

---

## DESAPOSENTAÇÃO: ATO JURÍDICO PERFEITO, RENÚNCIA E LEGALIDADE

---

*Carla Maria Liba*  
*Procuradora Federal*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Seguridade social; 1.1 Regimes de previdência social; 2 Aposentadoria e suas espécies; 3 Desaposentação - definição; 3.1 Espécies de desaposentação; 3.1.1 Dentro do Regime Geral de Previdência Social; 3.1.2 Do Regime Geral de Previdência Social para Regime Próprio de Previdência Social; 3.2 Renúncia e desaposentação; 3.3 Ato jurídico perfeito e desaposentação; 3.4 O princípio da legalidade e desaposentação; 3.5 Decadência e desaposentação; 4 Solidariedade do sistema previdenciário e equilíbrio financeiro atuarial; 5 Jurisprudência dos Tribunais Superiores; 6 Conclusões; Referências.

**RESUMO:** O presente trabalho tem como objeto de estudo o instituto da desaposentação frente ao regramento jurídico do Regime Geral de Previdência Social. Pauta-se na análise da estrutura previdenciária brasileira, os princípios constitucionais, sob o enfoque da legalidade dos atos do poder público e a possibilidade ou não de renúncia do benefício de aposentadoria para obtenção de outro mais vantajoso. Fundamenta-se na análise das concessões judiciais com suas repercussões jurídicas e financeiras dentro do regime geral de previdência social, com suporte na doutrina e jurisprudência dos tribunais superiores. Busca-se demonstrar que, além da existência do artigo 181-B do Decreto 3048/99 que trata da irrenunciabilidade das aposentadorias concedidas pelo Regime Geral de Previdência Social e, apesar das concessões judiciais de desaposentação, o instituto não está amparado em texto expresso de lei, acarretando celeumas jurídicas acerca da possível lesão ao princípio da legalidade dos atos do poder público (artigo 37 da Constituição Federal) frente ao Estado Democrático de Direito.

**PALAVRAS-CHAVE:** Desaposentação. Direito Previdenciário. Renúncia. Aposentadoria. Ato Jurídico Perfeito. Princípio da Legalidade.

## INTRODUÇÃO

A Seguridade Social consubstancia-se no conjunto integrado de ações de iniciativas do poder público, com o fim de assegurar os direitos à saúde, à previdência e à assistência social, promovendo os direitos sociais, conforme os ditames da Constituição Federal de 1988. Em outras palavras, o Estado e a sociedade, em ação conjunta, financiam o sustento dos trabalhadores e da população carente, assegurando o mínimo existencial. A Previdência Social, por meio de contribuições obrigatórias, acoberta eventos como morte, invalidez, idade avançada, desemprego involuntário e recolhimento à prisão.

Dentro dessa perspectiva, aposentadoria desponta como benefício previdenciário que assegura àquele que, por ter atingido idade mínima ou tempo de contribuição, o direito à inatividade remunerada. Ocorre que, muitos aposentados retornam à atividade, contribuindo para o sistema, com o objetivo de renunciar à aposentadoria futuramente, efetuando novo cálculo com as contribuições pós jubilação ou utilizando o tempo para averbar em outro regime de previdência. Nesse contexto, surge a desaposentação, instituto que não possui previsão legal expressa, mas que vem sendo desenhado pela doutrina e jurisprudência diante das inúmeras ações que vem sendo propostas com o pedido de desfazimento de aposentadoria para concessão de outra mais vantajosa. Há uma demanda social impulsionada por esses segurados que impele

a construção do instituto, de forma a tornar urgente a regulamentação legislativa da matéria.

Com efeito, a desaposentação consiste na renúncia da aposentadoria pelo segurado que retornou à atividade formal de trabalho efetuando contribuições previdenciárias, com o fim de somar essas novas contribuições para a obtenção de novo benefício mais vantajoso. MARTINEZ<sup>1</sup> define a desaposentação como: ato administrativo formal vinculado, provocado pelo interessado no desfazimento da manutenção das mensalidades da aposentadoria.

Na atual legislação, inexistente qualquer dispositivo expresso de lei, aqui leia-se lei em sentido estrito que trate especificamente da desaposentação ou da renúncia de aposentadoria regularmente concedida. A única norma que menciona a renúncia de aposentadorias está inserida no Decreto nº 3.048/99, art. 181-B, que estabelece: as aposentadorias por idade, tempo de contribuição e especial concedidas pela previdência social, na forma deste Regulamento, são irreversíveis e irrenunciáveis. Ocorre que em se tratando de um decreto, regulamentando a irrenunciabilidade das aposentadorias não prevista em lei de hierarquia superior, remanesce a dúvida sobre sua legalidade e constitucionalidade. Indispensável se torna averiguar se a irrenunciabilidade estabelecida na aludida norma extrapola os limites da legislação previdenciária brasileira e das regras e princípios constitucionais. Em outras palavras: a norma em questão, frente aos princípios do Estado Democrático de Direito, é suficiente para balizar a negativa administrativa dos pedidos de desaposentação?

Em razão do supracitado dispositivo, bem como da ausência de previsão na lei de benefícios, a autarquia previdenciária vem negando todos os pedidos de desaposentação. Essa interpretação administrativa, contudo, não é pacífica ou inconteste. Tanto é assim, que inúmeros segurados postulam em juízo o direito de obter outra aposentadoria com a renúncia da anterior e, em muitos casos, esse pedido é acolhido sob o fundamento de que a ausência de lei específica não implica em óbice ao direito, já que esse decorre de interpretação do arcabouço de normas e princípios constitucionais e previdenciários e não unicamente do aludido decreto. Mas as decisões judiciais não são uníssonas. Há, também, muitas improcedências pautadas na lesão ao princípio da legalidade dos atos do poder público, pois na ausência de lei específica que assegure o direito, ele inexistente. E, dentre as concessões, também há disparidades quanto à devolução dos proventos da aposentadoria desfeita, ora negam essa possibilidade sob o fundamento de que se tratam de verbas alimentares e, como tais, irrepetíveis, ora determinam a devolução para que não haja enriquecimento ilícito do segurado.

E, diante de tantas possibilidades que a desaposentação apresenta, o presente trabalho tem como escopo geral analisar o atual cenário jurídico dos pedidos de desaposentação, sem nenhuma pretensão de esgotar o tema.

1 MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Desaposentação*. 3. ed. São Paulo: LTR, 2010. p. 10.

Para isso, serão analisados os valores constitucionais envolvidos, a força normativa do regulamento que trata da irrenunciabilidade da aposentadoria, os fundamentos doutrinários, a jurisprudência dos tribunais superiores, pautando-se sempre nos questionamentos: a renúncia da aposentadoria é constitucional? o ato jurídico perfeito de concessão de aposentadoria pode ser modificado? a ausência de lei específica que autorize a desaposentação fere o princípio da legalidade dos atos do poder público? Vale aqui elucidar que o trabalho fez uma tentativa de não se limitar não ao conceito de legalidade estrita, qual seja, que ao particular só e dado fazer só o que a lei expressamente autoriza, já que isso seria explorar a desaposentação sob um único viés dentre outros possíveis. Buscando uma visão mais ampla do conceito de legalidade, adotou-se a ideia de que, embora não haja lei em sentido estrito possibilitando a desaposentação, são válidas as interpretações que decorrem do ordenamento jurídico como um todo, em especial por se tratar a aposentação de direito social previsto constitucionalmente. Esse escopo de legalidade é o que mais se afina com o nosso Estado Democrático de Direito.

E, para atingir seu mister, o trabalho vai tratar, introdutoriamente, da Seguridade Social e Regimes de Previdência, enfatizando o benefício da aposentadoria. Sobre a desaposentação propriamente dita, estará dedicado o capítulo 3, onde serão exploradas as espécies de desaposentação, a renúncia, o ato jurídico perfeito, o princípio da legalidade e a decadência à luz do Estado Democrático de Direito e ditames constitucionais. O capítulo 4 tratará da solidariedade do sistema de seguridade social e o equilíbrio financeiro atuarial, como prováveis empecilhos às concessões judiciais de desaposentação. O capítulo 5 faz breves apontamentos sobre os dilemas jurisprudenciais existentes.

Busca-se, nas considerações finais, contribuir, ainda que de maneira singela, na elucidação da celeuma ainda existente sobre legalidade da desaposentação, já que o tema possui grande repercussão social e carece de previsão específica em lei.

## 1 A SEGURIDADE SOCIAL

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 194<sup>2</sup>, caput, define a seguridade social brasileira como um conjunto integrado de ações de

---

2 Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:

- I - universalidade da cobertura e do atendimento;
- II - uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais;
- III - seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços;
- IV - irredutibilidade do valor dos benefícios;
- V - equidade na forma de participação no custeio;
- VI - diversidade da base de financiamento;

iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos à saúde, à previdência e à assistência social.

Segundo BALERA<sup>3</sup>:

Para uma completa compreensão da seguridade social, é necessário vislumbrar-se a importância e alcance dos valores do bem-estar e justiça sociais, os quais são, de fato, bases do Estado brasileiro, assim como diretrizes de sua atuação. A seguridade social é então meio para atingir-se a justiça, que é o fim da ordem social.

Foi a Constituição de 1998 que determinou como meta para o Estado uma sistema de Seguridade Social que abrangesse as áreas de saúde, assistência e previdência. As contribuições sociais, portanto, são destinadas para as três áreas e não exclusivamente para a previdência.

O artigo 195 da Constituição<sup>4</sup> define as bases de financiamento da seguridade social. A Carta Magna estabeleceu um sistema misto de

VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

3 BALERA, Wagner. *Noções Preliminares de Direito Previdenciário*. 3. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2004. p. 15.

4 Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: (Vide Emenda Constitucional nº 20, de 1998) I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

b) a receita ou o faturamento; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

c) o lucro; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

II - do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

III - sobre a receita de concursos de prognósticos.

IV - do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

§ 1º - As receitas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios destinadas à seguridade social constarão dos respectivos orçamentos, não integrando o orçamento da União.

§ 2º - A proposta de orçamento da seguridade social será elaborada de forma integrada pelos órgãos responsáveis pela saúde, previdência social e assistência social, tendo em vista as metas e prioridades estabelecidas na lei de diretrizes orçamentárias, assegurada a cada área a gestão de seus recursos.

§ 3º - A pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o Poder Público nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

§ 4º - A lei poderá instituir outras fontes destinadas a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social, obedecido o disposto no art. 154, I.

§ 5º - Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total.

§ 6º - As contribuições sociais de que trata este artigo só poderão ser exigidas após decorridos noventa dias da data da publicação da lei que as houver instituído ou modificado, não se lhes aplicando o disposto no art. 150, III, "b".

§ 7º - São isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei.

§ 8º O produtor, o parceiro, o meeiro e o arrendatário rurais e o pescador artesanal, bem como os respectivos cônjuges, que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, sem empregados

financiamento, de forma que a seguridade social deve ser suportada por toda a sociedade. Assinala MARTINEZ<sup>5</sup>:

[...] que sob o ponto de vista da participação do beneficiário, quando diretamente ausente, é assistencialista, pois o custeio pessoal não sobrepára, a despeito de a relação jurídica ser plena e oferecer direito subjetivo às prestações. Todos contribuem na medida de sua capacidade de adquirentes. A clientela é ilimitada, abarcando toda a população, sem distinção, desfeitas as concepções tradicionais de filiação ou inscrição e inobservadas técnicas atuariais, como carência ou regime financeiro de repartição ou capitalização. O plano de prestações depende exclusivamente da economia do País e se mede pelas necessidades habituais do ser humano.

Financiamento indireto e unificado, realizado mediante tributos e contribuições sociais recolhidos ao governo, entregue a gestão ao Estado, autarquizada ou não e cogerida com os destinatários.

O objetivo principal continua sendo o indivíduo socialmente tido, não se estendendo ao seu patrimônio.

Sistema nacional universal e uniforme, mantém a hierarquia social dos salários e oferece prestações capazes de substituir inteiramente a remuneração, absorvendo em seu bojo a previdência complementar, privada ou pública.

Já o artigo 201<sup>6</sup> da Constituição Federal que trata especificamente da Previdência, define que seja organizada de forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios

---

permanentes, contribuirão para a seguridade social mediante a aplicação de uma alíquota sobre o resultado da comercialização da produção e farão jus aos benefícios nos termos da lei. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

§ 9º As contribuições sociais previstas no inciso I do caput deste artigo poderão ter alíquotas ou bases de cálculo diferenciadas, em razão da atividade econômica, da utilização intensiva de mão-deobra, do porte da empresa ou da condição estrutural do mercado de trabalho. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 47, de 2005)

§ 10. A lei definirá os critérios de transferência de recursos para o sistema único de saúde e ações de assistência social da União para os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, e dos Estados para os Municípios, observada a respectiva contrapartida de recursos. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

§ 11. É vedada a concessão de remissão ou anistia das contribuições sociais de que tratam os incisos I, a, e II deste artigo, para débitos em montante superior ao fixado em lei complementar. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

§ 12. A lei definirá os setores de atividade econômica para os quais as contribuições incidentes na forma dos incisos I, b; e IV do caput, serão não-cumulativas. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

§ 13. Aplica-se o disposto no § 12 inclusive na hipótese de substituição gradual, total ou parcial, da contribuição incidente na forma do inciso I, a, pela incidente sobre a receita ou o faturamento. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

5 MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Curso de Direito Previdenciário*. 5. ed. São Paulo: LTR, 2013. p. 286.

6 Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998) (Vide Emenda Constitucional nº 20, de 1998) I - cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial. Há, ainda, a previsão do direito da seguridade social inserta nos artigos 194 e 204<sup>7</sup>. Trata-se de um direito social, como dispõe o art.6º, traduzindo-se em prestações sociais inseridas no rol de direitos fundamentais.

Nesse contexto, o artigo 1º da Lei n. 8.213/1991 veio dispor que a previdência social, mediante contribuição, tem por fim assegurar aos seus beneficiários meios indispensáveis de manutenção, por motivo de incapacidade, desemprego involuntário, idade avançada, tempo de serviço, encargos familiares e prisão ou morte daqueles de quem dependiam economicamente, de forma que se ateu aos limites traçados no artigo 201 da Constituição Federal.

