIOS DA PRECEDÊNCIA DO CUSTEIO E DO EQUILÍBRIO FINANCEIRO E ATUARIAL

O modelo básico de previdência social brasileiro é o de repartição, ou seja, as contribuições sociais vertem para um fundo único, do qual saem os recursos para a concessão de benefícios a qualquer um que atenda aos requisitos previstos na norma previdenciária.⁴⁵ Os atuais contribuintes do regime é que pagam os benefícios dos aposentados e não há vinculação direta entre o valor total das contribuições vertidas pelo segurado e o benefício que irá receber.⁴⁶ Em alguns outros países, como o Chile, é adotado o sistema de capitalização, no qual o segurado contribui para um fundo de previdência, geralmente privado,

45 CASTRO; LAZZARI, 2008, p. 57.

46 Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari lecionam que há situações em que segurados contribuirão mais do que irão receber e outras em que o segurado receberá mais do que contribuiu, citando o seguinte exemplo: "(...) tenha-se um segurado que trabalhe durante trinta e cinco anos, contribuindo para algum regime previdenciário, e outro, ainda jovem, que trabalhe e contribua há apenas um mês; se ambos vierem a sofrer acidente que lhes retire permanentemente a capacidade laborativa, terão direito à aposentadoria por invalidez pelo resto de suas vidas. O primeiro talvez não venha a receber tudo o que contribuiu; o segundo certamente receberá mais do que recolheu aos cofres da Previdência." (CASTRO; LAZZARI, 2008, p. 106).

por determinado período, até que possa resgatar suas cotas com os rendimentos.

Alguns autores⁴⁷ sustentam que, em virtude de o Brasil adotar o modelo de repartição, a devolução dos valores recebidos a título de proventos é desnecessária, pois quem paga os benefícios não são os inativos. Consideram, então, que não há prejuízo aos cofres públicos, o que constitui grave equívoco. O modelo de repartição não exclui a importância da contribuição dos segurados em geral e, principalmente, a do segurado que será especificamente beneficiado.

O indivíduo que nada contribuiu para a previdência não receberá nenhum benefício previdenciário, restando-lhe possivelmente ser protegido por ações de assistência social. O segurado que contribui durante mais tempo e com valores maiores terá direito a benefícios proporcionalmente mais elevados. A contagem recíproca, em que um regime compensa o outro com base na proporção do tempo de contribuição repassado (o segurado leva suas reservas acumuladas para o novo regime) é outro exemplo da repercussão das contribuições individuais do segurado no benefício a ser concedido.

Para efeitos contábeis, os segurados da ativa custeiam o pagamento das aposentadorias dos inativos, mas, para efeitos de aquisição legal de direitos, quem custeia o benefício é o segurado que irá se beneficiar dele, ainda que o mesmo não verta contribuições suficientes para o total que receberá.⁴⁸

O fato de o modelo ser de repartição não serve de justificativa para a *desaposentação*, pois, independente de o financiamento do benefício ter se dado por cotização individual do segurado ou por contribuições vertidas por terceiros, haverá majoração na renda do aposentado e o custo deste incremento será suportado pelo sistema como um todo.

Ressalte-se que as contribuições recolhidas pelo segurado após a aposentadoria e que precederam a renúncia não evitam prejuízo ao erário. O indivíduo que se aposenta na forma proporcional com 30 anos de contribuição e que contribui por mais 5 anos terá financiado um benefício integral. Ocorre que o financiamento total seria apenas do benefício integral e não deste somado com o proporcional antecedente.

47 IBRAHIM, 2007, p. 61-62.

48 O grande diferencial entre o modelo de capitalização individual e o de repartição é que somente neste último há solidariedade contributiva.

Na *desaposentação*, um mesmo tempo será contado duas vezes, permitindo que o aposentado receba em duplicidade, conforme explicado com mais detalhes no item na divisão anterior.

Verificado este custo a mais para a previdência, cumpre analisar suas implicações no ordenamento jurídico.

O art. 195, § 5º da Constituição Federal prevê que nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total. Trata-se do princípio da precedência de custeio, que impõe ao legislador a conduta de não autorizar despesas sem que haja receita suficiente. Este princípio foi defendido com bom senso por Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari:

A observância deste princípio é de fundamental importância para que a Previdência Social pública se mantenha em condições de conceder as prestações previstas, sob pena de, em curto espaço de tempo, estarem os segurados definitivamente sujeitos à privatização de tal atividade, em face da incapacidade do Poder Público em gerar mais receita para cobertura de déficits.⁴⁹

É necessário que haja a fonte de custeio para o novo gasto, que pode advir da ampliação da carga tributária ou da economia com outras despesas, por exemplo, extinguindo benefício ou criando requisitos mais rígidos. No caso da *desaposentação*, não há autorização legislativa para a revisão dos benefícios com inclusão de novo tempo de contribuição e repetição do anterior, pois é criação doutrinária e jurisprudencial. Surge, assim, a questão sobre a necessidade de o judiciário observar este princípio.

O Supremo Tribunal Federal já se manifestou diversas vezes sobre a questão, concluindo pela impossibilidade de o juiz atuar como legislador positivo, ampliando benefícios sem que haja lei com indicação da fonte de custeio.⁵⁰ Neste sentido, mencionam-se os seguintes julgados: RE 484702, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em

49 CASTRO; LAZZARI, 2008, p. 104.

50 E M E N T A: RECURSO EXTRAORDINÁRIO - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO RECURSO DE AGRAVO - REVISÃO DE BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS - INAPLICABILIDADE DA LEI Nº 9.032/95 A BENEFÍCIOS CONCEDIDOS ANTES DE SUA VIGÊNCIA - AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO, NESSE DIPLOMA LEGISLATIVO, DE SUA APLICAÇÃO RETROATIVA - INEXISTÊNCIA, AINDA, NA LEI, DE CLÁUSULA INDICATIVA DA FONTE DE CUSTEIO TOTAL CORRESPONDENTE À MAJORAÇÃO DO BENEFÍCIO

09/02/2007, DJ 13-04-2007 e RE 415454, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 08/02/2007, DJ 26-10-2007.

Se o legislador está adstrito ao princípio da contrapartida ou prévia fonte de custeio, padecendo de inconstitucionalidade a lei que não observa este princípio, também o juiz deve respeitá-lo. Assim, o judiciário possui responsabilidade de zelar pela manutenção do equilíbrio financeiro e atuarial da previdência, evitando que o Estado assumira uma postura assistencialista de mero provedor de bens, descomprometido com as gerações futuras.

3.4 DEVOLUÇÃO DE PROVENTOS E ATUAÇÃO DO JUIZ COMO LEGISLADOR POSITIVO

Alguns juízes e tribunais, cientes de suas responsabilidades para com o equilíbrio das contas da previdência, condicionam a *desaposentação* à devolução dos valores recebidos a título de proventos, desfazendo o ato de concessão da aposentadoria por completo, com o retorno das partes ao *status quo ante*.

Se, por um lado, é louvável a iniciativa de manter sustentável o sistema previdenciário, por outro se verifica uma atuação do Judiciário como verdadeiro legislador positivo. Cria-se hipótese de restituição de verba alimentar recebida licitamente e de desfazimento unilateral do ato jurídico perfeito a fim de se proceder à revisão sem previsão legal.

Roberto Luis Luchi Demo⁵¹ defende que, na *desaposentação*, para aproveitamento do tempo de contribuição em regime próprio, haja indenização pelo aposentado a ser beneficiado, mas que não seja a mera restituição de tudo que foi pago a título de proventos. Assim, propõe que

PREVIDENCIÁRIO – ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO COMO LEGISLADOR POSITIVO – VEDAÇÃO – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. – (...)