Para o presente trabalho, o benefício de interesse é a aposentadoria, com delineamentos legais e constitucionais, sob a ótica da desaposentação (desfazimento do ato em busca de nova aposentadoria mais vantajosa). Se o direito à aposentadoria é assegurado àqueles que cumprirem os requisitos legais, o direito à desaposentação não tem expressa previsão legal, decorre de interpretação sistemática e teleológica do ordenamento. O presente trabalho visa analisar a desaposentação diante do caráter contributivo e da participação solidária no financiamento da Seguridade Social, bem como investigar eventual quebra do equilíbrio financeiro atuarial.

## 1.2 Regimes da Previdência Social

No Brasil, o regime previdenciário subdivide-se em Regime Geral de Previdência Social- RGPS, Regime Próprio dos Servidores Públicos - RPS, Regime Próprio de Previdência dos Militares - RPPM e o Regime de Previdência Privada Complementar - RPPC. Nesse trabalho, o enfoque será dado ao Regimes Geral de Previdência Social, pois o objetivo é tratar das aposentadorias concedidas pelo Instituto Nacional do Seguro Social.

---

II - proteção à maternidade, especialmente à gestante; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

III - proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

IV - salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998).

7 Art. 204. As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes: I - descentralização político-administrativa, cabendo a coordenação e as normas gerais à esfera federal e a coordenação e a execução dos respectivos programas às esferas estadual e municipal, bem como a entidades beneficentes e de assistência social;

II - participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis.

Parágrafo único. É facultado aos Estados e ao Distrito Federal vincular a programa de apoio à inclusão e promoção social até cinco décimos por cento de sua receita tributária líquida, vedada a aplicação desses recursos no pagamento de: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

I - despesas com pessoal e encargos sociais; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

II - serviço da dívida; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

III - qualquer outra despesa corrente não vinculada diretamente aos investimentos ou ações apoiados. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

O RGPS abrange os trabalhadores da iniciativa privada, os trabalhadores da administração pública que estão submetidos ao regime da CLT – Consolidação das Leis do Trabalho, além dos funcionários públicos não concursados, sendo que o órgão responsável é o INSS. Todos esses trabalhadores, cumpridos os requisitos legais, têm direito de usufruir das prestações previdenciárias constantes no artigo 18 da Lei 8213/91.

O RGPS é formado por contribuintes obrigatórios e facultativos. Os primeiros são empregados, empregados domésticos, contribuintes individuais, trabalhadores avulsos e o segurado especial. Os facultativos são pessoas físicas que, desprovidos de renda e desvinculados de outro regime de previdência, discricionariamente contribuem para o sistema (dona de casa, estudante, estagiário).

Miguel Horvath Júnior preleciona: “A filiação à previdência decorre automaticamente do exercício de atividade remunerada para segurados obrigatórios e da inscrição formalizada com o pagamento da primeira contribuição para o segurado facultativo<sup>8</sup>.”

Já o Regime Próprio de Previdência Social abrange os servidores públicos titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Conforme dispõe o artigo 40 da Constituição Federal, a esses servidores será assegurado um regime de previdência de caráter contributivo e solidário, a partir da contribuição ao respectivo ente público. Cada ente federativo administra seus próprios regimes e a Lei 9717/98 dispõe sobre as regras gerais de organização e funcionamento.

A desaposentação pode ocorrer dentro do mesmo regime de previdência, bem como em regimes distintos. Isso porque o segurado aposentado por um sistema pode retornar à atividade dentro do regime geral ou de regime próprio de previdência, o que trará consequências jurídicas distintas. O presente estudo abordará a compensação entre regimes distintos quando o segurado que pretende obter nova aposentadoria retorna à atividade em regime de previdência distinto do que lhe concedeu a aposentadoria. Além disso, dentro do mesmo regime, será analisada a controvertida jurisprudência acerca da necessidade de devolução dos valores recebidos na primeira aposentadoria.

## 2 APOSENTADORIA E SUAS ESPÉCIES

Os benefícios abrangidos pelo Regime Geral de Previdência Social estão elencados no artigo 18 da Lei 8213/91<sup>9</sup>. Contudo, a aposentadoria

8 JUNIOR, Miguel Horvath. *Direito Previdenciário*. 5. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 147.

9 Art. 18. O Regime Geral de Previdência Social compreende as seguintes prestações, devidas inclusive em razão de eventos decorrentes de acidente do trabalho, expressas em benefícios e serviços: I - quanto ao segurado:

a) aposentadoria por invalidez;

b) aposentadoria por idade;

c) aposentadoria por tempo de contribuição; (Redação dada pela Lei Complementar nº 123, de 2006)



é o benefício de interesse para o presente trabalho, de forma que se passa sobre ele a discorrer.

O artigo 7º da Constituição Federal<sup>10</sup> garante a aposentadoria aos trabalhadores urbanos e rurais. Trata-se de benefício substitutivo da renda, de caráter permanente, salvo em se tratando de invalidez, favorecendo o segurado em razão de sua idade, tempo de contribuição, incapacidade e atividade especial.

Com efeito, a aposentadoria seria a contraprestação que o Estado dá àquele trabalhador que cumpriu os requisitos legais após sua dedicação ao labor. Trata-se de um direito subjetivo dos segurados, amparado constitucionalmente, consistente em prestações pecuniárias mensais para custear a inaptidão para o trabalho ou o atingimento da idade e tempo de contribuição para jubilação.

Contudo, embora seja um benefício substitutivo da renda, não há, necessariamente inaptidão ao trabalho, de forma que não há impedimento legal para que o aposentado retorne ao trabalho. CASTRO e LAZZARI definem<sup>11</sup>:

A aposentadoria é a prestação por excelência da Previdência Social, juntamente com a pensão por morte. Ambas substituem, em caráter permanente (ou pelo menos duradouro), os rendimentos do segurado e asseguram sua subsistência e daqueles de dele dependem. Em que pesem as opiniões de vanguarda, que sustentam a ampliação do conceito de aposentadoria a todo e qualquer indivíduo, como benefício da seguridade social, e não apenas da previdência social (atingindo somente a parcela economicamente ativa da população), o modelo majoritário de aposentadoria está intimamente ligado ao conceito de seguro social – benefício concedido mediante contribuição).

No ordenamento brasileiro existem as seguintes modalidades de aposentadoria: invalidez, idade, tempo de contribuição e especial. Dentre elas, somente a invalidez não tem caráter definitivo, posto que o segurado

---

d) aposentadoria especial;

e) auxílio-doença;

f) salário-família;

g) salário-maternidade;

h) auxílio-acidente;

II - quanto ao dependente:

a) pensão por morte;

b) auxílio-reclusão;

III - quanto ao segurado e dependente:

a) pecúlios; (Revogada pela Lei nº 9.032, de 1995)

b) serviço social;

c) reabilitação profissional.

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

XXIV – aposentadoria

[...]

11 CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. 7. ed. São Paulo: LTR, 2006. p. 543.

pode ser submetido a perícias periódicas para verificar se houve recuperação da capacidade de trabalho com a conseqüente cessação da aposentadoria.

A aposentadoria por idade é concedida ao homem de 65 (sessenta e cinco) anos e à mulher de 60 (sessenta anos), cumpridos os demais requisitos legais, por força de idade avançada. Aos trabalhadores rurais há redução em 5 (anos) na idade, em razão do legislador ter adotado um critério de discriminação positiva.

A aposentadoria por tempo de contribuição é concedida por tempo de serviço prestado na qualidade de contribuinte para a previdência social. São necessários 35 (trinta e cinco) anos de contribuição para o homem e 30 (trinta) anos para a mulher. Há, neste caso também, critério diferenciado para os professores do ensino infantil, fundamental e médio, com redução de 5 (cinco) anos no tempo de contribuição.

Há, ainda, a aposentadoria especial é concedida aos trabalhadores que se submeteram a condições nocivas de trabalho em razão de insalubridade do ambiente. Esses trabalhadores, por força de lei, possuem uma contagem diferenciada para aposentadoria, de forma a serem compensados pela ameaça de lesão à saúde.

Assim, por mais de uma razão, os segurados da previdência estão amparados na inatividade, contrapartida de suas contribuições ao regime.

### 3 DESAPOSENTAÇÃO – DEFINIÇÃO

A desaposentação é instituto recente, ainda carecendo de contornos, em especial porque não há previsão expressa na Constituição Federal ou nas leis previdenciárias. A doutrina e jurisprudência vem se encarregando de construir o instituto do ponto de vista técnico demandadas pelas inúmeras ações judiciais que postulam o desfazimento de uma aposentadoria com vistas a obtenção de benefício mais vantajoso.

Em contraposição à aposentadoria que nada mais é do que o direito à inatividade remunerada, a desaposentação é o desfazimento da aposentadoria por ato volitivo de seu titular com o fim de contar tempo de serviço para obtenção de aposentadoria mais vantajosa.

Para CASTRO e LAZZARI<sup>12</sup>:

É direito do segurado ao retorno à atividade remunerada com desfazimento da aposentadoria por vontade do titular, para fins de aproveitamento do tempo de filiação em contagem para a nova aposentadoria, no mesmo ou em outro regime previdenciário.

Para MARTINEZ<sup>13</sup>:

<sup>12</sup> CASTRO; LAZZARI, op. cit., p. 44.

<sup>13</sup> MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Desaposentação*. 3. ed. São Paulo: LTR, 2010. p. 38.

Basicamente, então, desaposentação é uma renúncia à aposentação, sem prejuízo do tempo de serviço ou do tempo de contribuição, per se irrenunciáveis, seguida ou não de volta ao trabalho, restituindo-se o que for atuarialmente necessário para a manutenção do equilíbrio financeiro dos regimes envolvidos com o aproveitamento do período anterior no mesmo ou em outro regime de Previdência Social, sempre que a situação do segurado melhorar e isso não causar prejuízo a terceiros.

Com efeito, o que se busca através da desaposentação é a renúncia de uma aposentadoria para obtenção de benefício mais vantajoso. A motivação do ato é a busca do benefício mais vantajoso, como fica claro na definição dada por MARTINEZ. Definido, então, o instituto, passa-se à análise de suas espécies, atributos e consequências jurídicas.

### 3.1 Espécies de desaposentação:

#### 3.1.2 Dentro do regime geral de Previdência Social

Quando entrou em vigor a EC 20/98, muitos segurados requereram administrativamente a concessão de aposentadoria proporcional, posto que não cumpriam o requisito etário de 48 (quarenta e oito anos) para mulher e 53 (cinquenta e três) anos para homem. Ocorre que, muitos desses segurados, quando completam 30 (trinta) anos de trabalho para mulheres e, 35 (trinta e cinco) para homens, postulam a desaposentação, visando a obter benefício mais vantajoso, qual seja, aposentadoria com proventos integrais. MARTINEZ<sup>14</sup> elucida:

O fator previdenciário da Lei 9876/99, enquanto mantido na legislação, levou e leva alguns trabalhadores desempregados e com dificuldades financeiras a solicitarem um aposentadoria por tempo de contribuição, com renda mensal inicial menor (de 70% do salário de benefício). Posteriormente acabaram reunindo condições para continuarem contribuindo (às vezes, na mesma empresa), arrependendo-se da solicitação daquele primeiro benefício e pensam na aposentadoria integral.

A desaposentação, a posteriori permitiria a eles tornar a se aposentar com um fator previdenciário mais elevado e melhorar sua renda mensal inicial (claro, com expectativa de vida menor).

---

14 MARTINEZ, op. cit., p. 67-68.

### 3.2 Do Regime geral de Previdência Social para regime próprio de Previdência Social

A outra modalidade de desaposentação, que é a mais comum, ocorre quando há mudança de regime previdenciário pelo segurado. Normalmente, quando o aposentado pelo RGPS toma posse em cargo efetivo pertencente a regime próprio de previdência. Intuitivamente seria caso de averbação do tempo de contribuição no novo regime, contudo, a aposentadoria no regime de origem torna-se óbice para tanto. É que neste caso existiria a necessidade de compensação financeira entre os regimes envolvidos, de forma que o regime que custeará a nova aposentadoria não sofra desequilíbrio financeiro atuarial.

### 3.3 Renúncia e desaposentação

A possibilidade ou não de renúncia à aposentadoria é o fundamento que ilumina os estudos sobre desaposentação. A questão principal é saber se a aposentadoria enquadra-se na definição de direito patrimonial, o que lhe conferia sua renunciabilidade ou ao contrário, direito público irrenunciável.

O direito de renúncia está adstrito aos direitos patrimoniais. Os direitos públicos são indisponíveis. Renúncia é extinção de direitos e, via de regra, abandono voluntário de direito subjetivo, independente de anuência de outrem. Plácido e Silva<sup>15</sup> define renúncia como: “o abandono ou a desistência do direito que se tem sobre alguma coisa.”

A extinção de direitos em forma de renúncia implica o abandono do direito por seu titular sem que haja transferência desse direito. A renúncia típica pressupõe que nenhum outro sujeito de direito possa se apoderar do direito despojado. Disso decorre que o ato de renúncia depende exclusivamente da vontade unilateral do titular do direito, sendo desnecessário o abandono material da coisa ou da anuência/aceitação do direito por pessoa que venha dele se favorecer.

Vista sob esse prisma, a renúncia do direito poderia ser exercida pelo titular por simples ato volitivo. Contudo, em se tratando de renúncia à aposentadoria, a questão amolda-se não só na esfera particular, pois envolve os interesses de toda a massa de contribuintes do sistema de Previdência Social. É que um ato desses, visto sob o prisma de um regime de contribuições solidário, afeta todos os demais segurados em razão do desequilíbrio financeiro que pode gerar, como se demonstrará mais adiante.

Há entendimentos doutrinários e jurisprudenciais nos dois sentidos. Os que entendem que a aposentadoria é irrenunciável, pautam-se no argumento que a aposentadoria é ato administrativo, por isso de caráter público indisponível. Já os que defendem a possibilidade de

15 DE PLÁCIDO e SILVA. *Vocabulário Jurídico*. 4. ed. Rio-Sao Paulo: Forense, 1975. p. 1346.

renúncia alegam que não se trata de pura desistência do direito, mas de busca de um benefício mais vantajoso, reconhecendo a aposentadoria como direito patrimonial disponível.

ROCHA e BALTAZAR JÚNIOR<sup>16</sup> defendem a disponibilidade do direito:

A renúncia é o ato jurídico mediante o qual o titular de um direito dele se despoja, sem transferi-lo a outra pessoa, quando inexistente vedação legal. Trata-se de uma modalidade de extinção de direitos aplicável, basicamente, aos direitos patrimoniais, pois ninguém está obrigado a exercer direito que possui considerando o fato de a aposentadoria ser um benefício de prestação continuada destinada a substituir os proventos auferidos pelo trabalhador – enquanto exercia atividade laboral, assegurando-lhe o mínimo indispensável para a sua subsistência – é inquestionável que se trata de direito patrimonial, e, portanto, disponível [...].

[...] Assim, sendo a renúncia ato privativo de vontade o aposentado, não há que se cogitar de interesse público a condicionar a vontade do renunciante.

A definição de renúncia acima a possibilita sempre que não haja vedação legal. Primeira questão que se põe é da legalidade. Basta inexistir vedação legal para que a renúncia seja possível? Envolvendo interesse público, a ausência de norma impeditiva significaria permissão? E a norma inserta no Decreto 3048/99 que, no seu artigo 181-B, incluído pelo Decreto 3.265/99, diz ser a aposentadoria irrenunciável? Se existe essa previsão, estamos falando mesmo de ausência de norma impeditiva? Quais os efeitos dessa norma? Essas questões serão aprofundadas no estudo da legalidade feito adiante, mas não é só essa problemática que a renúncia à aposentadoria apresenta. É que a desaposentação não se traduz em simples ato de despojamento de um direito, mas um instrumento para obtenção de um benefício maior e talvez seja isso que mais descaracterize a renúncia nos casos de desaposentação.

Ocorre que, uma situação é a pura renúncia da aposentadoria (direito patrimonial disponível), que pode ser exercida pelo segurado sem qualquer óbice, outra, a renúncia para posterior obtenção de aposentadoria mais vantajosa. Há, aqui, um ponto de conflito. É que se a renúncia é extinção de direitos, sem transferência, uma vez operada, nada resta acerca da prerrogativa legal da qual se abdicou. Em outras palavras, nenhum outro efeito decorre do ato unilateral de eliminação do direito, o que é contrária à ideia de desaposentação, que visa sempre obtenção de benefício mais vantajoso.

16 ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 321.

No sentido de que a renúncia não poderia ser assim configurada, já que dependente de anuência da administração, destaca-se a lição de COLNAGO<sup>17</sup>: É de suma relevância lembrar que um fato jurídico ingressa no mundo jurídico através de um suporte que, geralmente, é uma norma. No caso da aposentadoria, o fato natural: inatividade remunerada pelos cofres públicos torna-se jurídica e exigível através de um ato administrativo vinculado: aposentação, que necessita de um agente capaz, de expressa previsão legal, de objeto lícito e moral, além do interesse público.

Assim, para que o fato jurídico aposentadoria seja retirado do ordenamento, pelo princípio da paridade das formas, necessário se fará um outro ato administrativo vinculado: o ato da desaposentação, com requisitos idênticos à emissão do ato de aposentação, veículo introdutor da aposentadoria.

Embora haja o interesse do segurado, no caso da desaposentação, não há interesse público, previsão legal, e, nem mesmo, objeto lícito e mora – face à aferição de vantagem em detrimento do equilíbrio financeiro dos Regimes de Previdência, ou seja, o enriquecimento ilícito do segurado.

A renúncia pura e simples da aposentadoria estaria dentro da possibilidade do particular de se despojar de um direito disponível. A renúncia da aposentadoria com a obtenção de outra, depende da anuência da administração, o que poderia desvirtuar o próprio instituto da renúncia (que é ato volitivo), invadindo a dimensão do interesse público.

Disso decorre que, nos casos de desistência da aposentadoria, é suficiente ao segurado comunicar o fato à Previdência Social. E, como ato incondicional, não depende de qualquer particularidade resolutive ou suspensiva. A Previdência só pode anuir à pretensão. Contudo, como a desaposentação visa sempre a obtenção de outro benefício que lhe seja mais vantajoso, de forma que a segunda pretensão está praticamente embutida na primeira, a renúncia serviria não como um ato em si, mas como o instrumento para atingir a concessão de novo benefício.

O Tribunal Regional Federal da 3ª Região, nos autos do processo 2009.61.83.0012763-8, Apelação Cível nº 00027631520094036183/SP, Relatora Desembargadora Vera Jucovsky enfrenta essa questão, vejamos:

Na verdade, existe imbricada (arquitetada de modo praticamente torná-la inseparável da primeira) uma segunda intenção, a saber, a obtenção de nova benesse (com majoração do respectivo coeficiente de cálculo), para tanto, porém, utilizadas circunstâncias fáticas e de direitos satisfeitas por ocasião da consecução da primeira prestação previdenciária, da qual, em tese, está a renunciar (v.g., consoante a hipótese: idade, carência/

17 COLNAGO, Lorena de Mello Rezende. Desaposentação. In: *Revista de Previdência Social*, ano XXIX, n. 301, dezembro de 2005. p. 793. São Paulo: LTR.

contribuições e/ou, ainda, tempo trabalhado já aproveitados para concessão de aposentadoria primitiva).

[...]

É que se cuida de particular que, conforme definição doutrinária para renúncia, não está a abdicar singela, unilateral e incondicionalmente de direito, que inclusive, desaproveita a quem quer que seja. Ao contrário, sua postulação é absolutamente condicional, consubstanciando pseudo abandono de beneplácito, à medida que pretende contar com a continuidade de todos os efeitos legais advindos da primígena aposentação, os quais deverão ser suportados pela Administração Pública.

A jurisprudência que defende a possibilidade da renúncia não explora a relação de interdependência entre o ato da renúncia e a obtenção de benefício mais vantajoso, deixando de lado a unilateralidade do instituto. Na verdade, o fundamento mais utilizado para justificar a renúncia é que a aposentadoria é direito patrimonial do aposentado e, portanto, disponível e renunciável. Essa, é inclusive, a posição majoritária do C.STJ, que não se prende a detalhar se, de fato, a unilateralidade do ato é preservada na desaposentação, como se infere de inúmeros arestos (AgReg no RESP 1270481/125, Min. Marco Aurelio Bellinze, 5ª T., j.26/08/2013; AgReg no RESP 1241805/SC. Min.Laurita Vaz, j.08/11 ; AgReg no RESP 1304593/PR, Min. Humberto Martins, 2ª T., j. 03/05/2012, fonte: [www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br)).Ao que parece, o Superior Tribunal de Justiça não enfrentou a questão de renúncia com os contornos da sua unilateralidade, mas tão somente considerando a natureza jurídica patrimonial da aposentadoria do ponto de vista do aposentado.

Há, ainda, entendimentos de que a renúncia é possível justamente porque o segurado visa obter vantagem maior, o que lhe conferiria uma maior proteção social e, nesse aspecto, não seria lícito à Administração negar a desaposentação. Aqui vale transcrever a visão de MARTINEZ<sup>18</sup>:

Embora a questão não tenha sido desenvolvida no Direito Previdenciário com a importância que se reveste, por se submeter à norma pública, é válido admitir em que circunstância seria possível a desistência do benefício, se o objetivo do titular do direito seja de obter melhor proteção. Ou seja, não seria viável isso suceder se houver diminuição da proteção. Valeria limitar o próprio direito do aposentado. O pressuposto de tal entendimento é que o legislador sempre quer o melhor para o segurado.

Nesse mesmo sentido, IBRAHIM<sup>19</sup>:

18 MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Desaposentação*. 3. ed. São Paulo: LTR, 2010. p. 127.

19 IBRAHIM, op. cit., p. 714-715.

Não se pode negar a existência de desaposentação com base no bem-estar do segurado, pois não se está buscando o desfazimento puro e simples de seu benefício, mas sim a obtenção de nova prestação, mais vantajosa. Este é o verdadeiro conceito da desaposentação.

Visto sob esse prisma, parece que o que se busca com a desaposentação é corrigir alguma insuficiência de cobertura previdenciária, o que levaria a crer que a primígena aposentação seria insuficiente para suprir o mínimo existencial. Mas não se pode olvidar que desaposentação não é revisão de benefício com vistas a corrigir defasagens ilegais. Ademais, o segurado que postula desaposentação dentro do mesmo regime, como se sabe, é aquele que optou, por sua exclusiva conveniência, aposentar-se proporcionalmente com redução de valores, porém precocemente, auferindo os proventos desde então e cumulando com o salário por retorno ao mercado de trabalho. Se esse mesmo segurado optasse por permanecer na ativa até atingir os requisitos para aposentar-se integralmente, receberia naturalmente o acréscimo nos seus proventos, por outro lado, posteriormente. Essa é a lógica do sistema previdenciário, que busca sempre compensações entre as fontes de custeio e os benefícios, preservando, assim, o equilíbrio financeiro atuarial.

Inegável, porém, que em um Estado Democrático de Direito, em que são assegurados constitucionalmente os direitos e garantias individuais, sem dúvida a obtenção de benefício mais vantajoso é argumento forte o suficiente para se entender a desaposentação como legítima e constitucional. É que o arcabouço de normas, inclusive previdenciárias, deve estar em consonância com os fundamentos da República Federativa do Brasil assegurando a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho (artigo 1º, III e IV da Constituição Federal). Em outras palavras, o Estado é o promotor do bem estar social, garantindo aos brasileiros existência digna com mínimo existencial.

O Direito Previdenciário é protetivo, disso não há dúvidas. Isso significa que deve prestar sempre a melhor benesse ao segurado, quando se está diante de possibilidades legais, mas será que garantir vida digna significa criar benefício não previsto em lei? É importante se ter em mente que o aposentado já auferia proventos que lhe asseguram o mínimo existencial, além de salário, de forma que é questionável classificá-lo como um cidadão em situação de desproteção social ou vulnerabilidade a ser amparada pelos direitos sociais.

E, em se tratando de aposentadoria por tempo de contribuição o objeto mais frequente de pedidos de desaposentação, ainda mais duvidosa é afirmação de que há risco social, pois o tempo de contribuição não é nenhuma das contingências passíveis de proteção pelo sistema de seguridade. Vale aqui transcrever VIANNA<sup>20</sup>:

Tormentosa é a discussão sobre necessidade social protegida pela aposentadoria por tempo de contribuição. Veja-se que a aposentadoria

20 VIANNA, João Ernesto Aragonés. *Curso de Direito Previdenciário*. 6 ed. São Paulo: Altas, 2013. p. 503-504.



por tempo de contribuição não está prevista entre os eventos tipificados no artigo 201, I, da Constituição Federal: doença, invalidez, morte e idade avançada. Este último risco social é objeto da aposentadoria por idade. Essa realidade levou Eduardo Rocha Dias e José Leandro de Macêdo a afirmarem que “o tempo de contribuição, na verdade, não se constitui verdadeira contingência social, visto que, por si só, não diminui nem elimina a capacidade de autossustento do segurado.

E, citando IBRAHIM, continua<sup>21</sup>:

A aposentadoria por tempo de contribuição é um benefício que sofre constantes ataques, sendo que um número razoável de especialistas defende sua extinção. Isso decorre de conclusão de não ser este benefício tipicamente previdenciário, pois não há qualquer risco social sendo protegido – o tempo de contribuição não traz presunção de incapacidade para o trabalho.

E, se a aposentadoria é um direito constitucionalmente previsto, social e fundamental, igualmente constitucionais são os princípios de que os benefícios não podem ser criados ou majorados sem prévia fonte de custeio, bem como deve ser preservado o equilíbrio financeiro atuarial. Há, aqui, conflito aparente de dois princípios, um que visa garantir o bem estar do segurado que postula a desaposentação, outro que visa preservar toda a manutenção do regime de previdência social. Estando o segurado já amparado pela previdência, pois auferindo proventos de aposentado, o interesse coletivo deveria prevalecer.

Note-se que, analisar a desaposentação apenas sob o ponto de vista do segurado que a postula, pode não ser a maneira mais correta de privilegiar esses mesmos direitos sociais, pois o benefício mais vantajoso não pode ter o condão de desequilibrar o sistema que custeará benefícios aos demais contribuintes e assistidos.

A despeito dos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais sobre o tema, não se pode esquecer que existe norma proibitiva da renúncia da aposentadoria, qual seja, o Decreto 3048/99 que, no seu artigo 181-B, incluído pelo Decreto 3.265/99, assim dispõe: “As aposentadorias por idade, tempo de contribuição e especial concedidas pela previdência social, na forma do Regulamento, são irreversíveis e irrenunciáveis.” E essa norma complementa o artigo 18, parágrafo 2º da Lei 8213/91 que, expressamente obsta, ao aposentado que retornar à ativa, a concessão de outros benefícios que não a reabilitação profissional e o salário-família.

Há quem defenda a ilegalidade do Decreto em questão, alegando que extrapolou o que a Lei 8.213/91 pretendia dizer. Os argumentos em abono dessa tese pautam-se na ideia de que a lei previdenciária não traz em seu bojo nenhum dispositivo que diga, expressamente, sobre irrenunciabilidade da aposentadoria. Neste sentido, ROCHA e BALTAZAR JUNIOR<sup>22</sup>:

<sup>21</sup> IBRAHIM, op. cit.

<sup>22</sup> ROCHA; BALTAZAR JUNIOR, op. cit.

Compete ao Presidente da República expedir decretos e regulamentos para a fiel execução das leis, mas sem o poder de alterar o conteúdo da lei. Assim, naquilo que o decreto contrariar a lei, não será aplicado pelo Poder Judiciário, estando a ele vinculado, porém, o administrador.