A majoração de benefícios previdenciários, além de submetida ao postulado da contrapartida (CF, art. 195, § 5º), também depende, para efeito de sua legítima adequação ao texto da Constituição da República, da observância do princípio da reserva de lei formal, cuja incidência traduz limitação ao exercício da atividade jurisdicional do Estado. Precedentes. Não se revela constitucionalmente possível, ao Poder Judiciário, sob fundamento de isonomia, estender, em sede jurisdicional, majoração de benefício previdenciário, quando inexistente, na lei, a indicação da correspondente fonte de custeio total, sob pena de o Tribunal, se assim proceder, atuar na anômala condição de legislador positivo, transgredindo, desse modo, o princípio da separação de poderes. Precedentes. - A Lei nº 9.032/95, por não veicular qualquer cláusula autorizadora de sua aplicação retroativa, torna impertinente a invocação da Súmula 654/STF [sem grifo no original].

(RE 567360 ED, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 09/06/2009, PROCESSO ELETRÔNICO DJE-148 DIVULG 06-08-2009 PUBLIC 07-08-2009)

51 DEMO, 2003.

seja alterada a legislação para que se exija indenização proporcional à compensação previdenciária e ao total recebido a título de aposentadoria em valor a ser definido pelo regulamento. Por esta lógica, não haveria restituição de verba alimentar, mas uma indenização a fim de dar nova eficácia jurídico-previdenciária ao tempo de contribuição já utilizado.

De fato, a estipulação de fórmulas e cálculos para preservação do equilíbrio financeiro e atuarial é questão técnica e política, que deve ser reservada ao legislador e ao executivo. Faz-se necessária a análise de dados estatísticos, com previsões de riscos e expectativas, além da tomada de decisões que envolvem o orçamento da previdência. É provável que os juízes não conheçam os limites e as possibilidades do orçamento e não estimem da maneira correta o impacto das revisões para o futuro. De igual modo, a ampliação de benefícios em maior ou menor medida é uma decisão política.

Como exemplo, a Constituição assegura o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real. Contudo, os critérios deste reajustamento devem ser definidos em lei. Tal lei somente será constitucional se garantir de forma mínima a preservação do valor real do benefício, mas, por uma decisão política, pode o legislador, desde que indique a fonte de custeio, conceder reajustes além dos necessários para garantir a manutenção do valor real.

Não há direito constitucional do aposentado em ter o benefício reajustado em índices superiores à inflação, mas o legislador pode avaliar que haverá ganho geral para a sociedade com este reajuste, por exemplo, estimulando o consumo. O mesmo raciocínio pode ser aplicado à teoria da *desaposentação*.

Não há direito de o aposentado renunciar a benefício para aproveitar o mesmo tempo de contribuição na concessão de nova aposentadoria. Todavia, se o aposentado restituir algum valor ou a integralidade dos proventos que recebeu, pode ser que seja mantido, de certa forma, o equilíbrio econômico financeiro da previdência e ampliada uma prestação previdenciária que trará benefícios para um grupo específico de pessoas e, talvez, para a sociedade de modo geral.

Na *desaposentação* seguida da devolução dos proventos, faz-se uma análise de custo-benefício para, ao final, obter-se a melhora na renda dos aposentados. Trata-se de decisão utilitarista e, portanto, meramente

política. Tal postura assumida pelos magistrados é, inclusive, objeto de crítica de Dworkin. O referido autor defende que os juízes não utilizem argumentos de política em suas decisões, mas apenas argumentos de princípio:

Minha visão é que o Tribunal deve tomar decisões de princípio, não de política – decisões sobre que direitos as pessoas têm sob nosso sistema constitucional, *não decisões sobre como se promove melhor o bem-estar geral* –, e que deve tomar essas decisões elaborando e aplicando a teoria substantiva da representação, extraída do princípio básico de que o governo deve tratar as pessoas como iguais.⁵²

Assim, não compete ao juiz ampliar benefícios para melhorar a renda dos aposentados se não há qualquer norma que confira este direito, ainda que entenda que isso seria melhor para nossa sociedade. De acordo com o ordenamento jurídico atual, o aposentado que retorna ao trabalho é apenas contribuinte da previdência em atenção ao princípio da solidariedade, não lhe sendo devidas novas vantagens sem previsão legal específica.