Entendem esses autores, acompanhados de parte expressiva da doutrina e jurisprudência, que o Executivo não pode restringir os direitos dos administrados por meio do decreto, pois isso seria ilegal e inconstitucional. Ademais, o decreto em questão violaria também a separação dos poderes ao vedar a renúncia ao direito patrimonial disponível.

Segundo esse entendimento, estaria sendo violado o artigo 84, IV da Constituição Federal que delimita o campo de atuação regulamentar, pois normas de hierarquia inferior não poderiam ter interpretações divergentes da constituição. Nesse sentido:

PREVIDENCIÁRIO. RENÚNCIA À APOSENTADORIA NO RGPS. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. (ARTIGO 5º, II DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL). REMESSA OFICIAL DESPROVIDA

É possível a renúncia à aposentadoria no regime geral da previdência por se tratar de direito patrimonial disponível. Precedentes do STJ e desta Corte. 2. A irreversibilidade e irrenunciabilidade do benefício previstas no Decreto 3.048/99 não podem servir de óbice à desaposentação pretendida pelo impetrante, em face da vedação constitucional à Administração de impor restrição ao exercício do direito de disposição do benefício sem amparo em Lei ordinária a regulamentar tal vedação. 3. Remessa oficial a que se nega provimento. REO MS 0023941- 14.2000.4.01.0000 / DF, Rel. JUÍZA FEDERAL ADVERCI RATES MENDES DE ABREU, 3ª TURMA SUPLEMENTAR, e-DJF1 p.819 de 11/04/2013(BRASIL, 2013b, grifo nosso).

Por outro lado, o artigo 181- B, embora fale da irrenunciabilidade não expressa na Lei 8213/91, não tem tão clarevidente a sua ilegalidade. É que uma leitura mais atenta desse dispositivo, pode mostrar que foi recepcionado pelo artigo 7º, XXIV, da Constituição Federal de 1988 que inclui a aposentadoria no rol dos direitos sociais.

É que, em se tratando a aposentadoria de um direito social e, portanto, fundamental, é irrenunciável pela sua essência. Essa afirmação decorre da fundamentabilidade material dos direitos, o que induz a pensar que sua eficácia objetiva não importa apenas ao seu titular, mas à toda coletividade. Assevere-se que os direitos sociais são tidos pela doutrina como cláusulas pétreas, já que não é possível apartá-los da essência da Constituição, o que lhes confere imantabilidade e caráter de irrenunciabilidade, como descreve BRANCO<sup>23</sup>:

23 BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 258-259.

De outro lado, argüi-se que os direitos sociais não podem deixar de ser considerados cláusulas pétreas. No Título I da Constituição (Dos Princípios Fundamentais) fala-se na dignidade da pessoa humana como fundamento da República e essa dignidade deve ser compreendida no contexto também das outras normas do mesmo Título em que se fala no valor social do trabalho, em sociedade justa e solidária, em erradicação da pobreza e marginalização e em redução de desigualdades sociais. Tudo isso indica que os direitos fundamentais sociais participam da essência da concepção de Estado acolhida pela Lei Maior. Como as cláusulas pétreas servem para preservar os princípios fundamentais que animaram o trabalho do constituinte originário e como este, expressamente, em título específico da Constituição, declinou tais princípios fundamentais, situando os direitos sociais como centrais para a sua idéia de Estado democrático, os direitos sociais não podem deixar de ser considerados cláusulas pétreas. No inciso IV do § 4º do art. 60, o constituinte terá dito menos do que queria, terá havido uma “lacuna de formulação”, devendo-se ali ler os direitos sociais, ao lado dos direitos e garantias individuais. A objeção de que os direitos sociais estão submetidos a contingências financeiras não impede que se considere que a cláusula pétrea alcança a eficácia mínima desses direitos.

Nesse sentido, ao tecer considerações sobre a doutrina de Paulo Bonavides, Flávia Piovesan dá à expressão “direitos e garantias individuais” o sentido de englobar todos os direitos fundamentais<sup>24</sup>:

Cabe ainda mencionar que a Carta de 1988, no intuito de proteger maximamente os direitos fundamentais, consagra dentre as cláusulas pétreas a cláusula “direitos e garantias individuais”. Considerando a universalidade e indivisibilidade dos direitos humanos, a cláusula de proibição de retrocesso social, o valor da dignidade humana e demais princípios fundamentais da Carta de 1988, conclui-se que essa cláusula alcança os direitos sociais. Para Paulo Bonavides: “os direitos sociais não são apenas justiciáveis, mas são providos, no ordenamento constitucional da garantia da suprema rigidez do parágrafo 4º do art. 60”. São, portanto, direitos intangíveis, direitos irredutíveis, de forma que tanto a lei ordinária como a emenda à Constituição que a afetarem, abolirem ou suprimirem os direitos sociais padecerão do vício de inconstitucionalidade.

Destacada, portanto, a fundamentalidade formal e material dos direitos sociais, entende-se que é impossível sua renunciabilidade visando apenas o interesse particular de seu titular. Em se tratando da aposentadoria, a renúncia individual pura e simples, pode gerar efeitos apenas para o aposentado, porém, a concessão de novo benefício, já

24 PIOVESAN, Flávia. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (org.). *Direitos fundamentais sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 56.

atinge a coletividade de segurados. Não é possível reduzir a questão da renúncia apenas ao fato da aposentadoria gerar efeitos patrimoniais ao aposentado. A aposentadoria não se trata simplesmente de direito individual disponível, mas direito social fundamental.

Acrescente-se a isso o fato de que o artigo 201 da Constituição Federal estabelece as bases do Regime Geral de Previdência Social delegando ao legislador ordinário aprovar o plano de previdência capaz de prover os cidadãos em suas necessidades básicas. Diante disso, a Lei 8.213/91, formada por normas de direito público estabelece as relações entre beneficiários e o Estado<sup>25</sup>:

O legislador dá atenção especial à prestação e cerca-a de muitos cuidados (v.g., definitividade, continuidade, irrenunciabilidade, indisponibilidade, intransferibilidade, inalienabilidade, impenhorabilidade), constituindo-se no principal instituto jurídico previdenciário. Devendo-se acrescentar a substitutividade e a alimentaridade, dados essenciais à relação. A razão de ser da relação jurídica de prestações, são benefícios e serviços, isto é, atividade fim da Previdência Social: propiciar os meios de subsistência da pessoa humana conforme estipulado na norma jurídica.

A relação jurídica entre o segurado e o Estado fica clara. Se ocorridas as hipóteses legais, o Estado deve conceder a prestação previdenciária. Ao segurado, por sua vez, não é possível a renúncia de seu benefício. Como leciona Ruggiero, sempre que haja a participação estatal direta na relação jurídica, estaremos diante de uma relação de direito público. Se a aposentadoria é uma relação entre particular e Estado é irrenunciável. E, se não há qualquer norma que permita a renúncia à aposentadoria, o Poder Público não pode com ela concordar, já que está adstrito ao princípio da legalidade estrita, nos termos do artigo 37 da Constituição Federal, como adiante será demonstrado.

### 3.4 Ato jurídico perfeito e desaposestação

A ato administrativo de concessão de aposentadoria configura-se em um ato jurídico perfeito (artigo 5º, XXXVI), pois se aperfeiçoa com fundamento na legislação da época da concessão. Em se tratando de ato jurídico perfeito, seria imutável não só pela vontade das partes, mas também por nova legislação. Assim, se a aposentadoria já está gerando seus efeitos, em tese, não poderia ser desfeita por simples vontade das partes, pois uma vez inserido no artigo 5º da Constituição, o ato jurídico perfeito trata-se de cláusula pétrea, que não pode ser modificada sequer por emenda constitucional (artigo 50, inciso IV do parágrafo 4º da CF).

<sup>25</sup> MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Curso de Direito Previdenciário*. Tomo I – Noções de Direito Previdenciário. São Paulo: LTr, 1997. p. 201.

Os benefícios previdenciários, em regra, são regidos pelas normas vigentes à época da aposentação, pois como já se pronunciou o Supremo Tribunal Federal, a prestação previdenciária está adstrita ao *tempus regit actum*, vejamos a Repercussão Geral reconhecida no RE 597.389:

REVISÃO DE PENSÃO POR MORTE E PERÍODO ANTERIOR À LEI 9.032/95 O Tribunal resolveu questão de ordem suscitada pelo Min. Gilmar Mendes, Presidente, em recurso extraordinário interposto pelo IN SS, do qual relator, para: a) reconhecer a repercussão geral da questão constitucional analisada — revisão de pensão por morte constituída antes da edição da Lei 9.032/95 —, pela inegável relevância jurídica e econômica do tema, com reflexos sobre uma multiplicidade de processos que ainda tramitam nas instâncias ordinárias e especial; b) reafirmar a jurisprudência da Corte no sentido de que a revisão de pensão por morte e demais benefícios, constituídos antes da entrada em vigor da Lei 9.032/95, não pode ser realizada com base em novo coeficiente de cálculo estabelecido no referido diploma legal; c) dar provimento ao recurso extraordinário; d) devolver aos respectivos tribunais de origem os recursos extraordinários e agravos de instrumento, ainda não distribuídos nesta Suprema Corte e os que aqui chegarem, versando sobre o tema em questão, sem prejuízo da eventual devolução, se assim entenderem os relatores, daqueles que já estão a eles distribuídos (RISTF, art. 328, parágrafo único), com a ressalva do voto do Min. Marco Aurélio, quanto à não-aplicação do regime da repercussão geral aos recursos protocolados em data anterior à regulamentação do referido instituto; e e) autorizar os Tribunais, Turmas Recursais e de Uniformização a adotar os procedimentos previstos no art. 543-B, § 3º, do CPC, especificamente a retratação das decisões ou a inadmissibilidade dos recursos extraordinários, sempre que as decisões contrariarem ou se pautarem pela jurisprudência desta Casa e forem contrastadas por recursos extraordinários.

Leading case : RE 597.389-QO, Min. Gilmar Mendes

É bem verdade que o próprio Supremo Tribunal Federal já se posicionou de maneira a mitigar o ato jurídico perfeito e o direito adquirido em matéria previdenciária, dando a aparência de que teria contrariado o *tempus regit actum*. Um exemplo polêmico disso foi a decisão proferida na ADIN 3105/03 que considerou, por maioria, constitucional a EC 41/03 que instituiu a contribuição de inativos. Todavia, tal decisão foi proferida com base na ideia de que essas cláusulas pétreas não devem sempre ser invocadas em favor de um segurado apenas, mas de toda a manutenção do regime previdenciário, ou seja, o interesse da coletividade de segurados prevalece em razão do princípio da solidariedade do sistema previdenciário.

A decisão em questão não é incoerente com o posicionamento do Supremo de que, em matéria previdenciária, aplica-se a lei vigente no ato da

concessão do benefício. Na verdade, nos dois casos o que se preserva é o pacto social de manutenção financeira do regime previdenciário, por entender que isso é preservação do interesse público em detrimento do particular.

O Ministro Joaquim Barbosa, ao proferir o seu voto, explicitou que o caráter do sistema solidário de contribuições deve preponderar, pois o que está em situação de proteção é o interesse social, ou seja, não comprometer o custeio das futuras gerações de segurados. Vejamos:

A tese da exacerbação do direito adquirido protegido por cláusulas pétreas, no presente caso, é também absolutamente desarrazoada e antijurídica. Em primeiro lugar, porque não faz sentido sustentar, em um estado democrático e social, que alguém possa adquirir o direito de não pagar tributos.

[...]

Por outro lado, trata-se de uma concepção não razoável porque não faz sentido não querer isentar de contribuição previdenciária solidária os milhares de pessoas que se aproveitaram de um sistema iníquo de privilégios, de normas frouxas e excessivamente generosas que permitiram a jubilação precoce de pessoas no ápice de sua capacidade produtiva [...]

Analisando o voto, LIMA, explica<sup>26</sup>:

Nessa ponderação de princípios – direito adquirido e o da solidariedade-, deve prevalecer este, segundo o ministro, uma vez que “guarda total coerência com a matriz filosófica da nossa Constituição”. Além disso, diz que a emenda não aboliu nem suprimiu o “núcleo central intangível” dos princípios protegidos por cláusula pétrea. Apenas os corrigiu com o fim de manter a viabilidade do sistema previdenciário que, da forma como estava sendo perpetuado, comprometeria o bem-estar das futuras gerações de agentes estatais. Assim, o seu entendimento de solidariedade abarca este caráter intergeracional. Arremata: “em suma, entendo que a solidariedade deve primar sobre o egoísmo.” Vota pela improcedência da ação.

Como se vê, o Ministro eleva o princípio da solidariedade da seguridade social para que sejam preservados os interesses de todos os segurados, ainda que mitigando as cláusulas pétreas do direito adquirido e do ato jurídico perfeito. E então, não há incoerência entre essa decisão e a que determinou que, no caso de majoração do coeficiente de pensão, deve prevalecer a lei da data da concessão, pois ambas visam preservar o equilíbrio financeiro do sistema, fundamento esse que ampara também as negativas dos pedidos desaposeção. Em todos essas decisões, o pano

<sup>26</sup> LIMA, Alberto Barbosa. *Reformas da Previdência e Contribuições dos Servidores Inativos e Pensionistas*. Como o STF lida com um problema econômico que conflita com os direitos adquiridos? (Uma análise da ADI 3105), 2007. p. 21. Disponível em: [http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/310\\_Alberto%20Barbosa%20Lima.pdf](http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/310_Alberto%20Barbosa%20Lima.pdf).

de fundo é a manutenção financeira do sistema, cujo cunho é solidário, preservando o pacto entre as gerações de segurados.

Ademais, a questão de ser a aposentadoria um ato jurídico perfeito nos remete à legalidade do ato e serve como fundamento para aqueles que defendem a irrenunciabilidade da aposentadoria, pois não há disposição legal expressa que autorize o desfazimento do ato, bem como o artigo 11, § 3º da Lei 8213/91 prevê a possibilidade do aposentado recolher contribuições previdenciárias, estando, portanto, incluído no rol de segurados obrigatórios quando retorne à atividade laboral.

O ato de concessão de aposentadoria é um ato administrativo, instituto de direito público e, como tal, blindado pelo interesse público e princípios constitucionais que ordenam a Administração Pública. Havendo um interesse público envolvido, haveria indisponibilidade do ato por interesse do particular. Claro que essa presunção de que o ato está cumprindo sua finalidade é relativa, tanto que sempre há possibilidade do Judiciário analisar a legalidade do ato, sendo esse o fundamento das ações judiciais que postulam a desaposentação.

ARAÚJO apud CARVALHO explica que: “a interpretação que se dá ao preceito constitucional em lume é equivocada, tendo em vista que este deve ser utilizado para proteger o direito do segurado em face de atos da Administração Pública. O autor adverte que a alegação da Autarquia, quanto à impossibilidade de desconstituir a aposentadoria sob o manto do ato jurídico perfeito, é um entendimento desvirtuado<sup>27</sup>.”

MARTINEZ preleciona: “O órgão gestor empreende atividade-meio e não fim; instrumento, ele deve servir aos administrados e não postar conveniências sobre os interesses destes<sup>28</sup>.”

Mas a ideia de que a as garantias as garantias constitucionais devam ser sempre invocadas em favor do particular contra o Estado não é uma unânime. Cite-se, em contraponto, MOSER<sup>29</sup>:

De outro lado, há quem entenda que as constitucionais garantias do direito adquirido e do ato jurídico perfeito existem em favor do cidadão, não podendo ser interpretado o direito como obstáculo prejudicial a esse cidadão. Entretanto, esta linha de pensamento incide no inescusável erro de se afirmar que as garantias constitucionais somente seriam invocáveis pelo particular, deixando à margem o Estado. Todavia, a Constituição não faz qualquer distinção.

27 ARAÚJO, 2007 apud CARVALHO, 2006. p. 4.

28 MARTINEZ, op. cit., p. 836.

29 MOSER, Jacqueline Maria. *O direito adquirido e sua repercussão no direito previdenciário*. Tese de Mestrado, PUC/PR, Curitiba: abr. 2005. p. 45.

Registre-se, também, que, de acordo com o art. 96 inciso III da Lei nº 8.213/91, não será contado por um sistema o tempo de serviço utilizado para concessão de aposentadoria pelo outro.

Quando o segurado formula um requerimento administrativo de benefício, marca com esse ato a aplicação da lei vigente à época, lei essa que definirá não só a data de início do benefício, como sua forma de cálculo, bem como os contornos do direito adquirido. Portanto, os benefícios que foram concedidos na égide da Lei 8213/91 são por elas regidos e, uma vez que essa norma não autoriza expressamente o desfazimento da aposentadoria, poderia entender-se que o ato jurídico está perfeito e acabado sem possibilidade de reversão.

Há, ainda, quem sustente a tese de que o segurado poderia escolher a lei mais benéfica para aplicação da sua prestação previdenciária, mas isso poderia gerar insegurança jurídica e discrepâncias no campo fático e não isonômicas, além de contrariar o pronunciamento pacífico do C.STF de que os benefícios previdenciários submetem-se ao *tempus regit actum*. Nesse sentido, vale transcrever IBRAHIM, no artigo intitulado “Desaposentação – Novos Dilemas”:

Tenho visto com preocupação situações das mais diversas em que o segurado, ao postular a desaposentação com consequente novo benefício, não visa tão somente agregar novo tempo contributivo a sua prestação, mas, em verdade, postular prestação previdenciária dentro de novas regras legais existentes desde que mais vantajosas.

Da mesma forma, há sempre a hipótese de o segurado aposentado por tempo de contribuição que postula desaposentação, mesmo com tempo de contribuição posterior pífio, mas visando unicamente à melhoria de sua renda mensal devida, por exemplo, ao incremento do fator previdenciário, haja vista a majoração de sua idade e respectiva redução da expectativa de sobrevivência.

Em minha opinião, tais situações são patologias desenvolvidas a reboque do instituto da desaposentação. De minha parte, ao menos, vislumbrei tal instrumento como mecanismo de justiça social para todos os segurados que haviam se jubilado antes do afastamento efetivo de suas atividades, ou mesmo para aqueles que haviam mudado de regime previdenciário e poderiam conjugar todo o tempo contributivo de suas vidas para fins de aposentadoria.

Por isso a pretensão de desaposentar-se visando unicamente obter vantagens em razão de um novo regime jurídico, ou ainda, devido a uma nova configuração fática não relacionada com o tempo de contribuição como maior idade, parece-me indevida.

A crítica acima é pertinente para que se faça dialética com aqueles que defendem a tese de que o ato jurídico perfeito não pode ser invocado contra o segurado. É que não se trata exclusivamente de de impingir “prejuízos” ao segurado ante a aplicação da lei vigente em contraposição



à lei mais benéfica, mas de segurança jurídica e exaltação de um insstituto de ordem pública que é o ato jurídico perfeito, cuja proteção está prevista no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal. A insegurança jurídica aqui mencionada diz respeito à possibilidade do segurado desaposentar-se com intenção de ver aplicadas regras posteriores à lei vigente no ato de sua aposentação, buscando vantagens que não lhe seriam devidas se respeitado o ato jurídico perfeito da concessão do aposentadoria. Imagine essa possibilidade ampliada para todos os aposentados no universo jurídico!

Acrescente-se que, ao adquirir o direito à jubilação, tal direito passa a integrar o patrimônio jurídico do segurado, de forma que não há possibilidade de alteração posterior. Como preleciona FRANÇA<sup>30</sup>:

É a consequência de uma lei, por via direta ou por intermédio de fato idôneo, consequência que, tendo passado a integrar o patrimônio material ou moral do sujeito, não se fez valer antes da vigência de lei nova sobre o mesmo objeto.

[...]

Qualquer que seja a índole dos fatos mediante os quais se adquirem os direitos, é princípio geral o de que os fatos aquisitivos se devem verificar por inteiro, antes que se possam dizer adquiridos os direitos que os mesmos fatos são destinados a produzir. Ora, sempre que tais fatos não se verificam por inteiro, estamos diante de mera expectativa.

Disso conclui-se que, se o ato concessivo da aposentadoria apresentou-se revestido de todos os elementos necessários para lhe dar validade, sem qualquer vício que pudesse maculá-lo, está protegido pela imutabilidade do artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição da República, donde decorre sua imutabilidade, reiterada na LICC, artigo 6º, parágrafo 1º.

O escopo da norma é assegurar a estabilidade jurídica e a paz social no seio da comunidade, valores intransponíveis. Consumado um ato jurídico sob determinada norma legal, esse ato reputa-se perfeito e acabado, não podendo mais ser alterado por qualquer das partes. Isso é o que se deve ter em mente quando da análise judicial dos casos de desaposentação.

É oportuno nos reportarmos à lição de SILVA<sup>31</sup>:

Vimos que, se o direito subjetivo não for exercido imediatamente, e sobrevier lei nova, ele se transforma em direito adquirido. Se, porém, o direito subjetivo foi exercido, foi devidamente prestado, tornou-se situação jurídica definitivamente constituída (direito satisfeito, direito realizado, extinguiu-se a relação jurídica que o fundamentava). Exemplo, quem tinha o direito de aposentar-se, aposentou-se, seu direito foi exercido, consumou-se; lei nova

30 LIMONGI FRANÇA, Rubens. *A irretroatividade das leis e o direito adquirido*. 3. ed. São Paulo: RT, 1982. p. 208.

31 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 76.

não tem o poder de desfazer o direito assim exercido; não pode desaposentar o aposentado nem os efeitos jurídicos dela, só porque estabeleceu regras diferentes para a aposentadoria. Aqui o direito subjetivo recebeu consagração definitiva por meio de um ato do Poder Público, gerando uma situação jurídica mais forte do que o direito adquirido, porque se dá o encontro entre o direito subjetivo, direito já incorporado no patrimônio do titular, e um ato jurídico do Poder Público que o consagra em definitivo, ato jurídico esse que, expedido regularmente, consolida definitivamente a situação jurídica subjetiva de vantagem no patrimônio do titular com a força inderrogável do ato jurídico perfeito e acabado. Vale dizer, o direito subjetivo já exercido não é direito meramente adquirido, porque passa a ser uma situação jurídica subjetiva definitivamente constituída, em que se conjugam o direito adquirido com o ato jurídico perfeito, transmudando-se, portanto, em novo tipo de relação jurídica, que não pode desfazer-se nem ser simplesmente modificada em qualquer de seus elementos. Em princípio, até mesmo o poder constituinte originário, que pode afastar a incidência do direito adquirido em caso determinado, não pode atingir os direitos já exercidos, consolidados, consumados, definitivamente constituídos, porque seria uma violência. Assim, por exemplo, se tem o direito subjetivo de casar-se, casou-se, exerceu-se o direito, consumou-se a situação jurídica subjetiva; não se colocará mais essa situação à vista da superveniência de nova lei sobre o casamento, como certamente se colocaria no caso de o casamento já estar marcado, com proclamas lavrados, afixados e devidamente publicado. O mesmo se dá com a aposentadoria, como foi exemplificado acima.

### 3.4 O Princípio da legalidade e desaposentação

O princípio da legalidade, na sua visão clássica, seria a completa submissão da Administração às leis, como preleciona MIRELLES<sup>32</sup>: “enquanto aos particulares é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe, à Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza.”

Diante da inexistência de texto legal expresso que autorize a desaposentação, a sua prática feriria a legalidade administrativa prevista no caput do artigo 37 da Constituição Federal de 1988, conforme a concepção citada de legalidade estrita. Não há qualquer dispositivo legal (lei em sentido estrito) autorizando a Administração Pública a desfazer uma aposentadoria que vem produzindo todos os seus efeitos, inclusive, com prestações de vencimentos não pagos na atividade, por isso, a princípio, haveria ilegalidade. É que a lei que trata da concessão de benefícios é silente quanto à possibilidade de reversão do ato de aposentação.

32 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 87.

O artigo 194 da Constituição Federal que é a base constitucional do Sistema de Seguridade Social, em seu parágrafo único, determina que “compete ao poder público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos[...].” No mesmo sentido, os artigos 201 e 203, também reforçam a estrutura do RGPS nos termos da lei.

Disso decorre que, toda a organização e estrutura, além dos princípios basilares da Previdência Social, se dará em estrita obediência à lei.

Não obstante, o artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91, prevê que “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”. Com base nesse dispositivo legal, observa-se que é vedado, após o início da aposentadoria, o retorno do aposentado na qualidade de beneficiário do RGPS, salvo para auferir salário-família ou reabilitação profissional, o que torna a aposentação irreversível.

Como se vê, os indeferimentos administrativos dos pedidos de desaposentação estão baseados na ausência de lei em sentido estrito que possibilite o desfazimento da aposentadoria, bem como na existência das aludidas normas que permeiam sua impossibilidade. O tema parece tortuoso, pois em se tratando de ato bilateral, a desaposentação somente se legitimaria com aceitação da Administração que, por força do princípio da legalidade estrita, não poderia existir. Pensando que a Administração só poderia agir quando amparada em lei, a única possibilidade de desfazer uma aposentadoria seria no caso de vícios no ato concessório, mas não por ato volitivo do aposentado.

Contudo, o Estado brasileiro é um Estado Democrático de Direito, como expressamente consta na Constituição. Disso decorre que, quando o Estado age em conformidade com a lei e os princípios constitucionais está promovendo estabilidade nas relações jurídicas. O princípio da legalidade e a estabilidade nas relações jurídicas deve alcançar todos os indivíduos, seja nas relações privadas, seja nas relações entre particular e Estado. Dessa forma, obtém-se isonomia no tratamento dos cidadãos.

Seria interessante fazer uma pausa aqui para analisar os limites da segurança jurídica levando em conta as transformações sociais pelas quais o Estado atravessa. Como dito, a segurança jurídica é relevante no Estado Democrático de Direito. Contudo, não é valor soberano, a tudo imune, vez que a igualdade e justiça também são valores de grande importância na Consituição Federal, sendo certo, que não raras vezes esses valores conflitam. Trazendo essa visão para os casos de desaposentação, temos que, ao conceder tal benesse àqueles segurados que ingressam em juízo, o Judiciário cria situação de desigualdade perante aqueles que, em situação similar, tem seus pedidos indeferidos pela administração.

Discorrendo sobre o direito adquirido, MOSER<sup>33</sup> faz essa análise sobre o conceito de segurança jurídica:

Entendemos, assim, que a segurança jurídica do direito adquirido protegida ao máximo implica um substancial comprometimento na tutela da justiça e da igualdade substantiva, e vice-versa, quando, na verdade, o correto é dar ao tema uma interpretação menos fechada para o universo dos valores.

É por isso que atualmente o valor da segurança jurídica tem ganho um novo conceito, de forma a se aproximar da idéia de Justiça e incorporando o aspecto social. A segurança jurídica, até pouco tempo atrás identificada como sendo um direito absoluto e intangível, com a proteção da propriedade e dos direitos patrimoniais em face do arbítrio estatal, caminha para a segurança de direitos sociais básicos para os cidadãos, assim como em face das novas tecnologias e riscos ecológicos na chamada «sociedade de riscos». Assim, não há mais razão para que a garantia do direito adquirido, criada pelo Estado Liberal, seja mantida de modo a se encontrar alheia à mudança dos tempos e protegida de toda sorte de compressões e relativizações decorrentes de conflitos com outros bens jurídicos revestidos de estatura constitucional. Na verdade, entendemos que o direito adquirido deve ser sempre ponderado diante da existência de interesses contrapostos e que tenham a mesma envergadura.

Atualmente a legalidade, substrato da segurança jurídica, também vem sendo lida frente à concepção do Estado Democrático de Direito, resta saber se, diante dessa releitura do princípio subsistem fundamentos para a negativa da autarquia em conceder a desaposentação.