4 CONCLUSÃO

O presente estudo teve por objetivo analisar a tese da *desaposentação*, especificamente na hipótese de renúncia à aposentadoria concedida no regime geral para aproveitamento do tempo de contribuição no mesmo regime e sua compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro.

Tal análise envolveu o exame das origens e da evolução da tese da *desaposentação* e a relação com o conceito de renúncia. Assim, na primeira divisão, apontou-se a criação da teoria pelo jurista Wladimir Novaes Martinez e a sua difusão por meio da adesão de vários outros autores, bem como da aceitação dos seus principais postulados pelo Judiciário.

Nesta etapa, concluiu-se que um dos pilares da *desaposentação* é a ideia de que o aposentado pode renunciar ao benefício, pois não haveria vedação legal, aplicando-se o princípio da liberdade, segundo o qual o indivíduo pode fazer tudo o que não é proibido por lei. Todavia, verificou-se que, na *desaposentação*, não há o exercício do direito de liberdade, mas a pretensão de revisão da renda mensal da aposentadoria, com a incorporação de novos salários-de-contribuição no período básico de cálculo.

⁵² DWORKIN, 2005, p. 101.

Com relação ao posicionamento do Judiciário, observou-se que o mesmo acolheu a tese, incorporando-a às suas práticas. Todavia vêm ganhando força os posicionamentos contrários à *desaposentação* ou que a condicionam à restituição dos valores recebidos em função do benefício renunciado a fim de retornarem as partes ao estado original, preservando-se, de certa forma, o equilíbrio financeiro do sistema.

Na segunda divisão, realizou-se análise da jurisprudência do STJ desde as primeiras decisões sobre a matéria até as mais recentes. Verificou-se que o tribunal é plenamente favorável à *desaposentação*, mas que suas decisões repetem de forma automática os precedentes sem que se faça uma interpretação da teoria à luz da legislação previdenciária e dos princípios constitucionais pertinentes. Ainda nesta etapa do trabalho, demonstrou-se que a *desaposentação* implica em contagem ficta do tempo de contribuição, propiciando retribuição pecuniária em duplicidade para o aposentado.

Por fim, na terceira divisão, pretendeu-se apontar quais regras e princípios devem fundamentar os julgamentos relacionados à *desaposentação* com aproveitamento do tempo de contribuição no regime geral de previdência. Concluiu-se que o aposentado que retorna ao trabalho é apenas contribuinte do sistema, não fazendo jus a novos benefícios, inclusive revisões da renda mensal decorrentes das contribuições posteriores à aposentadoria. Vislumbrou-se coerência entre as regras contidas nos artigos 12, § 4º, da Lei n. 8.212/91 e 18, § 2º, da Lei n. 8.213/91 e os princípios da solidariedade, da capacidade contributiva e da seletividade na prestação dos benefícios e serviços.

Observou-se, ainda, que a *desaposentação* contraria as normas que visam a evitar as aposentadorias precoces, na medida em que permite ao segurado realizar uma simbiose entre as diferentes modalidades de aposentadoria, retirando o que há de melhor em cada uma delas. O segurado que deveria optar por receber maior renda por menos tempo ou menor renda por mais tempo passa a ter a possibilidade de escolher receber o benefício por mais tempo e com maior renda. Constatou-se, ainda, que, pela *desaposentação*, pode ser realizada uma revisão periódica do benefício a partir da alteração fática das variáveis que compõem o fator previdenciário.