A concepção moderna de legalidade tem o prisma de um Estado Regulador, em que as expectativas públicas devam conviver com a economia do mercado. Disso decorre que o ato administrativo, potencialmente visto como um ato de gestão pública, deve se conformar com o ordenamento jurídico como um todo e não somente em relação a uma única norma ou ausência dela. Encara-se a legalidade dentro de um arcabouço de normas, cujo fundamento de validade está na Constituição, e não somente como um pressuposto de que à Administração só é permitido fazer o que a lei autoriza expressamente (lei aqui vista em sentido estrito).

Em outras palavras, se não existe norma que autorize expressamente o ato desaposentação, não necessariamente haveria impedimento para se concedê-la. Tudo dependeria da interpretação de todo o arcabouço de normas, cujo fundamento de validade retira-se da Lei Maior. E como a desaposentação pode ser lida diante desse novo conceito?

A visão da legalidade contemporânea e, por que não dizer, mitigada em seus efeitos, normalmente é aplicada em razão de um risco

33 MOSER, op. cit., p. 24-25.

social. Aqui vale transcrever a visão de SOUZA, no artigo intitulado “Eficiência e Legalidade na Administração Pública Contemporânea<sup>34</sup>”:

A própria sociedade de risco, nos moldes atuais em que se apresenta, onde “o risco pode ser definido como um modo sistemático de lidar com perigos e inseguranças da própria modernidade”, não comporta o princípio da legalidade encarado como um pressuposto onde à Administração Pública só é lícito fazer o que a lei autoriza. Quando se fala em sociedade de risco, não se trata apenas de probabilidades possíveis de ocorrência de um malefício. Por vezes, e de forma mais marcante nos dias atuais, o próprio malefício e sua causa sequer são conhecidas publicamente, sendo absolutamente imprescindível que a Administração tenha condições de atuar em um ambiente onde o papel subsuntivo da lei não obste a pronta e recomendada intervenção estatal.

Inegável que o princípio da legalidade evoluiu em decorrência da dinâmica social, mas será que um segurado que se aposenta e volta contribuir com o sistema previdenciário está sob situação de risco social? É que segurados aptos a trabalhar, acabam por desvirtuar a natureza da aposentadoria de substituição de salário, atuando os proventos como um complemento de renda. Essa visão permitiria excluir a desaposentação da classe de direito social subjetivo, passível de ser amparada pelo dirigismo judicial ou por uma atuação da Administração fora da legalidade estrita. Outra possibilidade é a existência de um risco social nas concessões de desaposentação, pois a satisfação plena desses pedidos poderia impossibilitar as concessões de benefícios à grande massa de segurados no futuro, tudo em razão do desequilíbrio financeiro atuarial, como será tratado em tópico específico.

Disso decorre que, mesmo sob a perspectiva recente do princípio da legalidade, há motivos legítimos para que a autarquia indefira os pedidos, pois o interesse público envolvido (massa de contribuintes) não pode ser preterido em relação ao interesse particular do aposentado. Não é o particular que está sob situação de risco social, mas a coletividade.

Mais adiante, no mesmo artigo segue o autor fazendo um importante contraponto que não exclui a concepção clássica da legalidade, embora reconheça suas debilidades:

Se, por um lado, o princípio da legalidade, em sua concepção clássica, apresenta deficiências no contexto do Estado Democrático de Direito, nem por isso o mesmo deve ser abolido enquanto princípio configurador dos atos administrativos. Pelo contrário, é possível que hoje, face as inseguranças e instabilidades da vida moderna, a maior observância à legalidade seja efetivamente e justamente o que sustente o Estado Nacional como figura central nas relações jurídico-sócio-econômicas.

[...]

34 SOUZA, Carlos Magno de. *Eficiência e Legalidade na Administração Pública Contemporânea*.

O professor Álvaro Ricardo de Souza Cruz nos lembra, com maestria, que o postulado “segurança jurídica” não é um princípio jurídico sujeito à ponderação de direitos em conflito, tais como o seriam, por exemplo, os princípios da eficiência ou o princípio da publicidade. Segundo o professor mineiro, a “segurança jurídica” é pressuposto da própria existência de uma ordem jurídica. Em outras palavras, se existe o <Direito> ou o <Estado de Direito> este seria justamente, para estabelecer a “segurança jurídica”, e posto isto, o princípio da legalidade ganha especial destaque, pois é o meio mais ordinário e habitual onde se traduz a segurança jurídica. “

Como se vê, a aplicação da legalidade tanto na concepção clássica como na mais atual evidencia que é legítima a negativa da autarquia aos pedidos de desaposentação. Os que defendem que não há afronta à legalidade na concessão de desaposentação apóiam-se no argumento de que o silêncio legislativo significa permissão para o ato, como preleciona MARTINEZ<sup>35</sup>: “a ausência de lei autorizativa não torna ilícita a desaposentação; para que isso sucedesse, era preciso que contraditasse alguma norma positiva, o que não acontece. Imoralidade não há, nem mesmo simples esperteza; se há o direito, ele é lícito e moral.”

Vale questionar: será que a ausência de norma autorizativa implicaria em permissão para o ato? Em outra obra, o mesmo autor destaca (2013, fls.957/958):

Embora aparentemente frágil o argumento, convém argui-lo. Se não há vedação legal para a desaposentação, subsiste permissão.

Realmente, quando a norma pública pretende impedir determinado fato-por consistir essa medida em restrição à liberdade -, deve contemplá-lo clara e expressamente; a princípio, se não está proibindo, enquanto convier ao titular do direito, é porque deseja acontecer.

É imprescindível prescrutar o caráter do silêncio da regra em apreço. Normatizaria pela eficácia jurídica da norma não positivada ou não passaria de simples lacuna? Na disposição proibitiva, a omissão nem sempre quer dizer permissão, e na prescrição autorizativa nem sempre a abstenção significa vedação.

Os anais da legislação não contêm observação a respeito e, assim, torna-se incognoscível o designio do legislador, restando ao intérprete, consoante o sistema tentar alcançar a mens legis.

Sem sombra de dúvida, a liberdade é tema a ser cuidado explicitamente, não podendo ser inferida ou deduzida, disciplinada por omissão ou contrario sensu. Trata-se de bem fundamental e carece, quando afetado pela norma jurídica, de prescrição claríssima, exigindo disciplina objetiva e expressa. Caso contrário, não existe ou não pode ser considerada na interpretação.

35 MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Desaposentação*. 3. ed. São Paulo: LTR, 2010. p. 123.

Embora ponderável, o próprio autor destaca a fragilidade do argumento no sentido de que, ante a ausência de expressa proibição legal, subsistiria a permissão, tendo em vista que a limitação da liberdade individual deve ser tratada explicitamente, não podendo ser reduzida ou diminuída por omissão.

Embora o princípio da legalidade possua vertentes distintas de interpretação, não pode se tornar letra morta na nossa Constituição. Ao que parece, a regra é: ao Poder Público só e dado fazer o que a lei expressamente autoriza. Naqueles casos em que a ausência de lei cause sérios gravames aos administrados (o que não parece ser o caso da desaposentação, ante a ausência de risco ou vulnerabilidade daquele que auferir salário e aposentadoria), o silêncio poderia ser interpretado como possibilidade.

Ainda sobre a necessidade de previsão legal para a desaposentação, esclarece SARRUF<sup>36</sup>:

Não se pode negar que o que se busca com a desaposentação é, em princípio, de iniciativa louvável, vez que os direitos sociais existem em favor de seus destinatários e, no caso específico do sistema da Seguridade Social, visa a proteção ao segurado. Por outro lado, também é incontestável que o mecanismo utilizado para tal consecução não encontra guarida no ordenamento jurídico brasileiro, e admitir o instituto da desaposentação sem que haja tratamento legal adequado é violar a teoria do desfazimento dos atos administrativos.

Ora, a aposentadoria legitimamente concedida não pode ser desfeita sem que esteja eivada de algum vício. Se o ato de aposentação é vinculado à lei, não se admite, por decorrência lógica, seu desfazimento sem estrita observância dos critérios legais. Nesse caso, parece que a melhor interpretação do silêncio da norma é a negativa do direito.

E, se o ato de aposentação é revestido de formalidades legais para sua validade, seu desfazimento não pode ser de forma distinta em razão do princípio do paralelismo das formas que, na dicção de BONAVIDES, um ato jurídico só se modifica mediante o emprego de formas idênticas àquelas adotadas para elaborá-la<sup>37</sup>.

E não se trata aqui de invocar o princípio da legalidade contra os administrados de forma a restringir seus direitos. É que como já se disse, o aposentado que retorna à atividade não está em situação de vulnerabilidade, fazendo uma simples opção de melhorar seus proventos. Ademais, se não há previsão legal, sequer há o direito e, a eventual concessão judicial da desaposentação, traduz-se em violação dos direitos de todos os outros aposentados que não postularam em Juízo tal

36 CARDOSO, Rodrigo Felix Sarruf. A desaposentação do servidor público. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1429, 31 maio 2007.

37 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

benesse, bem como de todos os outros segurados que custeiam o sistema previdenciário.

Vale aqui transcrever a lição de SILVA<sup>38</sup>:

O princípio da legalidade é a nota essencial do Estado de direito. É, também, por conseguinte, um princípio basilar do Estado Democrático de Direito [...] porquanto é da essência do seu conceito subordinar-se à Constituição e fundar-se na legalidade democrática. Sujeita-se ao império da lei, mas da lei que realize o princípio da igualdade e da justiça, não pela sua generalidade, mas pela busca da igualização das condições dos socialmente desiguais. Toda sua atividade fica sujeita à lei, entendida como expressão da vontade geral, que só se materializa num regime de divisão dos poderes em que ela seja o ato formalmente criado pelos órgãos de representação popular de acordo com o processo legislativo estabelecido na Constituição. É nesse sentido que se deve entender a assertiva de que o Estado, ou o Poder Público, ou os administradores não podem exigir qualquer ação, nem impor qualquer abstenção, senão em virtude de lei. Ademais, além de ausência de norma autorizadora, há obstáculos normativos expressos, como o inciso II do artigo 96 da Lei 8213/91 que determina a impossibilidade de se contar tempo de serviço por um sistema para concessão de aposentadoria em outro, bem como o o artigo 181-B do Decreto 3048, que somente permite a desistência do pedido de aposentadoria desde que a intenção seja manifestada antes do recebimento da primeira prestação do benefício. Ultrapassado tal prazo, torna-se a aposentadoria irretratável e irrenunciável.

Não é demais esclarecer que a presunção de legitimidade dos atos administrativos é decorrência da observância da legalidade. E, em se tratando de princípio constitucional, a legalidade, quando observada estritamente, torna o ato imutável. Os atos administrativos se subordinam à Constituição e, assim, tornam-se válidos e de observância obrigatória. Aqueles que defendem a possibilidade de desaposentação, arrimam-se no argumento que o artigo 181-B do Decreto 3048/99 é inconstitucional, pois extrapola os lindes normativos, o que não se sustenta.

Vale aqui transcrever os ensinamentos de BARROSO E BARCELOS sobre “o princípio da presunção da constitucionalidade das leis e atos do poder público”<sup>39</sup>:

A Constituição contém o código de conduta dos três Poderes do Estado, cabendo a cada um deles sua interpretação e aplicação no âmbito de sua competência. De fato, a atividade legislativa destina-se, em última análise, a assegurar os valores e a promover os fins constitucionais. A atividade administrativa, tanto normativa quanto concretizadora, igualmente se

38 SILVA, op. cit, p. 172.

39 BARROSO, Luis Roberto (organizador). *A nova interpretação constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.



subordina à Constituição e destina-se a efetivá-la. O Poder Judiciário, portanto, não é o único intérprete da Lei Maior, embora o sistema lhe reserve a primazia de dar a palavra final. Por isso mesmo, deve ter uma atitude de deferência com a interpretação levada a efeito pelos outros dois ramos do governo, em nome da independência e harmonia dos Poderes. O princípio da presunção de constitucionalidade, portanto, funciona como fator de autolimitação da atuação judicial: um ato normativo somente deverá ser declarado inconstitucional quando a invalidade for patente e não for possível decidir a lide com base em outro fundamento.

E no caso do artigo 181-B do Decreto 3048/99, não existe inconstitucionalidade patente, tanto é assim que há grandes discussões e dissensos jurídicos a seu respeito. Também não há ilegalidade, pois a Lei de Benefícios não prevê a desaposentação, donde se conclui que a desaposentação é uma criação do Judiciário sem previsão legal expressa. Talvez a interpretação dada pelo Judiciário, inovando ao conceder a desaposentação, possa ferir a separação dos Poderes, pois exerce atividade legiferante. O fato do segurado ter continuado a trabalhar após a aposentadoria, continuando a contribuir para o RGPS, não lhe gera o imediato direito de exigir novo benefício, pois esse direito não está previsto em lei expressamente, mas decorre de interpretação jurídica. Se para a concessão da aposentadoria é necessário o implemento de condições estabelecidas em lei, na desaposentação não poderia ser diferente, não existindo no nosso ordenamento previsão para tal procedimento. Nesse sentido, vale transcrever o seguinte aresto do C. TRF da 3ª Região:

PREVIDENCIÁRIO. DESAPOSENTAÇÃO. PRELIMINAR JUSTIÇA GRATUITA. RENÚNCIA À APOSENTADORIA PARA SUBSTITUIÇÃO POR OUTRA MAIS VANTAJOSA. CÔMPUTO DE LABOR POSTERIOR À APOSENTAÇÃO. INADMISSIBILIDADE. I - Pedido de desaposentação, consistente na substituição da aposentadoria percebida pela parte autora por outra mais vantajosa, com o cômputo de período laboral posterior ao afastamento, sem restituição dos proventos percebidos. II - Preliminar rejeitada. O art. 4º, § 1º da Lei 1060/50 dispõe que a mera declaração da parte a respeito da impossibilidade de assunção dos encargos decorrentes da demanda gera presunção relativa do estado de hipossuficiência. III - O recorrente recebe benefício de aposentadoria, no valor de R\$ 2.495,07 (competência 06/2013). IV - Resta afastada a presunção juris tantum da declaração de hipossuficiência apresentada na demanda previdenciária. IV - O tempo de serviço posterior à aposentadoria não gera direito à nova aposentadoria dentro do Regime Geral de Previdência Social nem pode ser computado para fins de aumento de coeficiente de aposentadoria proporcional. V - Se a lei de regência somente previu o aproveitamento da atividade e das contribuições recolhidas posteriormente à aposentadoria para fins de salário-família e de reabilitação profissional, não pode o Poder

Judiciário, em evidente quebra do princípio da Separação de Poderes, exercer função legislativa e permitir que o segurado substitua o benefício em manutenção. VI - Pretensão não encontra amparo no ordenamento jurídico vigente, afrontando o princípio da estrita legalidade que norteia os atos administrativos. VII - O fato de o aposentado se tornar contribuinte não leva à necessidade de o Estado oferecer contraprestação, já que vigora, no sistema previdenciário, o princípio da solidariedade entre indivíduos e gerações. VIII - Não se ignora o julgamento proferido pelo E. Superior Tribunal de Justiça no RESP nº 1.332.488/SC, submetido à disciplina do artigo 543-C do Código de Processo Civil, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 08/05/2013, DJe 14/05/2013. IX - A matéria em debate também é objeto de análise pelo E. Supremo Tribunal Federal no RE nº 661256/SC, Rel. Min. Ayres Britto, que reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional. X - O artigo 102, da Constituição Federal, determina que uma vez reconhecida a existência de repercussão geral da matéria constitucional, a competência para exame da matéria é constitucionalmente atribuída à Corte Suprema. XI - Da manifestação do então Ministro Relator constou ser “oportuna a submissão do presente caso ao Plenário Virtual, a fim de que o entendimento a ser fixado pelo Supremo Tribunal Federal possa nortear as decisões dos Tribunais do País nos numerosos casos que envolvem a controvérsia”. XII - O artigo 543-C, do Código de Processo Civil, não impede o julgamento do tema de maneira diversa, posto que “mantida a decisão divergente pelo tribunal de origem, far-se-á o exame de admissibilidade do recurso especial” (art. 543-C, § 8º, CPC). XIII - Apelo da parte autora desprovido. XIV - Sentença mantida.

(Apel. Cível nº 177/933, processo nº 00309364220124039999. 8ª Turma, Juíza Raquel Perrini, j.26/08/2013).

### 3.5 Decadência e desaposentação

O artigo 103 da Lei de Benefícios da Previdência Social, 8213/91, prevê o prazo decadencial dez anos para que o segurado possa postular a revisão do ato de concessão de seu benefício, a contar do primeiro dia do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação ou, quando for o caso, do dia em que tomar ciência da decisão indeferitória no âmbito administrativo.

Houve pequena celeuma jurisprudencial acerca do cabimento desse prazo decadencial para os pedidos de desaposentação, mas a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o recurso repetitivo interposto pelo INSS (REsp 1340381) afastou essa possibilidade. O fundamento para que se afaste a contagem do prazo de decadência nos casos de desaposentação, é que não se trata de revisão no ato de concessão do benefício, mas renúncia de uma aposentadoria com a concessão de novo benefício mais vantajoso ao segurado. Vale transcrever o aresto:

PREVIDENCIÁRIO. DESAPOSENTAÇÃO. PARA RECEBIMENTO DE NOVA APOSENTADORIA. POSSIBILIDADE. DECADÊNCIA. INAPLICABILIDADE. AUSÊNCIA DE NORMA IMPEDITIVA DA DESAPOSENTAÇÃO. NECESSIDADE DE DEVOLUÇÃO DO MONTANTE RECEBIDO NA VIGÊNCIA DO BENEFÍCIO ANTERIOR. SENTENÇA DECLARATÓRIA.

1. O prazo decadencial aplica-se nas situações em que o segurado visa a revisão do ato de concessão do benefício. A desaposentação não consiste na revisão desse ato, mas no seu desfazimento, tendo em vista tratar-se de direito patrimonial personalíssimo disponível. Assim, não há prazo decadencial para a desaposentação.

2. É pacífico o entendimento de que a aposentadoria, direito patrimonial, se insere no rol dos interesses disponíveis, razão por que não há como negar o direito do segurado de renunciar ao benefício de aposentadoria a que faz jus.

3. O art. 181-B do Dec. n. 3.048/99, acrescentado pelo Decreto n.o 3.265/99, que previu a irrenunciabilidade e a irreversibilidade das aposentadorias por idade, tempo de contribuição/serviço e especial, como norma regulamentadora que é, acabou por extrapolar os limites a que está sujeita, porquanto somente a lei pode criar, modificar ou restringir direitos (inciso II do art. 5o da CRFB).

4. O provimento concedido tem natureza e eficácia meramente declaratórias, uma vez que a condenação da autarquia em deferir a renúncia da aposentadoria, mediante a devolução dos valores recebidos, importaria em entrega de título judicial condicional, o que é vedado por lei.

5. Se o segurado pretende renunciar à aposentadoria por tempo de serviço para postular novo jubramento, com a contagem do tempo de serviço em que esteve exercendo atividade vinculada ao RGPS e concomitantemente à percepção dos proventos de aposentadoria, os valores recebidos da autarquia previdenciária a título de amparo deverão ser integralmente restituídos com correção monetária.

6. As quantias devem ser repetidas integralmente e em ato único.

7. Impossibilidade de compensação dos valores a serem devolvidos ao INSS com os proventos do novo benefício a ser concedido, sob pena de burla ao § 2o do art. 18, uma vez que as partes já não mais seriam transportadas ao status jurídico anterior à inativação (por força da necessidade de integral recomposição dos fundos previdenciários usufruídos pelo aposentado).

#### **4 SOLIDARIEDADE DO SISTEMA PREVIDENCIÁRIO E EQUILÍBRIO FINANCEIRO ATUARIAL**

As contribuições da atividade laborativa do segurado aposentado destinam-se ao custeio do sistema, conforme reza o artigo 11, parágrafo 3º da Lei 8213/91, sendo-lhes vedada outra destinação, salvo para custear o salário-família e reabilitação profissional (artigo 18, parágrafo 2º da

Lei 8213/91). Assim, não seria permitida a concessão ao aposentado de qualquer outro benefício, inclusive a aposentadoria.

Ocorre que o sistema previdenciário brasileiro é pautado na solidariedade, de forma que as contribuições são destinadas a custear todo o sistema e não assegurar individualmente os benefícios dos contribuintes. Como ensina MARTINS<sup>40</sup>:

A solidariedade pode ser considerada um postulado fundamental do Direito da Seguridade Social, previsto implicitamente inclusive na Constituição. Sua origem é encontrada na assistência social, em que as pessoas faziam uma assistência mútua para alguma finalidade e também com base no mutualismo, de se fazer um empréstimo ao necessitado. É uma característica humana, que se verifica no decorrer dos séculos, em que havia uma ajuda genérica ao próximo, ao necessitado.

Assim, a base da Seguridade Social está no sentido de que todos os segurados participam do custeio para cobrir contingências sociais de quem necessitar. Os sinistros são custeados por todos, já que o objetivo fundamental da República Federativa do Brasil é: “constituir uma sociedade livre, justa e solidária” (art.3º, I, CF/88). As cotizações de todos custeiam o sistema, sendo que a base de financiamento é diversificada. O princípio do solidarismo é constitucional.

Nesse contexto, as contribuições destinadas ao custeio geral do sistema previdenciário não pressupõem benefícios diretos à pessoa do contribuinte. As contribuições sociais vertem para um único fundo, cujo escopo é financiar qualquer beneficiário que atenda aos requisitos legais. Trata-se de um pacto entre gerações em que a atual geração de ativos paga as contribuições que garantem os benefícios dos inativos. Assim, a obtenção de benefícios não é consequência automática do recolhimento de contribuições individualmente efetuadas.

Se a Constituição Federal, em seus artigos 195, 195 e 40 determina a participação solidária, não há dúvidas sobre a existência de contribuintes que não sejam beneficiários, como bem elucida MARTINS<sup>41</sup>:

Há solidariedade entre as pessoas na cotização do sistema para a concessão do futuro benefício. Existe um contrato entre gerações... A massa de recursos arrecadada de todos é que paga os benefícios dos trabalhadores... O aposentado que volta a exercer atividade remunerada tem relação de contribuinte, embora já esteja protegido pelo sistema, tanto que recebe benefício. (grifos nossos)

E como fica a questão à luz da desaposentação? Nesse aspecto, há muitas questões que se apresentam, como: as contribuições que são

40 MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da Seguridade Social*. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 53-54.

41 *Ibidem*, p. 54.

vertidas após a aposentação são suficientes para custear o novo benefício? A não restituição dos valores pagos na primeira aposentadoria quando da concessão do benefício fere o equilíbrio financeiro atuarial?

Com efeito, um dos argumentos mais fortes contra a desaposentação é a inexistência de fonte de custeio que gera desequilíbrio atuarial. O artigo 201 da Constituição Federal, em seu caput, estabelece que devem ser preservados o equilíbrio financeiro e atuarial da previdência social. A jurisprudência oscila em três sentidos: 1) não é possível a desaposentação, já que não há autorização legal e respaldo financeiro-atuarial; 2) admite a desaposentação, desde que haja restituição das parcelas recebidas do benefício renunciado; 3) admite a desaposentação, sem restituição dos valores.

Sobre o tema, parte expressiva da doutrina entende que, se a desaposentação ocorre em regimes previdenciários distintos, não há fonte de custeio, porém, quando se dá dentro do mesmo regime, não há óbices, como pondera IBRAHIM<sup>42</sup> no artigo já citado, Desaposentação – Novos Dilemas:

Quando a desaposentação ocorre dentro do mesmo regime, em especial o Regime Geral de Previdência Social – RGPS, não acredito haver maiores problemas, pois o segurado, ao retornar ao trabalho, volta a contribuir propiciando um ingresso de receita imprevisto no sistema e, portanto, justificador de um recálculo de sua aposentadoria que é ao final a razão de ser da desaposentação.

No entanto, quando a desaposentação objetivar a averbação do tempo de contribuição em Regime Próprio de Previdência Social – RPPS, a situação gera maior resistência, pois não é incomum que tal procedimento venha originar benefícios vultosos no RPPS com averbação de contribuições mínimas ao RGPS.

Apesar de impressionar, o argumento não convence. Não é necessária uma demonstração matemática para expor que a desaposentação, nessas hipóteses, claramente propiciará benefícios de aposentadoria sem a correspondente fonte de custeio adequada, ou seja, sem embasamento atuarial.

Entende esse autor que, dentro do mesmo regime, as cotizações posteriores ao jubramento, por serem imprevistas, geram um acréscimo que serviria de lastro para a nova aposentadoria. Mas há de se questionar se há suficiência dessas contribuições para o fim almejado, questão essa que deve ser vista sob o enfoque da restituição dos valores do benefício renunciado. Vale enfatizar que muitos que defendem a desaposentação não são favoráveis à restituição de valores, já que legitimamente recebidos como verbas alimentares, além da suposta inviabilidade financeira do segurado que seria obrigado a devolver somas vultosas.

---

<sup>42</sup> IBRAHIM, *op. cit.*

Parece ser consenso na doutrina que, em se tratando de regimes diversos, o desequilíbrio financeiro atuarial está presente. Isso porque o regime que custeava a aposentadoria renunciada terá que indenizar o regime que concederá o novo benefício, de forma que a mesma massa de contribuições seria responsável por duas despesas: os proventos da aposentadoria renunciada e a indenização do outro regime mediante contagem recíproca. Claras são as explicações de FIGUEIRA e OLIVEIRA<sup>43</sup>:

Por exemplo: um segurado já aposentado pelo RGPS faz concurso público e é aprovado, passando a ocupar cargo público efetivo, do que decorre sua filiação a regime próprio de previdência social. Chegando aos setenta anos de idade, é compulsoriamente aposentado, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição (art.40, parágrafo 1º, II da Constituição). Observando ele que, se a aposentadoria do regime próprio fosse integral, a diferença entre a aposentadoria proporcional que já recebe e a aposentadoria integral que receberia no regime próprio supera o valor da aposentadoria do RGPS de que é titular, irá pretender desaposentar-se no RGPS, para que o tempo de contribuição prestado pelo RGPS seja computado no regime próprio, e assim sua aposentadoria no regime próprio passará a ser integral.

Isto gerará clara despesa em duplicidade ao RGPS: as contribuições recebidas pelo RGPS já foram transferidas, ao menos parcialmente, se não integralmente, se já aposentado desde longa data, ao segurado, na forma de proventos de aposentadoria, de modo que o lastro financeiro à aposentadoria não está mais em poder do RGPS, que ainda assim acaba obrigado a transferir essas contribuições ao regime próprio, mediante compensação (art.201, parágrafo 9º da Constituição). Aí reside o desequilíbrio: de um mesmo fato gerador de receita (contribuições), exsurtem, para o RGPS, duas obrigações, quando o correto é que a existência de uma obrigação exclua a outra.

Em se tratando da desaposentação dentro do mesmo regime, a questão é bem controvertida. Na realidade, esse seria um caso de revisão de benefício desatrelada de qualquer erro na concessão, mas por incorporação de fatos posteriores ao início da aposentadoria. Isso porque a nova aposentadoria contará com outro período contributivo, acréscimo de idade do segurado e novos salários-de-contribuição.

Os mesmos autores explicitam que o desequilíbrio dentro do mesmo regime decorre do fato de que as aposentadorias são calculadas considerando a soma de contribuições e a massa de proventos dos contribuintes. Se a desaposentação fosse permitida, o cálculo da nova aposentadoria seria feito como se não houvesse o segurado recebido qualquer valor de aposentadoria.

---

43 FIGUEIRA, Adriano Almeida; OLIVEIRA, Rafael Machado. *Memorial tópico sobre a tese da desaposentação com novos argumentos*. Rio de Janeiro: Advocacia Geral da União – PFE-INSS, 2012.