Notou-se, também, que haverá ampliação de benefícios sem indicação da fonte de custeio, violando-se os princípios do equilíbrio financeiro e atuarial e da contrapartida. Ao final, sustentou-se que os

juízes que aceitam a *desaposentação* com a restituição de proventos o fazem atuando como legisladores positivos, procedendo a decisões políticas.

Assim, é possível concluir que a teoria da *desaposentação* não encontra respaldo no ordenamento jurídico brasileiro e que seus argumentos, como a melhor concretização do direito social à previdência, a preservação da dignidade da pessoa humana e a liberdade de fazer o que não seja vedado por lei constituem apenas tentativa de legitimar a estipulação discricionária de regras pelos juízes.

A criação ou a majoração de benefícios da seguridade social, como ocorre com a *desaposentação*, depende da atuação do legislador positivo, o qual tem de realizar um juízo de seletividade, ou seja, considerando a capacidade financeira do sistema, deve eleger os benefícios a serem oferecidos de acordo com a essencialidade ou efetiva necessidade.

REFERÊNCIAS

CARVALHO, Sabrina Coppi. A possibilidade da desaposentação no Regime Geral de Previdência Social. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 14, n. 2354, 11 dez. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=14000>>. Acesso em: 19 maio 2010.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira; LAZZARI, João Batista. *Manual de direito previdenciário*. 9. ed. rev. atual. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

COELHO, Hamilton Antônio. Desaposentação: um novo instituto? *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais* em CD-ROM. Edição nº 01 de 2000 – Ano XVIII. Disponível em <http://200.198.41.151:8081/tribunal_contas/2000/01/-sumario?next=5>. Acesso em: 14 maio 2009.

CUNHA FILHO, Roseval Rodrigues da. Desaposentação e nova aposentadoria. *Revista de Previdência Social*, ano XXVII, nº 274, p. 1-37, set. 2003.

DEMO, Roberto Luís Luchi. Aposentadoria: direito disponível – Desaposentação: indenização ao Sistema Previdenciário. *Revista Síntese Trabalhista*, nº 163, p.23-27, jan. 2003.

DONADON, João. *O benefício de aposentadoria especial aos segurados do regime geral de previdência social que trabalham sujeitos a agentes nocivos – origem,*

evolução e perspectivas. Disponível em: <<http://www.segurancaetrabalho.com.br/download/aposenta-donadon.pdf>>. Acesso em: 15 out. 2009.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *Uma questão de princípio*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Desaposentação: o caminho para uma melhor aposentadoria*. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

KRAVCHYCHYN, Gisele Lemos. Desaposentação. Fundamentos jurídicos, posição dos tribunais e análise das propostas legislativas. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1622, p. 1-19, 10 dez. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10741>>. Acesso em: 19 maio 2010.

LIMA, Fernando Corrêa Alves Pimenta. *Desaposentação*. Disponível em: <<http://www.machadofilgueiras.adv.br/download/desaposentacao.doc>>. Acesso em: 14 maio 2009.

LIMA, Marcos Galdino de. O instituto da desaposentação. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 1979, 1 dez. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12037>>. Acesso em: 19 maio 2010.

MARTINEZ, Vladimir Novaes. Elementos atuais da desaposentação. *Revista IOB Trabalhista e Previdenciária*, São Paulo/SP, n. 218, p. 7-24, ago. 2007.

VIANNA, João Ernesto Aragonês. *Texto Base 1: Direito previdenciário*. Brasília - DF: CEAD/UnB, 2009. Disponível em: <http://moodle.cead.unb.br/agu/file.php/9/Biblioteca/Textos-base/1_-_Texto-base_1.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2010.

WENDHAUSEN, Helena Mizushima. Aspectos controversos da desaposentação. *Revista IOB Trabalhista e Previdenciária*. São Paulo/SP, n. 218, p. 25-33, ago. 2007.