Para demonstrar essa assertiva, os autores popõem um modelo hipotético e depois chegam à seguinte conclusão<sup>44</sup>:

Esse resultado, ademais, é um fato um tanto previsível, já que a segunda aposentadoria adota elementos de cálculo próprios a segurados que nada retiraram a título de proventos previdenciários. Ou seja, a segunda aposentadoria é calculada como se fosse a primeira aposentadoria que o segurado irá fruir. A tese da desaposentação parece ignorar que as bases financeiras que latreiam a nova aposentadoria, ou o incremento da aposentadoria, se vista com revisão daquela primeira aposentadoria, foram consumidas no pagamento dos proventos relativos ao período entre o início da primeira e o início da segunda aposentadorias.

[...]

Por isso que a defesa da Previdência Social postula, em juízo, que eventual desaposentação seja condicionada à restituição dos proventos recebidos antes da nova data de início de benefício pretendida: não é que o recebimento dos proventos fosse indevido, mas sim que isto seria necessário ao reequilíbrio entre as contribuições feitas pelo segurado e os proventos que irá receber. Tal equilíbrio é condição exigida pelo art. 201 da Constituição.

Além dessa questão, há de se levar em conta os efeitos do ato de desfazimento da aposentadoria. Por força do disposto no parágrafo 2º do artigo 18 da Lei 8213/91, o segurado aposentado que permanecer em atividade não faz jus à aposentadoria. Sendo assim, não é dado desaposentar-se sem retornar ao status anterior, o que equivaleria à restituir os valores recebidos pela primeira aposentadoria.

A Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais, no pedido de uniformização nº 2008.72.58.00.2292-9, assim se pronunciou:

Assim sendo, este dispositivo legal veda que o segurado já aposentado possa fazer jus a nova aposentadoria, vedando, conseqüentemente, a desaposentação sem retorno ao status quo ante, ou, noutros termos, vedando a desaposentação sem desfazimento do ato jurídico perfeito que o ato de concessão da primeira aposentadoria encerrou.

E isto é uma decorrência lógica-sistemática da aplicação combinada de dispositivos da Constituição Federal: o art.5º, inciso.XXXVI (quanto ao ato jurídico perfeito), o art.194, parágrafo único, inc.IV (equidade na forma de participação no custeio) e o caput e parágrafo 5º do art.195 (equilíbrio atuarial entre benefícios e custeio).

Ora, embora como, já referido, a imutabilidade do ato jurídico perfeito (art.5º, XXXVI, CF/88) consubstancie uma garantia do administrado contra o Estado, e não o inverso, o seu desfazimento não pode acarretar prejuízo ao Estado, como aquele acarretado no caso.

44 FIGUEIRA; OLIVEIRA, op. cit.

Isto por ser evidente o prejuízo ao sistema de custeio do RGPS a causar inegável desequilíbrio atuarial, pois aquele que se aposenta proporcionalmente com determinados proventos e continua trabalhando ou volta ao trabalho deixa de ser um simples contribuinte, recebendo benefício e recolhendo contribuição previdenciária apenas sobre a sua remuneração. Diferentemente, se não tivesse se aposentado proporcionalmente, mas aguardando o implemento dos requisitos para a aposentadoria integral, seria um simples contribuinte até então, e não um recebedor.

Em sentido oposto, contudo, é o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça pacificado pela Primeira Seção no REsp 1.334.488/SC (julgado pelo rito do art. 543-C do CPC) no sentido de que:

É possível a renúncia à aposentadoria por tempo de serviço (desaposentação) objetivando a concessão de novo benefício mais vantajoso da mesma natureza (reaposentação), com o cômputo dos salários de contribuição posteriores à aposentadoria anterior, não sendo exigível, nesse caso, a devolução dos valores recebidos em razão da aposentadoria anterior.

Contudo, o Supremo Tribunal Federal ainda não se posicionou concretamente sobre o tema, já que está pendente de julgamento o Recurso Extraordinário – RE 661256 que reconheceu a repercussão geral no que diz respeito à questão constitucional suscitada sobre a validade jurídica da desaposentação. Transcreve-se a ementa:

CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. § 2º do ART. 18 DA LEI 8.213/91. DESAPOSENTAÇÃO. RENÚNCIA A BENEFÍCIO DE APOSENTADORIA. UTILIZAÇÃO DO TEMPO DE SERVIÇO/ CONTRIBUIÇÃO QUE FUNDAMENTOU A PRESTAÇÃO PREVIDENCIÁRIA ORIGINÁRIA. OBTENÇÃO DE BENEFÍCIO MAIS VANTAJOSO. MATÉRIA EM DISCUSSÃO NO RE 381.367, DA RELATORIA DO MINISTRO MARCO AURÉLIO. PRESENÇA DA REPERCUSSÃO GERAL DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL DISCUTIDA. Possui repercussão geral a questão constitucional alusiva à possibilidade de renúncia a benefício de aposentadoria, com a utilização do tempo de serviço/contribuição que fundamentou a prestação previdenciária originária para a obtenção de benefício mais vantajoso.

Enfim, como não há norma que regulamente a desaposentação, a jurisprudência é que se encarregará de dar os devidos contornos do instituto, o que deverá ser feito com o julgamento da questão de repercussão geral citada.

## 5 JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Os nossos tribunais ainda são vacilantes quanto ao tema. Há posicionamentos que defendem a desaposentação sem devolução dos



valores, outros entendem que é devida a restituição e por fim, parte das decisões negam o direito.

O Supremo Tribunal Federal ainda não se posicionou concretamente sobre o tema, já que está pendente de julgamento o Recurso Extraordinário – RE 661256 que reconheceu a repercussão geral no que diz respeito à questão constitucional suscitada sobre a validade jurídica da desaposentação. A controvérsia que o Supremo pretende pacificar está pautada nas seguintes questões: 1) o segurado pode renunciar à aposentadoria?; 2) em caso positivo, está compelido a devolver os valores recebidos?; 3) após o retorno à atividade, é possível recalcular a parcela de aposentadoria? e 4) é constitucional o artigo 18, parágrafo 2º, da Lei 8213/91?.

A Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais (TNU) entende que a desaposentação somente é possível mediante a devolução dos proventos já recebidos. Cite-se, por exemplo, o PEDILEF 2008.72.58.002292-9/SC, em que há didática explanação sobre o desequilíbrio financeiro atuarial gerado pela possibilidade de desaposentação da aposentadoria proporcional para obtenção de aposentadoria integral. Transcreve-se trecho com relevante fundamentação nesse sentido:

[...] ]

Além disso, admitir a desaposentação sem a devolução dos proventos já recebidos em virtude da primeira aposentadoria (proporcional) significaria tornar letra morta o direito a aposentadoria proporcional previsto na Lei 8213/91 até o advento da EC nº 20/98, pois significaria admitir que a concessão de aposentadoria proporcional somente produziria efeitos a favor do segurado - que, na prática, deixaria de ser um simples contribuinte (passando a ser um receptor)-, não estabilizando a relação de benefício-custeio em face do RGPS, incorrendo em violação direta ao princípio da equidade na forma de participação do custeio (art.195, parágrafo único, inc. V, da Constituição Federal), mesmo porque o segurado que esperou para se aposentar integralmente teria sido prejudicado em relação àquele que se aposentou proporcionalmente e depois de desaposentou sem devolução para se aposentar integralmente, pois o próprio STF já decidiu que o inverso não é possível, ou seja, que aquele que se aposentou integralmente não pode desfazer o ato de concessão de sua aposentadoria para fins de obtenção de aposentadoria proporcional, concluído que:

“... O que acontece é que o autor, na época própria, não se aposentou com proventos proporcionais. Aposentou-se com proventos integrais, cerca de quatro anos depois da data em que poderia aposentar-se com proventos proporcionais. Não seria possível, então, o desfazimento do ato que o aposentou, com proventos integrais, para lavrar-se outro, com proventos proporcionais.”

O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento pacificado pela Primeira Seção no REsp 1.334.488/SC (julgado pelo rito do art. 543-C do CPC) no sentido de que

É possível a renúncia à aposentadoria por tempo de serviço (desaposentação) objetivando a concessão de novo benefício mais vantajoso da mesma natureza (reaposentação), com o cômputo dos salários de contribuição posteriores à aposentadoria anterior, não sendo exigível, nesse caso, a devolução dos valores recebidos em razão da aposentadoria anterior”.

Os Tribunais Federerais ainda não são coesos sobre o tema. Ao que parece, até que o STF julgue o Recurso Extraordinário – RE 661256 haverá decisões nos três sentidos: impossibilidade da desaposentação, possibilidade com ou sem restituição dos proventos.

## 6 CONCLUSÕES

Por fim, pode-se concluir que, enquanto não for suprida a lacuna legislativa, as concessões judiciais de desaposentação não encontram guarida nos princípios constitucionais. Como exaustivamente explicitado, a renúncia da aposentadoria legitimamente concedida não é possível, já que se trata de ato jurídico perfeito e acabado, cláusula pétrea e, como tal, inalterável. Sem autorização legislativa para desfazimento do ato, há lesão ao princípio da legalidade dos atos públicos, insculpido no artigo 37 da Constituição Federal.

Inobstante ainda haja grande controvérsia sobre o tema, o judiciário vem se inclinando a conceder as desaposentações rechaçando o argumento da autarquia previdenciária sobre a lesão ao princípio da legalidade. Contudo, demonstrou-se que, além de não haver norma que autorize a desaposentação, o Decreto 3048/99, que foi recepcionado pela Constituição, confere claro caráter de irrenunciabilidade das aposentadorias. É que a busca de um benefício mais vantajoso por parte do segurado não tem o condão de desequilibrar todo o sistema de seguridade social, concedendo benefício sem a fonte de custeio adequada e, assim, prejudicando toda a classe de contribuintes.

Esse desequilíbrio financeiro fica ainda mais evidente quando as decisões judiciais determinam a desaposentação sem a devolução dos valores auferidos em razão da primeira aposentadoria. O interesse de um segurado em auferir benefício mais vantajoso não pode causar prejuízos a toda a massa de contribuintes, pois o interesse público deve prevalecer sobre o individual. Da mesma maneira, a invocação dos princípios do Estado Democrático de Direito, em especial a obrigação de assegurar o mínimo existencial aos cidadãos não se sustenta, pois como demonstrado, o aposentado que auferir salário e proventos já está amparado, não se configurando situação de risco social. Conceder as desaposentações sem devolução dos valores seria perpetrar enriquecimento ilícito do segurado.

Como se não bastasse, cancelar os casos de desaposentação nesse cenário controvertido da jurisprudência pode favorecer aqueles que pretendem, ao postular nova aposentadoria, beneficiar-se de legislação posterior mais benéfica, em detrimento do *tempus regit actum* observável nas concessões de benefícios previdenciários, causando grande instabilidade jurídica.

Enfim, espera-se que, ao final do presente trabalho, tenha se estabelecido parâmetros ainda que mínimos para abordagem da desaposentação dentro da ordem jurídica vigente, direcionando-se as questões legais e sociais que o tema envolve. Vale a ressalva de que, ainda que haja suposto direito de busca de benefício mais vantajoso pelo aposentado, tal direito deve ser visto dentro de duas perspectivas: a primeira, das possibilidades legais e princípios da administração pública, a segunda, dentro da dimensão social que envolve o equilíbrio do sistema de seguridade social.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ARAÚJO, Isabella Borges de. *A desaposentação no direito brasileiro*. disponível em: [www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao\\_marco2007/.../dis6.doc](http://www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao_marco2007/.../dis6.doc).

BALERA, Wagner. *Noções Preliminares de Direito Previdenciário*. 3. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

BARROSO, Luis Roberto (organizador). *A nova interpretação constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CARVALHO, Felipe Epaminondas de. *Desaposentação: uma luz no fim do túnel*. Disponível em: <http://www.foreense.com.br/Artigos/Autor/FelipeCarvalho/desaposen-tacao.html>.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. 7. ed. São Paulo: LTR, 2006.

COLNAGO, Lorena de Mello Rezende. Desaposentação. São Paulo: LTR. In: *Revista de Previdência Social*, ano XXIX, nº 301, dez. 2005.

FIGUEIRA, Adriano Almeida; OLIVEIRA, Rafael Machado. *Memorial tópico sobre a tese da desaposentação com novos argumentos*. Rio de Janeiro: Advocacia Geral da União – PFE- INSS, 2012.

- IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.
- JUNIOR, Miguel Horvath. *Direito Previdenciário*. 5. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- LIMA, Alberto Barbosa. *Reformas da Previdência e Contribuições dos Servidores Inativos e Pensionistas*. Como o STF lida com um problema econômico que conflita com os direitos adquiridos? (Uma análise da ADI 3105). Disponível em: [http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/310\\_Alberto%20Barbosa%20Lima.pdf](http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/310_Alberto%20Barbosa%20Lima.pdf).
- LIMONGI FRANÇA, Rubens. *A irretroatividade das leis e o direito adquirido*. 3. ed. São Paulo: RT, 1982.
- MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Curso de Direito Previdenciário*. 5. ed. São Paulo: LTR, 2013.
- \_\_\_\_\_. *Curso de Direito Previdenciário*. Tomo I – Noções de Direito Previdenciário. São Paulo: LTr, 1997.
- \_\_\_\_\_. *Desaposentação*. 3. ed. São Paulo: LTR, 2010.
- MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da Seguridade Social*. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- MOSER, Jacqueline Maria. *O direito adquirido e sua repercussão no direito previdenciário*. Tese de Mestrado, PUC/PR, Curitiba: abr. 2005.
- DE PLÁCIDO e SILVA. *Vocabulário Jurídico*. 4. ed. Rio-São Paulo: Forense, 1975.
- PIOVESAN, Flávia. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (org.). *Direitos fundamentais sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- SOUZA, Carlos Magno de. *Eficiência e Legalidade na Administração Pública Contemporânea*.
- VIANNA, João Ernesto Aragonés. *Curso de Direito Previdenciário*. 6. ed. São Paulo: Altas, 2013.